

O Direito Privado no contexto da Constitucionalização do Direito

Alcimir A. Rocha Neto

Advogado. Mestre em Direito Constitucional
pela Universidade de Fortaleza.

Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e
Hermenêutica Jurídica na Universidade de Fortaleza.

Professor de Direito Processual Constitucional na pós-graduação em Direito
Constitucional da Escola Superior da Magistratura/CE.

Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/CE. Autor dos
livros *Direito Constitucional e Teoria Política* e *À Espreita de Vargas*.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar o Direito Privado e seus institutos sob a ótica dos novos paradigmas interpretativos do Direito bem como estudar as modificações que necessariamente deve sofrer – e as que já vem sofrendo – em face de um cenário na teoria do Direito que se tem chamado de *constitucionalização do direito*. Inicialmente faz-se necessário que busquemos estabelecer os conceitos que viriam a formar este novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito a partir de um “ambiente jurídico” onde a *constitucionalização* mostra-se como ideia cada vez mais presente e aceita no pensamento dos estudiosos do Direito nas suas mais diversas searas. Empós é de igual importância que se alcancem as implicações deste novo cenário no Direito Privado e proceder à elaboração de um paralelo entre o Direito Privado visto de uma ótica privatista, ainda a imperar, porém caindo cada vez mais em descrédito por conta das suas falhas e insuficiências decorrentes da própria natureza das teorias em que se sustentam estas visões, e o Direito Privado enxergado a partir de uma ideia de *constitucionalização* segundo a qual todas as normas jurídicas antes de gozarem de uma validade plena, não apenas a formal, mais conhecida como vigência, têm que ser submetidas ao teste da *filtragem constitucional*.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the Private Law and its institutions from the viewpoint of the new interpretative paradigms of law and studying the changes that must necessarily suffer - and that has been suffering - in the face of a scenario in which theory of law has called the constitution of the law. Initially it is necessary we seek to establish the concepts that they would form this new paradigm of interpretation and application of the law from a "legal environment" where the constitution proves to be an idea increasingly present and accept the thought of scholars of Right in its most diverse crops. Empós is equally important to reach the implications of this new scenario in Private Law and to draw up a parallel between the Law of Private seen a otic private, still prevail, though increasingly falling into

disrepute on account of their faults and shortfalls arising from the very nature of the theories in which they contend these visions, and Private Law viewed from an idea of where all the constitutional laws before they enjoy a full validity, not just the formal, better known as life, have to be submitted to the constitutional test of filtering.

Palavras-chave: Interpretação; Direito Privado; Constitucionalização do Direito

Keywords: Interpretation; Private law; Law constitutionalization

“Ontem os códigos hoje as constituições” (Paulo Bonavides)

“We must never forget that is a Constitution we are expounding”¹. (John Marshall)

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar o Direito Privado e seus institutos sob a ótica dos novos paradigmas interpretativos do Direito bem como estudar as modificações que necessariamente deve sofrer – e as que já vem sofrendo – em face de um cenário na teoria do Direito que se tem chamado de *constitucionalização do direito*.

Inicialmente faz-se necessário que busquemos estabelecer os conceitos que viriam a formar este novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito a partir de um “ambiente jurídico” onde a *constitucionalização* mostra-se como ideia cada vez mais presente e aceita no pensamento dos estudiosos do Direito nas suas mais diversas searas.

Empós é de igual importância que se alcancem as implicações deste novo cenário no Direito Privado e proceder à elaboração de um paralelo entre o Direito Privado visto de uma ótica privatista, ainda a imperar, porém caindo cada vez mais em descrédito por

¹ Em tradução livre para o português: “Nós nunca podemos esquecer que é a Constituição que estamos a interpretar”.

conta das suas falhas e insuficiências decorrentes da própria natureza das teorias em que se sustentam estas visões, e o Direito Privado enxergado a partir de uma ideia de *constitucionalização* segundo a qual todas as normas jurídicas antes de gozarem de uma validade plena, não apenas a formal, mais conhecida como vigência, têm que ser submetidas ao teste da *filtragem constitucional*, que será analisado de maneira mais cuidadosa adiante, no tópico pertinente.

Ao fim analisar-se-ao as consequências da adoção deste novo paradigma teórico para a problemática da hermenêutica das normas de direito privado.

2. A relação entre direito público e direito privado na história do direito

A dualidade célebre entre direito público e direito privado vem sendo relativizada em virtude de dois fenômenos que abalaram a estrutura clássica dos ordenamentos normativos estatais principalmente desde o início do século passado. O Direito Público tem sua origem remota na Grécia antiga onde e quando se lançou a base de sua estrutura, ao passo que a origem remota do Direito Privado encontra-se na Roma cultuadora da autonomia privada e da liberdade de contratação entre os particulares.

O Direito Privado precede o Público no aspecto cronológico, isto é, aquele apareceu na história dos povos antes que este último o fizesse. A inexistência de efetivos mecanismos que funcionassem como freios à autonomia da vontade – a alma do direito privado – fez com que se mostrassem cada vez mais necessários institutos que tivessem o específico papel de conter avanços além dos limites do razoável e do proporcional relativamente ao coração do Direito Privado. O Direito Privado tem suas origens remotas entre os romanos cujas instituições de Direito Privado são a base, senão por inspiração, por logicismo histórico, de sistemas jurídicos de variados Estados espalhados pelos mais diversos pontos do globo.

Contra a afirmação que inicia o parágrafo anterior poder-se-ia arguir dizendo que a democracia grega trouxera instituições de Direito Público e, portanto, precedera o Direito Privado dos romanos. De fato apareciam ali os primeiros germes do Direito Público, ocorre que apenas localizada e circunstancialmente, ao passo que o Direito Civil dos romanos espalhou-se por boa parte do globo e enraizou-se com força tal que ainda hoje é a grande força a influenciar a faceta privada dos ordenamentos jurídicos.

Nasceram as instituições de Direito Público a matar com uma só rajada dois coelhos, que eram, primeiro a já citada necessidade de manutenção da autonomia da vontade dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade e o segundo a imperiosa importância na contenção do poder político, também grande suscitador de problemáticas levadas ao Direito para solução. A tendência natural dos homens é a de não reconhecer e enxergar – por cegueira ou propositalmente – limites aos seus desejos de toda natureza, de modo que a não existência de mecanismos inibidores da busca incessante e cega pela satisfação pessoal poderia acarretar o fim, mesmo, da raça humana. Se a racionalidade individual, *per se*, não é capaz de fazer com que um indivíduo se limite, instrumentos coercitivos mostraram-se necessários para a sobrevivência e convivência social.

Dois fenômenos chamam nossa atenção quando nos dispomos a analisar historicamente a relação entre os direitos público e privado: (a) publicização do direito privado e, num momento posterior, (b) a constitucionalização do direito. Nessa ordem cronológica. Pode-se mesmo afirmar que constituem os dois fenômenos nas segunda e terceira fase da relação histórica existente entre direito privado e direito público ou ainda entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, ramos clássicos que distinguem uma e outra seara. A pergunta que surge diante da afirmação que acabei de fazer é, naturalmente, qual viria a ser a primeira fase dessa relação, já que se mencionou a segunda e terceira. A primeira fase seria aquela que se inicia com os acontecimentos da Revolução Francesa e se estende até meados – talvez até a década final – do século XIX. Fase em que

surgem os institutos modernos tanto do Direito Público quanto do Direito Privado, vale dizer, momento histórico em que as Constituições escritas se consagram e em que o Código Civil Napoleônico surge como marco da história do civilismo e do direito privado, consagrando reflexões e teorias desenvolvidas – sem prejuízo de outros fenômenos intelectuais da história – precipuamente pelo Iluminismo. Poder-se-ia arrolar como exemplo a questão da segurança jurídica, a previsibilidade das relações entre os privados, a necessidade de cumprimento dos contratos e a garantia absoluta da autonomia privada, dentre outros muitos institutos.

Nesse momento inicial da relação entre Direito Público e Direito Privado o que ocorre é a separação quase que absoluta entre ambos, de modo a se enxergar algo muito próximo à incomunicabilidade entre eles. A Constituição regularia as relações entre o Estado e os cidadãos, exercendo o papel de um estatuto político, e o Código Civil exerceria a função de regulador das relações estabelecidas ou por estabelecerem-se entre os indivíduos, entre os particulares, servindo de estatuto jurídico por excelência, tendo, inclusive, passado a ser chamado de Constituição do Direito Privado.

Diante das mudanças pelas quais o mundo sofre nas teorias econômica e política, principalmente a partir de meados do século XIX, as teorias jurídicas sentem a necessidade de se adequarem à realidade. Com os bens trazidos pelo liberalismo político sendo ofuscados pelo liberalismo econômico exacerbado, o direito privado se vê diante de uma situação de invasão cada vez maior de seu campo pelo direito público com a inserção nos contratos de cláusulas de ordem pública com vistas a proteger as partes mais fracas do contrato e começam a surgir estatutos jurídicos com o objetivo de resguardar do poder econômico o lado frágil das relações econômicas (o inquilino, o consumidor etc.). É justamente com o advento deste dirigismo contratual que se começa a falar de uma publicização do direito privado.

A terceira fase é um pouco mais complexa nas suas causas, bem como nos seus efeitos e merece um olhar um pouco mais acurado. Ela se chama *constitucionalização do Direito*.

3. A constitucionalização do direito

Numa tentativa de destrama conceitual do conceito de constitucionalização do direito parece interessante transcrever a advertência de Luís Roberto Barroso:

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito.²

Como se nota, “constitucionalização do Direito” é uma expressão que guarda uma série de significações. Para o presente estudo aquilo a que se quer referir com a utilização do termo é àquele fenômeno que se iniciaria com a promulgação da Carta Fundamental portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978 e que atingiria seu apogeu com o Diploma Político brasileiro de 1988.³

² BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Mimeografado, 2005.

³ Importantes estudos de autores nacionais e internacionais dedicaram atenção à análise da problemática da relação entre direito constitucional e direito privado, fazendo menção ao fenômeno da constitucionalização do direito ou seu equivalente. Ver: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 74, p. 753. PRATA, Ana. *A Tutela*

O fenômeno se manifesta principalmente no momento em que o jurista se dispõe a proceder ao labor interpretativo das normas de Direito, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, até por conta do fato de que, com o acolhimento na doutrina do fenômeno objeto do presente tópico, toda interpretação do Direito passa a ser tida como interpretação constitucional que pode se dar de modo direto ou indireto.

Dá-se de modo direto quando o texto normativo objeto da atividade hermenêutica é da própria Constituição, e de forma indireta quando se trata de texto de norma infraconstitucional, caso em que a interpretação é constitucional porque se deve submetê-la aquilo que tem sido consagrado na doutrina como *filtro constitucional*. Essa atividade de filtragem constitucional consiste, justamente, em submeter o texto normativo ao crivo axiológico da Constituição Federal, quando se devem levar em conta os princípios norteadores deste documento constitucional, bem como as diretrizes programáticas e os objetivos a serem atingidos pelo Estado brasileiro.

Levado a cabo a filtragem constitucional, acaba-se por realizar – e é efetivamente o que ocorre – um controle difuso de constitucionalidade sempre que se interpreta toda e qualquer norma, exceto, como é óbvio, as normas originárias da Constituição, até porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de normas constitucionais originárias serem reputadas inconstitucionais, no sentido proposto, por exemplo, por Otto Bachof, em trabalho clássico (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*).

3.1. Peculiaridades da Interpretação Constitucional

Constitucional na Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, 1982. LOTU-FO, Renato. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

A Constituição, pelo mero fato de ser Constituição, já é merecedora de análise específica no que tange aos princípios⁴ e métodos de interpretação das disposições normativas que a compõem. Parece muito óbvio que por emanar de um poder supremo – ilimitado juridicamente, revolucionário e insubordinado, vale dizer, que não deve respeito a nenhuma ordem jurídico-constitucional pretérita – a Carta Política Fundamental merece um estudo especial a respeito da forma como se dará o labor hermenêutico que venha a ter como objeto uma norma nela contida. Mas não é apenas este o motivo que nos leva a essa conclusão, isto é, a de que se precisa elaborar análise específica sobre a Constituição. Tem-se sempre que interpretar a Constituição pelo fato de que é somente em assim se procedendo que se passará de uma leitura política, ideológica ou empírica para uma leitura de índole jurídica das disposições constitucionais.⁵ A Norma Suprema criada por aquele poder livre de qualquer peia jurídica⁶ tem por característica, ainda, trazer em seu bojo normas de grau de abstratividade mais elevado do que as demais normas – infraconstitucionais e infralegais. Quanto mais baixa a posição do instrumento normativo na pirâmide da hierarquia normativa, maior a tendência de ele vir a abranger normas de caráter mais concreto do que a que lhe imediatamente precede na mesma pirâmide. Daí porque os princípios que regem a tarefa de se interpretar a Constituição servem-na sem, necessariamente, servir à interpretação das demais normas. Já as regras interpretatórias gerais relativas a leis infraconstitucionais, em regra, se aplicam à hermenêutica constitucional, no que couber, pois, em determinadas situações os princípios

⁴ Para um estudo pormenorizado dos princípios da interpretação constitucional ver o trabalho: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 448.

⁶ “De fato, as questões de cunho constitucional não são, na raiz, isto é, originariamente, questões jurídicas, mas estritamente políticas. O desenvolvimento das Constituições nos ensina que uma regra jurídica não é suficientemente forte para guiar e determinar o rumo das forças políticas”. ROCHA NETO, Alcimor Aguiar. *Direito Constitucional e Teoria Política: Temas Contemporâneos*. For-taleza: Imprepe, 2005, p. 90.

específicos da interpretação constitucional prevalecerão, diante de um conflito, em face dos princípios gerais. Assim não fosse seria como, guardadas as devidas proporções, ministrar o mesmo medicamento para doenças diversas. Nesse sentido é a lição de Jorge Miranda, ao escrever que

A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexas com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstrata de conceito, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais.⁷

A tarefa de tirar o texto constitucional da alienação em que ele se encontra reposicionando-o na realidade viva⁸ não é igual – embora se assemelhe em alguns aspectos – ao labor de isolar o sentido da lei do texto em que ele se encontra escondido. Para a efetivação dos dois trabalhos são exigidos métodos distintos.

Para o caso de não se ter restado claro a relação destas considerações com as suas consequências para o Direito Privado, necessário se faz o estabelecimento de um liame entre os dois pólos.

Ora, há com o advento do fenômeno da constitucionalização do Direito, como já dito, uma mudança no seu paradigma interpretativo: na primeira fase da relação entre direito público e direito privado a supremacia que se atribuía à Constituição era tão-somente de ordem formal, sendo que é apenas na terceira fase da antedita relação que a supremacia também material é alcançada pela Constitui-

⁷ MIRANDA, op. cit., p. 451.

⁸ Utilizei-me, cá, de uma ideia originalmente posta por Palmer quando escreveu: “A tarefa da hermenêutica é tirar o texto da alienação em que ele se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta” (PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, *apud* SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004, p. 202).

ção, ocasião em que ela se desloca para o centro dos debates jurídicos e todo e qualquer debate em qualquer que seja a seara da ciência jurídica passa, necessariamente, por uma espécie de afrontamento entre as normas infraconstitucionais desta seara e as normas constitucionais, de modo que é somente no caso de desse contraste não resultar nenhuma incompatibilidade que a norma de direito infraconstitucional gozará de validade e poderá vir a ser aplicada às situações da realidade fática.

Daí porque é não apenas importante mas necessário que se tenha em mente a realidade jurídica circundante quando do momento de interpretação e aplicação do Direito Privado.

4. Liberalismo, Positivismo e Direito Privado: o antigo paradigma interpretativo privatista

Três Revoluções Liberais burguesas estouraram nos séculos XVII e XVIII e mudaram os rumos da História dos povos. A primeira delas – na ordem cronológica dos acontecimentos históricos – foi a Revolução Inglesa de 1640 a 1688. Uma revolução que se inicia em 1640 e tem sua conclusão quase meio século depois, em 1688, dando origem ao primeiro país capitalista do mundo.

Para que a Revolução Industrial – que como escreveu Alcimor Aguiar Rocha “teve profunda influência nos destinos da civilização”⁹ – de modo efetivo viesse a ocorrer, necessariamente uma revolução política teria que precedê-la. A experiência histórica inglesa demonstrou que somente uma revolução política poderia abrir espaço para uma revolução industrial, completando um período de transição do capital comercial ao industrial. Para isso teve-se que virar a página das relações pré-capitalistas e seu antigo regime econômico, dando à luz o capitalismo e seu “novo regime econômico”.

⁹ ROCHA, Alcimor Aguiar. *Fundamentos e formação histórica do direito do trabalho*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1975, p. 11.

Nessa transição, três principais mudanças precisaram-se realizar na estrutura econômica: primeiro, substituiu-se a prevalência agrícola pela industrial. Segundo, os transportes modernizam-se. Terceiro, as crises periódicas de subsistência que caracterizaram o feudalismo dão lugar a novas crises, dessa vez de superprodução e de baixos preços. Tais mudanças pressupunham outras bem mais profundas e complexas e de natureza política, sem as quais não poderiam ter sido levadas a cabo. Ora, de forma alguma se poderia pensar em mudanças na seara econômica como as que aqui se colocaram sem uma mudança estrutural do Estado, da forma como este se apresentava à época.

O modelo de Estado, então vigente, era o Estado monárquico absolutista, uma forma estatal que representa o resultado de um processo plurissecular que marcou a passagem do Estado feudal ao moderno, por meio da centralização do poder (tanto territorial quanto administrativo) e de sua concentração em mãos de um príncipe, ungido pelo direito divino e perpetuado pela sucessão hereditária.

O Estado absolutista, contraditoriamente, criou condições para que nele desenvolvessem atividades eminentemente burguesas. Trata-se de um paradoxo, e foi justamente este que levou à crise do absolutismo monárquico. Dessa contradição histórica entre burguesia e nobreza só poderia surgir uma saída, que foram justamente as revolucionárias liberais.

Para a efetivação das mudanças econômicas pretendidas pela burguesia britânica, o poder do Estado precisava ser limitado. Os poderes absolutos de que dispunha o único detentor do poder haveria que ser dividido e cingido. Aí o principal objetivo da revolução política que precedeu a econômica ou industrial.

Os principais entraves para a obtenção de lucro, e, por conseguinte, para o desenvolvimento econômico da sociedade inglesa naquele Estado absolutista monárquico, eram, exatamente, as velhas

instituições e estruturas feudais que ainda mantinham, sendo que destas, com toda certeza, as mais pesadas eram aquelas representadas pelo parasitismo da Coroa e da Igreja, obstáculo cruebilíssimo para o crescimento de um mercado nacional.

É exatamente dessa necessidade de limitar – de impor limites à atuação estatal – que nascem as primeiras “espécies” de direitos, os civis ou naturais. Tais direitos civis abrangem, justamente, o direito à vida, à liberdade e aos bens (propriedade). O *Segundo Tratado sobre o Governo*, de Locke, foi uma das obras mais influentes neste sentido.

O Direito Privado atinge o seu apogeu no mesmo momento em que o fez a teoria liberal. É que segundo esta teoria – que se ramifica na política, na economia e no Direito – o Estado deve intervir o menos possível, senão por completo, das relações entre os particulares, abstendo-se de perpetrar qualquer ato que possa significar invasão no “sagrado” campo da autonomia privada.

No Direito a teoria que completa o liberalismo econômico, permitindo o seu pleno desenvolvimento é o positivismo jurídico.

4.1. Teoria Pura do Direito

A Teoria Pura do Direito é a principal obra do pensamento positivista jurídico na sua concepção normativista. Tal teoria, tamanha sua relevância, funciona como uma espécie de divisor de águas na Teoria do Direito. O seu formulador, Hans Kelsen, elegeu como objeto de seu estudo as normas jurídicas, edificando uma teoria estritamente formal desvinculada da realidade fática. Kelsen rompe com o paradigma jusnaturalista, abstraindo da interpretação – não de sua formulação, diga-se – todo aspecto valorativo, moral, sociológico etc. Tanto Kelsen aceitava e, mesmo, entendia necessários os valores quando da formulação da norma, que ele escreveu que a formulação do Direito fica a cargo do legislador, seara em que o aspecto valorativo desfila com vigor; ao jurista seria descabida essa valoração, mas tão-somente a interpretação avalorativa das normas

jurídicas, sem a pretensão de suplantar o legislador e quebrar o dogma da separação de poderes.

A discussão que propunha Kelsen era restrita ao disposto nas normas jurídicas emanadas do Poder Legislativo do Estado. Nascia o normativismo kelseniano tendo como precípua objetivo a purificação da ciência do Direito. A Teoria Pura do Direito busca purificar os métodos utilizados pela ciência jurídica, de modo a eliminar todo e qualquer elemento estranho ao texto da lei. Rechaçava todos os aspectos axiológicos e os da realidade fática para acolher apenas os aspectos do mundo lógico. O positivismo começa, já daí, a pecar, capitalmente, ao querer isolar o Direito de outras ciências. “Quando ela [a ciência] tinha a pretensão de explicar um réptil ou um molusco, isolando-o – era como se pretendesse achar a vida nos cemitérios”.¹⁰ Foi assim que Tobias Barreto justificou a importância em não se estudar o Direito isoladamente. Esse alerta não é tão recente assim, data da década final do século XIX.

Para Kelsen e sua pureza teórica a tarefa do cientista jurídico deveria ser, tão-somente, a de descrição, abstendo-se das discussões valorativas pois

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, vale dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.¹¹

¹⁰ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*; prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Edição Facsimilar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 11.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.

E o arremate é com, talvez, um dos seus mais célebres dizeres: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

Como se depreende da análise da passagem acima transcrita da teoria kelseniana, há um apego apaixonado – paradoxalmente, pois há uma valorização da lógica em detrimento de axiomas – à forma e um consequente desapego ao conteúdo da norma. A propósito, Kelsen parece querer aplicar o método nietzschiano de resolução dos problemas. Friedrich Nietzsche dizia que uma grande paixão era necessária para derrotar uma paixão e o constitucionalista austríaco lança mão de sua grande paixão – a teoria pura – para derrotar as paixões que devem estar longe do Direito.

Para Kelsen, uma norma para ser tida como tal necessita apenas obedecer às normas procedimentais de feitura das leis, não havendo que estar em conformidade com nenhum conteúdo material, nenhum aspecto conteudológico, por assim dizer. Daí dizer-se da Teoria Pura uma teoria formalista.¹²

Como crítica a esse entendimento formalista, é lúcida a crítica de Min. Cesar Asfor Rocha quando ensina que “Quando da aplicação da norma, não pode o Juiz deixar de se aproximar da realidade social e de se orientar pelos princípios mais elevados da Justiça”.¹³

Hans Kelsen não enxergava nenhuma possibilidade lógica em se deduzir as normas jurídicas dos fatos da vida cotidiana e real, por isso a separação entre ser e dever-ser, sendo que aquele seriam os fatos e este, as normas.

¹² “A forma prepondera sobre o conteúdo e o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado”. ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41.

¹³ ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de Introdução ao Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1974, p. 63.

4.2. Liberalismo e Positivismo

A dogmática jurídica lida sob o prisma do positivismo jurídico e tem como fito principal o desenvolvimento de um sistema de normas coerente, unitário e completo que tenha capacidade de processar a incontroversa complexidade da contemporaneidade. Para o alcance dessas metas, a dogmática positivista faz uso de recursos de interpretação pertencentes à hermenêutica clássica, isto é, aqueles de natureza lógico-formal. Tais métodos interpretatórios seriam capazes de conferir atributos de uniformização e previsibilidade das decisões o que, por conseguinte, asseguraria a tão preciosa segurança jurídica almejada pelo pensamento liberal-normativista.

O (neo) liberalismo é o modelo adotado pelo Estado no qual este deve única e exclusivamente não piorar as condições de vida dos cidadãos, ao passo que o Estado de Direito Social deve não apenas procurar manter a boa vida de quem a tem, mas patrocinar a promoção social, melhorando as condições de vida de quem reputa não as ter em boa medida.

A principal instituição do Estado Liberal não é o Estado, mas o Mercado com sua “mão invisível”, para usar aqui a consagrada expressão cunhada por Adam Smith. Assim, o mercado capitalista encontra seu ambiente propício para nascer e desenvolver-se naqueles locais onde o Estado lhes concede ampla liberdade para agir, tutelando apenas aquelas áreas que antes de lhes castrar a liberdade, dar-lhes-ão garantia de que esta será respeitada.

O mercado pretende respeito a contratos – instrumento-mãe de todas as negociatas capitalistas e mercadológicas. E tal respeito não decorre, algumas vezes, da vontade dos indivíduos em respeitá-los, mas da coerção que o Estado, por meio de seu Poder Judiciário, pode ser chamado a exercer. Vale dizer, a garantia mesma do respeito aos contratos não está nos indivíduos, mas no Judiciário e nas leis, de

modo que tão mais querido será para os liberais um ordenamento jurídico, quanto mais previsíveis forem as decisões nele baseadas.

Como expusemos, *supra*, um dos fins do positivismo é exatamente o de conceder previsibilidade às decisões judiciais, fazendo delas uma aplicação direta e lógica da lei, uma aplicação quase matemática – como se fosse possível existir uma verdade absoluta a não exigir interpretações casuísticas, algo difícil de ser alcançado até mesmo pelas ciências exatas. Quando os positivistas defendem apaixonadamente uma aplicação – paradoxalmente – desapaixonada da lei, a partir de juízos avalorativos, abstraídos da realidade fática, o fazem, basicamente, por dois motivos, sendo que na maioria dos casos um exclui o outro.

O primeiro – e mais esperto deles – é o de atender aos interesses mercadológicos, e é juntando-se à corrente formalista-normativista que se atingirá, mais facilmente, este objetivo. O segundo é mais ingênuo sendo que o motivo ensejador de seus ajuntamentos aos normativo-positivistas é quase, senão involuntário, inconsciente. É que os positivistas ingênuos, se é que podemos assim lhes chamar, não sabem nem mesmo que pertencem a tal corrente doutrinária, sendo que nela se albergam pelo fato de que respeitam as regras pelo mero fato de serem regras, sem proceder a juízos críticos do Direito que buscam à adequação material – e não apenas a formal – dos instrumentos normativos relativamente à norma superior que, no mais das vezes, é a Constituição.

O pior é que este segundo grupo consiste na maior parte dos “juristas” e operadores jurídicos que acabam por formar um senso comum teórico alucinado pelo positivismo que, aliás, é ótima forma para aqueles não tão apegados aos estudos, haja vista exigir um esforço intelectual para interpretar as normas, o que é desnecessário quando apenas se deve repetir o constante do texto legal. Isso não é muito difícil de ser constatado por qualquer de nós, basta que tenhamos em mente que vivemos ainda, no Brasil, uma era onde as portarias são mais respeitadas que a própria Constituição.

Cá, a Magna Carta é ainda tida como um documento programático, embelezador da ordem jurídica, um mero ornamento no arcabouço normativo e não um documento jurídico dotado de eficácia e que nasceu para ser respeitado, cumprido e efetivado.

Tudo que o liberalismo quer é que continue a permear as mentes de grande parte dos atores jurídicos a ideia positivista. É assim que atingirão um de seus objetivos que é fugir das imprevisibilidades das decisões de juízes que não se conformam apenas em analisar os aspectos formais de uma regra, mas também – e principalmente –, a compatibilidade material da norma com sua superior de onde busca fundamento e razão de toda sua existência.

5. Novo paradigma interpretativo do direito em geral e do privado especificamente: pós-positivismo

O positivismo cai no erro de ter a norma como algo com sentido primitivo e absoluto. Mas elas não são bem assim, modificando-se no tempo e no espaço, pois o seu sentido só será alcançado ao cabo de um longo processo de interpretação que passa, necessariamente, por sua conformação conteudológica aos axiomas constitucionais.

Por tudo isso é que a uma boa parte dos casos o método tradicional hermenêutico não serve. Lança ele mão de silogismos para a resolução de problemas jurídicos, cuja premissa maior é a norma e a menor o fato. Luis Roberto Barroso diz que a interpretação jurídica tradicional partiu de duas premissas básicas para se desenvolver, quais sejam: “(a) o papel da norma: oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (b) o papel do juiz: identificar a norma aplicável aos problemas que lhe cabe resolver, revelando a solução nela contida; sua função é uma função de conhecimento técnico, de formulação de juízos de fato”.¹⁴ Nota-se, assim, que os

¹⁴ BARROSO, Op. cit.

mecanismos de interpretação jurídica tradicional seguem alguns dogmas iluministas tais como a crença absoluta na racionalidade e na possibilidade de resolução de problemas jurídicos através de métodos cartesianos, calcados na filosofia, dentre outros, de Descartes.¹⁵

Na crítica a esta construção teórica Gadamer adverte que “não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”.¹⁶ O raciocínio seguido pelo aplicador da norma seguindo os critérios da hermenêutica jurídica tradicional é silogístico, cuja norma é a premissa maior, o fato relevante a menor, e a conclusão é a sentença.

No novo paradigma interpretativo do Direito e do Privado, especificamente, como espécie de um gênero, há uma mudança quanto ao papel exercido tanto pela norma quanto pelo juiz, de modo que aquele passa a ser “a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato da norma. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”.¹⁷ Já o papel do juiz, intérprete/aplicador dos textos jurídicos, “já não será apenas um papel de conhecimento técnico, voltado para revelar o sentido contido na norma. O juiz torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas”.¹⁸

Enxerga-se aí, nessa mudança paradigmática, que ocorre a superação do positivismo jurídico por aquela corrente teórica do Direito a que se tem atribuído a alcunha de pós-positivismo.¹⁹ E mais: ainda que de modo inconsciente – se é que isso se mostra possível – a

¹⁵ Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 490.

¹⁷ BARROSO, Op. cit.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2005.

doutrina jus-hermeneuta tem acolhido, cada vez mais, as ideias da hermenêutica filosófica o que tem corroborado, de forma definitiva, para a superação e para a desconstrução dos dogmas iluministas e positivistas.

6. Conclusão

A superação dos métodos e técnicas da hermenêutica jurídica tradicional pela nova interpretação do Direito, em que todo o sistema é lido e relido a partir das lentes da Constituição e através de princípios da hermenêutica constitucional, não implica total irrelevância daqueles primeiros até porque ainda uma boa parte dos problemas jurídicos podem ser resolvidos por eles. Ocorre que uma outra boa parte não mais pode.

Uma importante preocupação que vem à luz depois de colocadas todas essas considerações à discussão é a seguinte: a superação a qual se referiu deu-se, por completo, (ainda) apenas no campo teórico, vale dizer, nas discussões acadêmicas e capitaneadas pela melhor doutrina. Na prática jurídica cotidiana, nos corredores forenses e nos gabinetes dos magistrados enxerga-se ainda uma relutância em se aderir aos novos paradigmas interpretativos, seja pelo desconhecimento deles – despreparo mesmo – seja pela insistência em se manter fiel aos velhos dogmas que se fizeram presentes durante toda a sua formação jurídica.

O fato é que diante da racionalidade histórica não podemos nos dar ao luxo de continuarmos presos ao passado enquanto os ares que respiramos já são do futuro. Se a força das ideias não for suficiente para mudar a direção dos ventos jurídicos nacionais – que insistem em seguir, embora cada vez em menor escala, as rotas do positivismo – a partir de algum ponto a força da história se mostrará insuportável, como sempre o fez, e se encarregará de fazer a mudança definitiva, através da “força bruta”, tendo falhado a razão. Espero que não seja assim, e creio que não será.

Referências bibliográficas

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*; prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Mimeografado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOTUFO, Renato. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, *apud* SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional na Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 74, p. 753.

ROCHA, Alcimor Aguiar. *Fundamentos e formação histórica do direito do trabalho*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1975

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de Introdução ao Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1974.

ROCHA NETO, Alcimor Aguiar. *Direito Constitucional e Teoria Política: Temas Contemporâneos*. Fortaleza: Impreco, 2005

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.