

A (RE)CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM FACE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Fabiana Fachinetto Padoin**
*Raquel Fabiana Lopes Sparemberger***

SUMÁRIO: *1 Introdução; 2 Da independência do direito privado a sua constitucionalização; 3. Marcos teóricos deste fenômeno: repersonalização do Direito Civil e nova teoria das fontes; 3.1 Repersonalização do Direito Civil e a Dignidade da Pessoa Humana; 3.2 Nova teoria das fontes e das normas: do “diálogo das fontes” aos princípios e regras; 4 Novo paradigma interpretativo: interpretação dos conflitos privados e adequação hermenêutica à principiologia constitucional; 5 Considerações finais; Referências*

RESUMO: Este trabalho dedica-se à discussão sobre a profunda transformação ocorrida no Direito Civil contemporâneo em face do neoconstitucionalismo, que trouxe para o interior das constituições valores fundamentais que devem ser considerados na análise dos conflitos oriundos das relações jurídicas privadas. Para tanto, enfoca-se primeiramente a evolução histórica que levou a superação da dicotomia público-privado, para logo em seguida analisar-se as conseqüências desta transformação, que fez surgir uma nova teoria das fontes, na qual a Constituição passa a ser uma fonte normativa, uma nova teoria das normas, que impõe que a interpretação e aplicação pelo jurista seja adequada as regras e princípios, e o rompimento com o método liberal de subsunção de interpretação, exigindo a utilização da ponderação dos valores fundantes do estado democrático de direito, expostos na principiologia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil contemporâneo; Neoconstitucionalismo; Transformações.

* Mestranda do Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Docente da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; Docente da Universidade de Caxias do Sul – UCS; Docente dos cursos de Mestrado em Direito Ambiental e relações de trabalho da Universidade de Caxias do Sul - UCS e em Desenvolvimento da Universidade de Ijuí; Pesquisadora do CNPq e FAPERGS. E-mail: rsberguer@unijui.tche.br; rflspare@ucs.br

THE (RE)CONSTRUCTION OF PRIVATE JURIDICAL RELATIONS IN FACE OF THE NEO- CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: This paper dedicates itself to the discussion about the deep transformation occurred on the contemporary Civil Law in face of the neo-constitutionalism that has brought into the constitutions fundamental values that should be considered in the analysis of conflicts arisen from private juridical relations. For that, it firstly focus on the historical evolution that led to the overcoming of the public-private dichotomy, then analyze the consequences of this transformation that has brought a new theory of sources, where the Constitution turns to be a normative source, a new theory of norms, who imposes that the interpretation and application by the jurist must be adequate to the rules and principles, and the breakdown with the liberal method of subsumption of interpretation, requiring the utilization of weight of the founding values of the democratic state of law, exposed on the constitutional principle.

KEYWORDS: Contemporary Civil Law; Neo-constitutionalism; Transformations.

LA (RE) CONSTRUCCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS FRENTE AL NEOCONSTITUCIONALISMO

RESUMEN: Este trabajo se dedica a la discusión sobre el cambio profundo ocurrido en el derecho contemporáneo frente al neoconstitucionalismo, que trajo para el interior de las constituciones valores fundamentales que deben ser considerados en el análisis de los conflictos oriundos de las relaciones jurídicas privadas. Para tal, se enfoca primeramente la evolución histórica que ha llevado a la superación de la dicotomía público-privado, para enseguida analizarse las consecuencias de esta transformación, que hizo surgir una nueva teoría de las normas, que impone que la interpretación y aplicación por el jurista sea adecuada a las reglas y principios, y el rompimiento con el método liberal de interpretación, exigiendo la utilización de la ponderación de los valores en los cuales se funda el estado democrático de derecho, expuestos en los principios constitucionales.

PALABRAS-CLAVE: Derecho civil Contemporáneo; Neoconstitucionalismo; Transformaciones.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a ordem civil foi construída em oposição à ordem constitucional. O sistema de codificação do século XIX, que herdamos pelo Código Civil de 1916, era marcado por um dualismo entre o sistema do direito privado, cujos pilares eram a autonomia privada e a propriedade, e o direito público, identificado como sistema de proteção do cidadão por meio das ingerências estatais e garantias constitucionais. Enquanto as constituições de cada Estado eram vistas como meras cartas políticas, responsáveis por estruturar o sistema de proteção do cidadão em face do Estado, o Código Civil centralizava monoliticamente a disciplina das relações patrimoniais, que era o cerne da preocupação do direito civil. O Código Civil pela cultura jurídica tradicional era visto como a “constituição do direito privado”, o que tornava possível que o intérprete prescindisse da Constituição para a análise dos conflitos oriundos das relações jurídicas privadas¹.

Entretanto, um longo processo histórico, que acabou convergindo no final do século XX, demonstrou que essa separação não era suficiente para regular os problemas da sociedade contemporânea. A história do direito acabou por demonstrar que se, por um lado, o direito público evoluiu muito durante o século XX, criando novos direitos e garantias do cidadão, assegurando garantias democráticas sólidas, por outro lado, o direito privado, que embora tenha projetado com o Código Civil francês de 1804 um espaço de liberdade, de igualdade, de autonomia, na realidade concretizou desigualdades e inúmeras agressões, ora contra os mais fracos nas relações contratuais, ora contra as mulheres, as crianças, e assim por diante, o que se agravou nos últimos tempos.

Nesse contexto, em que a pessoa humana estava desprotegida, o papel do Estado ganha relevo, na medida em que passa a intervir nos espaços privados para proteger valores culturalmente aceitos por toda a sociedade, levando a uma profunda transformação do direito civil e da dogmática do direito privado. Então, pouco a pouco, as constituições européias pós Segunda Guerra Mundial, e no Brasil pela Constituição Federal de 1988, absorveram no texto constitucional garantias indispensáveis a pessoa humana, que além de perpassam as relações jurídicas privadas, acabam por superar o espaço do público e do privado.

2 DA INDEPENDÊNCIA DO DIREITO PRIVADO À SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O estudo e interpretação do Direito Civil nos países de tradição romano-germânica, no século XIX, têm suas premissas focadas no Código de Napoleão, no qual o Estado se mantinha alheio às negociações privadas. Após a Segunda Guerra Mundial altera-se esse sentido de interpretação ante a crise e as exigências do pós-guerra, em que o Estado passa a intervir nas relações jurídicas privadas, de modo a editar normas

¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

de ordem pública que são aplicáveis às relações entre particulares. Dá-se com isso o fenômeno da *publicização* do Direito Civil. Mais recentemente, no final do século XX, dá-se um novo salto interpretativo, pelo qual há o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, por isso a *constitucionalização* do Direito Civil, importando na transformação axiológica deste último.

Pietro Perlingieri, professor italiano pioneiro nos ensinamentos daquilo que chamados de Direito Civil Constitucional, afirma que o modelo do Código Civil francês de 1804, que inspirou o Código Civil italiano de 1865, assim como o Código Civil brasileiro de 1916, caracteriza-se por colocar no centro do ordenamento jurídico a propriedade. Comentando a respeito do referido Código de 1865, diz o autor:

A experiência da codificação – que encontra as suas raízes na Revolução Francesa e não é característica de todo o ordenamento estatal – deu vida na Itália, com referência à disciplina aqui estudada, ao Código Civil de 1865 e àquele (ainda em vigor) de 1942.

Modelado no Código Civil francês de 1804, o Código de 1865 caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *mortis causa*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’².

Veja-se que o Código francês, que deveria refletir os princípios basilares da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), dá ênfase a dois outros valores fundamentais, que são a propriedade e o contrato, este por meio da autonomia privada. A propriedade é considerada como bem ao alcance de todos, ao menos formalmente, e a liberdade contratual como direito de todos³.

Nesta fase o Direito Civil tem absoluta independência do Direito Constitucional, sendo o Código Civil considerado o documento jurídico da sociedade e a Constituição o documento político, adstrito a regular as relações do cidadão com o Estado. As primeiras constituições nada regulavam sobre as relações privadas, cumprindo assim sua função precípua de delimitação do Estado mínimo. Nesta época, portanto, o direito privado e o direito público vivem em mundos apartados.

Do início à metade do século XX altera-se esse modo de ver e de interpretar o Direito Civil, uma vez que aquela concepção de liberdade, de não ingerência, não dava

² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

mais conta de atender aos valores da sociedade então existente. Isso em função da crise que se instalou em nível mundial, principalmente em virtude do pós Segunda Grande Guerra, que trouxe a exigência de superação do Estado liberal, com a intervenção estatal na economia. Dá-se início a denominada *publicização do Direito Civil*, caracterizada pela intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, por meio de edição de normas coativas, como as que passam a regular as relações de trabalho e as relações locatícias. Instaure-se o Estado social, o qual além de limitar poder político também limita o poder econômico, assim como sua ideologia se traduz em valores de justiça social⁴.

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo,

A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor⁵.

É importante ser entendido que a publicização é um processo de intervenção estatal, via Legislativo, por meio de legislação infraconstitucional, e não pela submissão do direito positivo aos valores constitucionais, porque neste caso se trata de constitucionalização, que é o passo seguinte que se dá a caminho da unidade do ordenamento jurídico.

Finalizando esse processo de superação do direito público e do direito privado, acontece uma das principais revoluções do século XX, que é o fenômeno da *constitucionalização*, em que este, diante das mudanças paradigmáticas que acontecem fruto dos inúmeros conflitos sociais, assume um valor central e passa a submeter todas as relações da sociedade, passando-se então a falar de um *direito civil constitucional*. Neste viés, os textos constitucionais, e no Brasil com a Constituição Federal de 1988, promovem a transformação axiológica definitiva do Direito Civil, quando então deslocam para o centro do sistema jurídico a Constituição, retratando uma percepção no sentido de que a pessoa humana passa merecer proteção do direito⁶.

A expressão *neoconstitucionalismo* tem sido usada pela doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo, no sentido de que o constitucionalismo atual tem algo substancialmente diverso daquele que o antecedeu. Pode-se apontar

⁴ BARROSO, Luís Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 out. 2006.

⁶ TEPEDINO, op. cit.

como características deste novo constitucionalismo: a) a normatividade da Constituição, b) a superioridade da Constituição sobre o restante do ordenamento jurídico, c) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, passando os outros ramos do Direito serem interpretados a partir dos valores constitucionais, d) a incorporação de valores políticos no texto constitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e e) o aumento dos conflitos específicos e gerais decorrentes das diferentes pretensões existentes no texto constitucional⁷.

Gustavo Tepedino⁸ sustenta que o fato do texto constitucional ter como base o valor da pessoa humana, reflete mudança valorativa, que não pode ficar alheia ao jurista. A partir da eleição pelo texto constitucional da dignidade da pessoa humana como valor central e princípio fundamental no ordenamento, inserido no artigo 1º da Constituição, significou a possibilidade do intérprete de funcionalizar as estruturas dogmáticas do direito privado e do direito público na proteção da pessoa humana, devendo ser utilizado como fundamento para transformação das estruturas sociais no caso concreto.

Como bem aduz Tepedino na sua mais recente obra sobre a questão:

Vê-se [...] que o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica. [...] Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.⁹

Do que foi exposto até aqui, não há como não concluir sobre a imposição de se repensar do direito, principalmente o direito civil tradicional, na sua interpretação e aplicação, à vista dos princípios constitucionais, já que refletem os valores socialmente relevantes.

3 MARCOS TEÓRICOS DESTE FENÔMENO: REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E NOVA TEORIA DAS FONTES

Essa mudança de olhar sobre o direito civil trouxe como conseqüências mais significativas a repersonalização do Direito Civil, no sentido que, a partir do princípio

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸ TEPEDINO, op. cit.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

da dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III), a pessoa humana foi recolocada no centro do direito civil, passando o patrimônio a papel subsidiário (ao menos teoricamente, como proposta constitucional). Além disso, o novo constitucionalismo provocou uma nova teoria das fontes, uma vez que a lei não é mais a única fonte, sendo que a Constituição aparece auto-aplicativa, estabelecendo um modo de resgate dos direitos fundamentais.

3.1 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por meio da cláusula geral de tutela da pessoa humana, fundamentada no art. 1º, inciso III da Constituição (“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”), e reforçada por outros dispositivos constitucionais, como o art. 170 (que inclui entre as finalidades da ordem econômica assegurar a todos existência digna), o art. 226, § 7º (que diz que o planejamento familiar deve funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 227 (que impõe que se assegure à criança e ao adolescente direito à dignidade), e o art. 230 (referindo ao tratamento com dignidade aos idosos), operou-se a repersonalização do direito civil, exigindo que o intérprete e todos os operadores do direito tenham a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, para somente depois, ver seu patrimônio¹⁰. Este, com isso, deixa de ser o centro em torno do qual gravitam todos os demais valores porque incompatível essa postura em face dos novos valores constitucionais, que tem na pessoa humana o valor fundamental.

Edson Luiz Fachin afirma que essa nova postura consiste numa tentativa de superação do sujeito abstrato, abstraído de sua dimensão real, como o fazia o Código Civil de Beviláqua, para promovê-lo a sujeito concreto, que possui direitos constitucionalmente garantidos. Assim, o Direito Civil deixa de ser marcado pelos valores clássicos da propriedade e da autonomia privada, passando a ter como marcos teóricos, além destas figuras, também a tutela de outros valores merecedores de proteção e que vão ao encontro da noção de cidadania, que é a pessoa humana e os valores que esta representa. Diz Fachin neste sentido,

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência

¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico -, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.

Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade -, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo [...] e sobrevivência¹¹.

Mas o desafio maior colocado pela doutrina é desvendar em que consiste realmente a dignidade da pessoa humana, já que esta expressão é reconhecidamente vaga, indeterminada, podendo-se com base nela defender os mais diversos pontos de vistas. Dizendo de outra forma, como o faz Maria Celina Bodin de Moraes¹², quais são “os atributos intrínsecos à pessoa humana, cuja proteção o Direito é chamado a garantir e promover, e de que forma tais atributos devem ser, relativamente, hierarquizados?”. Sabe-se que na antiguidade clássica, o conceito de dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pela fortuna ou pelo título de nobreza, por exemplo. Com o advento do cristianismo, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade da pessoa humana passou a ser mérito de todos os indivíduos. Na sociedade contemporânea, entretanto, destacada pela visão antropocêntrica, alarga-se significativamente a noção de dignidade humana.

Na tentativa de elaborar uma resposta juridicamente adequada e dotada de cientificidade, Maria Celina Bodin de Moraes utiliza-se do fundamento kantiano do “imperativo categórico”, que colocou a questão da moralidade sob nova perspectiva, afirmando que faz parte deste a exigência de que “o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo”¹³. Nessa perspectiva, o valor moral encontra-se acima do valor mercado, devendo toda a legislação buscar a realização do valor máximo que representa a dignidade humana. Foi o que fez a Constituição brasileira de 1988.

Prosseguindo, Maria Celina demonstra que o fundamento jurídico da dignidade deve ser preservado a partir de quatro outros postulados, quais sejam, a *igualdade*, a

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188-189.

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coordenadora). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 6.

¹³ Idem, p. 12.

integridade psicofísica, a *liberdade* e a *solidariedade*. A *igualdade* consiste na busca da igualdade substancial, exige que, além do direito de todas as pessoas de possuírem os mesmos direitos, assim como de não sofrerem tratamento discriminatório (o que caracteriza a igualdade formal), trate-se desigualmente aos desiguais, quando as disparidades das condições econômicas e sociais assim o exigirem. Mais do que isso, sustenta a autora que o princípio da igualdade modernamente transcende a busca da alteridade, mas deve também ser integrado pelo princípio da diversidade, no que diz respeito principalmente as especificidades culturais. O princípio da *integridade psicofísica* serve para garantir os direitos de personalidade (vida, nome, imagem, entre outros) e o direito à saúde, este entendido como bem-estar físico, psíquico e social, envolvendo também os avanços da biotecnologia, que importam nos mais diversos modos de intervenção no corpo humano. Neste aspecto “provém a necessidade de que sejam estabelecidos determinados limites externos, limites que são, forçosamente, tanto de natureza ética quanto de natureza jurídica”¹⁴. A *liberdade*, por sua vez, que na sua concepção clássica velava unicamente pela vontade individual (diga-se, do proprietário), desvinculada dos interesses sociais, modernamente é concebida juntamente com o dever de solidariedade social, isto é, como direito que é exercido em determinado contexto social e que não pode desvincular-se deste. Por último o postulado da *solidariedade*, valor que emergiu após a II Guerra Mundial, e que busca instrumentos para garantir a digna existência humana. No art. 3º, incisos I e III, da Constituição brasileira, estão previstos como objetivos a serem alcançados a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Como regra geral decorrente dessa estruturação do princípio da dignidade da pessoa humana, caso venha a ocorrer numa relação jurídica privada um conflito entre “uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema”¹⁵. Nesse sentido, os magistrados devem ponderar esses quatro valores (igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade), para assim preservar o núcleo da dignidade.

Para finalizar este tópico deve-se esclarecer que essa “repersonalização” que se busca contemporaneamente longe está da concepção de sujeito desenvolvida pelo liberalismo clássico, que mantinha o indivíduo des preocupado com a sociedade a qual estava inserido. O Direito Civil que se quer desenvolver é com base numa concepção antropológica social do homem, a qual tenha como norma-objetivo a dignidade da pessoa humana e revele a capacidade emancipatória do direito¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 33.

¹⁵ Idem, p. 53.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

3.2 NOVA TEORIA DAS FONTES E DAS NORMAS: DO “DIÁLOGO DAS FONTES” AOS PRINCÍPIOS E REGRAS

A segunda consequência nesse novo contexto se dá por uma substancial alteração da teoria das fontes, considerando que a Constituição aparece como fonte normativa, rompendo com a tradição de ser apenas um documento político do Estado. No Estado Democrático de Direito a Constituição passa a estabelecer um modo de resgate dos direitos fundamentais, seja na perspectiva dos direitos fundamentais ditos negativos, as chamadas liberdades, seja dos direitos fundamentais positivos, que são direitos sociais.

Essa ampliação de olhar acabou fazendo que prevalecesse o entendimento de que a norma constitucional é como outra norma qualquer, com a vantagem de ser hierarquicamente superior e que deve servir de referência normativa central pelo magistrado para solução dos problemas de direito privado. Esse raciocínio leva a constatação de que as normas constitucionais devem ser aplicadas diretamente, com posição de destaque nas relações de direito privado, embora cotidianamente muita resistência exista para aplicação direta das normas constitucionais¹⁷

Cláudia Lima Marques afirma que o constitucionalismo sob esse novo viés propicia que se faça, na análise do caso concreto, o que ela chama de “diálogo das fontes”, entre a norma constitucional e a legislação infraconstitucional, possibilitando que se supere os conflitos privados a partir da construção de um sistema de valores ordenado pela ordem constitucional¹⁸.

Como decorrência lógica deste novo paradigma, surge a questão da necessidade de superação do sistema de regras, muito bem apontada por Lenio Streck. Sustenta Streck que, enquanto a postura positivista estava assentada em cima da tradição da regra, o constitucionalismo trabalha com os princípios, que buscam resgatar valores que as regras não conseguem alcançar¹⁹. Com isso ocorre definitivamente a fragilização da dicotomia público-privado, uma vez que a noção de princípios suplanta a noção de regra, o que o autor denomina de superação da noção sujeito-objeto para a noção sujeito-sujeito.

Neste sentido, os direitos fundamentais vão apresentar-se de forma principiológica, nas várias dimensões que aparecem do texto constitucional. O Código Civil e as demais leis especiais infraconstitucionais cumprem função complementar à Constituição, devendo assumir uma leitura moral, defendida por Robert Alexy, que pressupõe uma leitura dos princípios, fazendo com que o intérprete veja que as relações privadas estão submetidas a esta ordem. Dito de outra forma, os princípios estão incorporados à Constituição e isso é fundamental para compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (orgs.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

civil porque atrás de cada regra há um princípio, que será interpretado pelo método da ponderação²⁰. Nesse contexto, o valor da dignidade da pessoa humana deve ser considerada como uma norma-princípio, trazendo como exigências

Enquanto princípio de matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula de inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado²¹.

Buscando estabelecer alguns critérios distintivos entre regras e princípios, Carlos Roberto Siqueira Castro, citando Roberto Alexy, diz que este sustenta que,

[...] ‘tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o deve ser’. [...] Daí que, para ROBERT ALEXY, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade’. [...] ‘O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas’²².

Por isso que no processo interpretativo, enquanto as regras se excluem, os princípios não se excluem, mas se ponderam. Essa “ponderação” consiste no processo de interpretação que, a partir das circunstâncias concretas, confronta as razões em jogo, dando-se prevalência de um princípio sobre o outro pelo seu maior valor, oriundo do compromisso histórico assumido no momento de sua consagração

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

²¹ CASTRO, op. cit., p. 161.

²² ALEXY, 1993, apud CASTRO, 2006, p. 166-168. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

constitucional²³. Significa dizer que, se as regras prescindem do processo da materialidade para sua aplicação porque podem ser interpretados abstratamente, os princípios estão vinculados no processo de materialidade das Constituições.

4 NOVO PARADIGMA INTERPRETATIVO: INTERPRETAÇÃO DOS CONFLITOS PRIVADOS E ADEQUAÇÃO HERMENÊUTICA À PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Como já foi esboçado acima, a constitucionalização do direito privado, além de criar uma nova teoria das fontes e uma nova teoria das normas, exige o rompimento com o método tradicional da subsunção para que se estabeleça um novo paradigma interpretativo, a fim de que os conflitos privados sejam interpretados de maneira hermenêuticamente adequada aos valores sociais inseridos no texto constitucional.

Lenio Streck de maneira muito clara coloca sobre o assunto,

A noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. [...] Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma [...], é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que dar lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão a Filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, [...], atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista-subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão²⁴.

A emergência de um novo modo de interpretar a lei e a Constituição, que considere unitariamente o ordenamento jurídico, é imperioso para resolver os problemas que o positivismo não consegue absorver das especificidades desse novo modelo constitucional, que impõe como valor supremo a pessoa humana inserida numa realidade social que deve ser considerada. Neste sentido diz Perlingieri que

o juiz, ao julgar um caso, deve levar em conta todas as possíveis circunstâncias de fato que o caracterizam – a situação, mesmo econômica, dos sujeitos, a sua formação cultural, o ambiente

²³ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁴ STRECK, op. cit., p. 329-330.

no qual atuam -, dando-lhe a resposta conforme o ordenamento visto em uma perspectiva unitária²⁵.

Para evitar o risco da discricionariedade e da subjetividade por parte do intérprete, Pietro Perlingieri sustenta que o juiz está sujeito ao *princípio da legalidade*, que lhe impõe a submissão à lei, que, no Estado social assume um *status* de legalidade social, de compromisso de intervenção, de programação e de controle no campo econômico e social. Se assim não fosse, diz, ele,

se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito ao Parlamento e ao Executivo, não existira motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo, de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei²⁶.

Tal conduta iria de encontro ao Estado Democrático de Direito, isto é, seria antidemocrática, porque o Judiciário apoderar-se-ia da Constituição, institucionalizando de certa forma a “ditadura do Judiciário”.

Aprofundando esta discussão, Streck sustenta então que é por meio dos princípios que se alcançará uma resposta hermenêuticamente adequada para o caso concreto, evitando-se o império da discricionariedade judicial. Defende ele que a partir da interpretação do texto constitucional é possível apurar previamente o sentido da norma, com base na situação concreta, de modo que a fundamentação seja válida para todos.

Dessa forma, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – o resultado do seu resultado, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que o ‘cercam’ desde sempre o intérprete. Como a hermenêutica é ontológica (não clássica), e não procedimental, entende ser possível encontrar (sempre) uma resposta condizente (conforme) a Constituição – entendida em seu todo principiológico. [...] Numa palavra, essa resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofão em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). [...] Isto porque uma resposta (que é um ato de aplicação) *não é construída para responder a outras perguntas*. Afinal, uma interpretação (decisão) não é feita para resolver casos futuros, porque isto implicaria uma autonomização desse enunciado (como se o separasse do ente), estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso²⁷.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43.

²⁶ Idem, p. 42.

²⁷ STRECK, op. cit., p. 367-368.

Enfim, limitando-se ao que interessa ao estudo ora proposto das relações privadas, este novo paradigma hermenêutico impõe que o intérprete se inspire na dignidade da pessoa humana porque este é o valor constitucionalmente eleito. No caso concreto, tendo o juiz que sopesar entre valores do mercado e o da pessoa, deve prevalecer este último, tendo em vista que a ordem econômica também deve respeito à dignidade humana. Assim, não se pode trabalhar a partir de uma visão conservadora, sob pena de não se obedecer à legalidade constitucional, que impõe ao hermenêuta a realização da constitucionalização das normas infraconstitucionais e não o inverso. É necessário que seja superada a idéia de que é “mais fácil” aplicar o texto isolado da lei, que muitas vezes tenta adaptar a Constituição a regra infraconstitucional, pois tal raciocínio cria uma subversão axiológica do sistema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, para que a re(construção) das relações privadas em face do novo constitucionalismo efetivamente concretize-se cada vez mais no dia a dia forense, onde o papel do Judiciário no processo de concretização da cidadania não pode ser incompatível com as bases do constitucionalismo democrático²⁸, é imprescindível que se desfaça alguns preconceitos.

Primeiro, que se inverta a lógica mercantilista que na atualidade predomina que, como aponta José Eduardo Faria, importa na “substituição da tutela governamental pela livre negociação e a subsequente expansão das relações contratuais entre redes de empresas e cadeias produtivas”²⁹, levando à “adaptação” do Direito Civil à dinâmica do processo de transnacionalização dos mercados. Para tanto, cabe ao direito indicar os limites desta lógica, para se fazerem respeitar os valores fundantes da ordem jurídica, que estão na Constituição Federal, passando o mercado a ser visto como instrumento e não mais como fim. É necessário repensar o direito e a economia, colocando a tutela da pessoa humana no ápice das relações privadas, para guiar todo o sistema, inclusive o mercado. Em suma, é a ordem jurídica que deve condicionar a atuação da ordem econômica e não o inverso.

Segundo, que haja definitivamente a superação do dogmatismo tradicional do Direito Civil, para que os princípios tenham mais importância que as regras, o que permitirá que o intérprete encontre uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição para solução dos conflitos privados.

Terceiro e último, que o juiz, ao realizar sua função de interpretação e aplicação na norma jurídica, tenha mais responsabilidade, ponderando quais são os valores

²⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ufmg, 2002.

²⁹ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 100.

fundamentais que devem ser atendidos. Nessa busca, cabe ao magistrado interrogar-se permanentemente no sentido de qual é a finalidade e o sujeito do direito, isto é, para que e para quem o mesmo serve, o que o levará a concluir que o direito deve sempre ter em vista uma sociedade mais justa, que respeito a dignidade e a diversidade, que tem responsabilidade emancipatória, que deve ser aberto, crítico e justo, respeitando os valores definidos pela sociedade, para identificação da sua própria cultura, e que anunciam a dignidade da pessoa humana e o solidarismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ufmg, 2002.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 12 out. 2006.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discrecionalidade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, Doglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.