

NOVA HERMENÊUTICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A REVISÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fernanda Barbosa dos Santos¹

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho²

RESUMO:

Este artigo reflete sobre a constitucionalização do Direito Privado ou, especificamente, sobre o significado hermenêutico da assunção dos princípios constitucionais como normas jurídicas, no esforço por uma re-compreensão do Direito Civil em contexto pós-positivista. Aborda a aplicabilidade das normas e sua eficácia, buscando demonstrar como os princípios constitucionais passam a nortear o Direito em todas as dimensões de sua experiência, exigindo a assunção de um novo modelo hermenêutico em superação aos modelos positivistas herdados do século XIX. O artigo chama a atenção para a concepção tópico-retórica como exemplo do raciocínio prático, voltado para o problema e não para o sistema, sendo uma verdadeira inversão de perspectiva com relação ao paradigma da interpretação-aplicação do direito como um raciocínio do tipo silogístico. Pensando sobre o direito como argumentação, chama a atenção para a importância da reconstrução paradigmática do Direito Privado em curso para a construção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; princípios constitucionais; constitucionalização; direito privado e Constituição; direito privado e Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT:

This paper researches the process of constitutionalization of Private Law, and the hermeneutical meaning of the constitutional principles' affirmation of normative value, in the post-positivist horizon. It shows that constitutional principles command every experience of Law, requiring a new hermeneutical paradigm. We can't use the old models of Positivism anymore. This task requires considering Law as an example of practical reasoning, and invites to consider the paradigmatic importance of Rhetoric for Law, in its special orientation to the case and not to the system, in a quite different perspective than that of Positivism (who claims for a syllogistic paradigm for Law). It also remarks on the importance of the paradigmatic reconstruction of Private Law in the context of the construction of Brazilian constitutional and democratic state of law.

KEY WORDS: Hermeneutics; constitutional principles; constitutionalization; Constitution and Private Law; Private Law and democratic state of law.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Público pela Universidade do Grande Rio.

² Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC. Este texto deve ser tributado majoritariamente ao trabalho da pesquisadora Fernanda Barbosa dos Santos. A participação do co-autor deu-se apenas de forma acessória, e resultou pouco relevante para o desenvolvimento do raciocínio.

1.INTRODUÇÃO

Este artigo não compreende o estudo de dispositivos específicos do Direito Civil, mas, assumindo um ponto de vista da Teoria do Direito, enfatiza a necessidade de uma renovada interpretação no Direito Privado. Destaca-se a introdução, pelo novo Código Civil, de significativas modificações e conquistas em sede de Direito Privado, no esforço de adequar o ordenamento jurídico-civil aos preceitos constitucionais de tutela e promoção dos direitos fundamentais. Ao menos, deve ser esta a postura do intérprete: trata-se de um esforço e de um problema, pois, como se tem apontado reiteradamente, o Código é fruto de um projeto defasado com relação à Constituição de 1988:

As inovações palpáveis trazidas pelo Código de 2002 traduzem-se em poucas já que uma das principais diretrizes da comissão elaboradora era preservar, sempre que possível, o Código de 1916. Constata-se, por conta disso, que é um Código recheado de preceitos elaborados em uma outra época e comprometidos com uma realidade já extinta. O projeto antecede a constitucionalização do direito privado – que recoloca a Carta Maior de 1988 como elemento unificador do ordenamento jurídico – e as legislações especiais que possuem, na atualidade, um importante papel no ordenamento jurídico pátrio. (...) Sendo assim, a latente inovação legislativa – tão preconizada pelos defensores do novo Código – acaba por manter a bagagem teórica oferecida pelo Código anterior, preconizando a racionalidade patrimonial em detrimento daquela voltada à pessoa humana. (FACHIN, 2005, p. 8)

A verdadeira ruptura na experiência do Direito Privado brasileiro não se encontra no advento do novo Código Civil, mas na assunção de uma nova postura hermenêutica, com fundamento na idéia de que a Constituição vige com supremacia também nas relações privadas. Contudo, é evidente o grande desafio de superar uma proclamação apenas aparente, na busca de um ideal de uma democracia verdadeira, com “concreta” efetivação das normas jurídicas e a consolidação de uma cidadania inclusiva.

A crise do sistema de prestação jurisdicional no Brasil não se explica apenas pelo imenso volume de processos que precisam ser decididos. A questão não é quantitativa, mas diz respeito também, e especialmente, ao modo e aos critérios de solução das lides. Isso está relacionado com o cultivo da ilusão legalista. Acredita-se que tudo precisa ser regulado, que as leis devem ser reformadas, que os códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser sempre modernizada, sem o que se acredita não ser possível decidir as lides com justiça.

Os próprios operadores do direito têm dificuldade em manter-se razoavelmente informados sobre o direito vigente. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do nosso tempo, que exigem algo mais além da simples racionalidade lógico-formal.

2. DO ILUMINISMO AO POSITIVISMO

O advento da modernidade marca-se por três mudanças importantes: o ponto de partida do pensamento filosófico passa a ser o sujeito do conhecimento; tudo pode ser conhecido através de um conceito distinto, formulado pelo pensamento, pelo sujeito do conhecimento; e, enfim, a realidade passa a ser vista como um sistema racional de mecanismos físicos e matemáticos. O homem seduz-se pela possibilidade da conquista científica e técnica da natureza.

No horizonte da ciência do direito, o jusnaturalismo se apresenta como uma dimensão privilegiada do iluminismo, e comunga com este a pretensão racionalista dos séculos XVII e XVIII de libertar o homem dos preconceitos religiosos, sociais e morais.

A pretensão racionalista iluminista, que acreditara poder ler na razão humana todo um sistema de direitos naturais, dá lugar ao movimento codificador: essa mesma razão pretensiosa acredita agora ser capaz de regular detalhadamente toda a existência individual e social, na construção de Códigos. O Direito moderno consolida-se no século XIX preocupado com segurança jurídica e objetividade da ciência, afastando-se da especulação valorativa e dos tradicionais métodos argumentativos e retóricos que marcaram o pensamento jurídico medieval. Passa a vigor o paradigma matemático para o pensamento jurídico. A Escola da Exegese impõe o apego excessivo à lei e à interpretação gramatical e histórica, limitando a atividade criativa do juiz em nome de uma interpretação objetiva. Ela pretende, a rigor, excluir a possibilidade da interpretação.

Mas também a Escola Histórica do Direito, vinculada ao Romantismo enquanto movimento de reação ao Iluminismo, ao acentuar o compromisso do direito com a experiência cultural concreta de um povo, abre caminho para o positivismo.

3. CRISE DO POSITIVISMO E OS NOVOS DESAFIOS DO PENSAMENTO JURÍDICO

Com as grandes revoluções do século XVIII, nasce o Estado de Direito, com a afirmação dos direitos do homem e a limitação do poder soberano. O Direito tem como finalidade garantir a segurança jurídica (principalmente contra o Estado, mas também nas relações horizontais), impedindo o arbítrio do soberano e limitando a ação estatal. O Estado passa a submeter-se ao Direito.

O Estado Liberal foi ao mesmo tempo o maior fruto da doutrina do direito natural como o palco de sua destruição, pois foi o palco do nascimento das grandes codificações. O positivismo do século XIX adentrará o século XX encontrando seu apogeu na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, fundamentalmente comprometido com o problema da estabilidade da ordem jurídica no período após primeira guerra.

Importando apenas a lei validamente posta, sem qualquer preocupação de cunho valorativo, exaspera-se o formalismo pela identificação do direito com a co-atividade, condizente com a preocupação com garantir maior segurança às relações sociais e garantir a ordem pública.³

Mas o que fomos capazes de fazer e o que sofremos por ocasião da segunda guerra impõem, no entanto, uma revisão do formalismo da ciência do direito, que encaminha para uma reaproximação do direito aos valores éticos; num primeiro momento, essa auto-crítica assume os contornos de um retorno ao direito natural, mas conduz, sob a influência da virada lingüística que reinventa a filosofia no século XX, às conquistas dos pensadores pós-positivistas comprometidos com a investigação do papel desempenhado pelos princípios constitucionais como norteadores da ordem jurídica. Há um reencontro entre direito e moral implicada na assunção de que os princípios – expressos ou implícitos – constituem o cerne do ordenamento jurídico (eis que direitos fundamentais, que são o coração da Constituição, são também princípios).

³ Não é essa, a rigor a preocupação de Kelsen. A Teoria Pura do Direito não assume qualquer compromisso de ordem política, mas pretende ser uma teoria do direito em geral, “onde quer que se encontre”. Mas foi fundamentalmente esse o destino político que autoridades e juristas em geral lhe deram ao aderirem entusiasticamente às suas teses.

Mas esse reencontro entre direito e moral dá-se no pano de fundo de uma filosofia pós-metafísica (isto é, não essencialista) e de um contexto político pluralista. O desafio do pensamento jurídico nos dias atuais está em balizar esse reencontro entre direito e moral, desde quando reconhecemos a insuficiência do formalismo como garante da segurança jurídica. Nessa mudança de paradigma e nesse desafio, dá-se o resgate da razão prática, sustentada na argumentação em uma comunidade dialógica e fundada na verossimilhança, em detrimento da razão teórica, que dá primazia à lógica formal, à certeza, ao método demonstrativo.

4. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO E O NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo e a codificação são contemporâneos ao advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar sistematicamente o Estado e o poder político; o outro, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, principalmente no campo sócio-econômico. O modelo de codificação do Estado Liberal vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o Direito Público e o Privado.

Novos problemas da sociedade em rápida transformação levam a doutrina a tratar do processo de descodificação do Direito Privado, diante do advento de microsistemas legislativos que circulam à margem do Código Civil, baseados em princípios muitas vezes contraditórios ao Código. Nesse sentido, a descodificação implica a fragmentação do sistema de Direito Privado.

O paradigma civilista do Direito, baseado no prestígio do Código Civil como o grande estatuto estruturante da vida privada e social, sofre também um grande golpe com o advento da Constituição Social, que revê a presença do Estado no ambiente privado não apenas no exercício do seu poder normativo, passando a disciplinar amiúde as relações econômicas e privadas, desde uma perspectiva não mais individualista, mas também pela própria atuação do Estado na economia.

Mas a crise do Estado Social, decorrente menos de razões internas (da alegada crise fiscal, substanciada numa pretensa falência do Estado, incapaz de custear-se) do que de uma reconfiguração da ordem internacional (com o fim da guerra fria, deixou de

existir a ameaça que motivara a burguesia a pactuar com o operariado da Europa ocidental a instauração do Estado Social), coloca novos desafios e indefinições para a história do Estado e do Direito no Ocidente.

As alternativas são o retorno ao Estado Liberal (como de modo mais ou menos grosseiro se pode resumir a aspiração do neoliberalismo, de preocupações fundamentalmente econômicas) ou a construção do novo Estado Democrático de Direito; esta última foi a opção do Constituinte brasileiro em 87-88, e no diálogo e compromisso com essa decisão fundamental acerca da República que queremos ser, é que se desenvolvem as propostas de revitalização da Constituição como marco da vida política, econômica e social, redirecionando toda a interpretação do Direito Privado.

A constitucionalização do Direito Civil, entendida como sendo a revisão, desde o ponto de vista constitucional, dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico a reorientar a interpretação e aplicação do Direito Civil. Ela constitui uma dimensão essencial do processo de mudança paradigmática por que passa toda a ordem jurídica brasileira, no trânsito do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, no contexto do desafio e do compromisso para com a construção do Estado Democrático de Direito. Nessa nova perspectiva, a unidade do sistema civil não se compreende com abstração da Constituição Federal como um processo.

No novo contexto de complexidade social e de uma democracia sempre em construção, fragmentariedade e constitucionalização do Direito Privado são termos que se completam. A progressiva formação de micro-sistemas legislativos autônomos, que dão resposta a necessidades setoriais, e a produção de normas arrimadas em diferentes fundamentos e imperativos, nem sempre concordes teleologicamente, embora incidentes sobre as mesmas relações jurídicas, denunciam a insuficiência da racionalidade codificante, segundo as quais os grandes Códigos foram concebidos. Assume-se a necessidade de uma nova racionalidade, que dê conta da diferença constitutiva de nossa condição pós-moderna, do plural, mas que ainda se conceba nos quadrantes de uma racionalidade e assim da possibilidade do entendimento. Um raciocínio tópico emancipador porque liga sempre os ramos do Direito Privado à Constituição, o que lhes confere unidade, coerência e legitimidade democrática.

É evidente o papel de destaque conferido à Constituição como uma diretriz imperativa de todo o sistema normativo, e, conseqüentemente, seu principal elemento de unificação. Contudo, deve-se lembrar que sempre há de se interpretar a Constituição, como sempre há de se interpretar a lei. Só por meio dela, a partir da letra, mas sem se contentar com ela, encontra-se a norma como sentido normativamente operante. Não é possível a aplicação sem interpretação, tal como, esta só faz sentido quando posta ao serviço da aplicação. Interpretar é aplicar e aplicar é interpretar. Na medida em que a Constituição integra a unidade sistemática do Direito Civil brasileiro, emprestando-lhe as suas bases principiológicas em sentido forte (suas normas estruturantes), toda interpretação e aplicação do Direito Civil será interpretação e aplicação da Constituição.

Os problemas implicados na questão da aplicabilidade e da interpretação dizem respeito a qualquer norma de Direito, mas eles se tornam especialmente importantes quando se trata de normas constitucionais, especialmente tendo em vista a tradição autoritária com que queremos romper, que via na afirmação de direitos uma parte simplesmente decorativa na Constituição (mas que devia constar da Constituição e ser enaltecido nos manuais de Direito Constituição: afinal, somente assim essa afirmação de direitos poderia cumprir a função que lhe estava ideologicamente reservada: a de encobrir o desprezo dos militares e de seus juristas pelos direitos humanos).

No contexto da construção do Estado Democrático de Direito e da reconfiguração da ordem de Direito Privado à sua luz, a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento da sua força normativa, comparece como uma das principais características do Direito Constitucional, que reconhece que as normas jurídicas são gênero, de que são espécies as regras e os princípios, diferentemente de outrora, em que apenas as regras ostentavam natureza normativa (validade em sentido forte), enquanto os princípios eram simples diretrizes do pensamento no conhecimento do direito.

Se os princípios são normas, e se as normas jurídicas estão aí para serem concretizadas no mundo dos fatos, não há razão nenhuma que justifique que os princípios constitucionais não possam embasar uma pretensão em juízo. Afirmar que princípios constitucionais são normas jurídicas, e como tais imperativas, significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente, caso não se realize espontaneamente, como se passa com as demais normas jurídicas:

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2004, p. 294).

Com o processo de constitucionalização, observa-se, cada vez mais abertamente, a função essencial da doutrina e a jurisprudência na formação e na evolução do direito, destacando-se que nenhum jurista deve ainda pensar que apenas os textos legislativos infraconstitucionais sejam importantes para conhecer o direito.

Destaca-se, também, que com a entrada em vigor do novo Código Civil, a doutrina inclina-se na árdua tarefa de construção de novos modelos interpretativos, em que é imperativo retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, ao Diploma Fundamental vigente. É ineludável que o novo Código absorveu várias das grandes modificações e conquistas sociais em matéria de Direito Civil, presentes na Constituição de 1988, mas ele não é o melhor exemplo daquela que se pretende uma nova fase (a era do Direito Civil Constitucional).

Por Direito Civil Constitucional compreende-se uma nova atitude teórico-prática do jurista na compreensão do Direito Civil como um sistema de normas integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma em suas relações familiares e patrimoniais. Trata-se de uma guinada completa na ordem das suas relações jurídico-privadas. Tendo por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, suscetíveis de aplicação imediata, ou que servirão de ponto de referência para a interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Foi o Direito Civil Constitucional que conferiu uma nova dimensão ao Direito Privado, redimensionando até mesmo o conceito de autonomia privada na teoria dos negócios jurídicos.

Com a fragmentação e a constitucionalização, surgem novos desafios no campo da interpretação do Direito Privado. Também o recorrente recurso do novo Código Civil a princípios e cláusulas gerais torna necessário outro raciocínio jurídico que não o tradicional lógico-dedutivo, próprio de formalismo positivista da racionalidade moderna. Vendo a interpretação da lei como operação intelectual única e integral, reconhece-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema. Assim, a leitura do novo Código deve abrigar um pensamento jurídico como razão prática, dotado de uma intenção axiológico-normativa, comprometido com a concretude do processo decisório.

Deste modo, convém fixar: interpretar uma regra é aplicar o sistema inteiro de princípios, e qualquer exegese comete direta ou indiretamente aplicação da totalidade do Direito. Necessariamente, a interpretação sistemática pressupõe reelaboração da suposta vontade original do legislador, tendo em vista a contemporânea ordem de valores. Dadas a natureza axiológica do sistema jurídico e sua estruturação materialmente hierarquizada, as diversidades entre os ramos, por conseguirem residir especialmente na medida em que preponderam estes ou aqueles princípios, sem que se prejudique a idéia de totalidade dialética do sistema, sem a qual o Direito, como idéia, deixa de fazer sentido e de lograr a adesão racional mínima que o faz dotado de legitimidade em suas sanções positivas ou negativas. (FREITAS, 2002, p. 269).

Seguindo o raciocínio:

Assim, não obstante as distinções entre institutos e relações jurídicas, a interpretação tópico-sistemática tem de trabalhar com a noção de que a diversidade é de grau ou de função, sendo conciliáveis ou superáveis as contradições, justamente pelo recurso a princípios ascendentes ates desde o “metacritério” da hierarquização, que se apresenta como princípio estruturado máximo, precisamente com a função racionalizadora de evitar a fragmentação e as contrariedades internas ou de emprestar consistência ao sistema, na síntese positiva dos princípios, das regras e dos valores. Para além de visões unilaterais e insuladas, o sistema jurídico demanda a conexão das parcelas normativas com a totalidade axiológica na consciência do interprete, responsável pela fundamentação racional da decisão. (FREITAS, 2002, p. 269).

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal, podemos notar algumas posições que ignoram o caráter normativo dos princípios e o fato de a circunstância fundamental de toda norma infraconstitucional ser a realização dos princípios constitucionais (sob pena de inconstitucionalidade). Cola-se um exemplo do tipo de raciocínio que marcava as posições do Supremo, de dez anos atrás:

AI-AGR 190912/sp–São Paulo. AG.RE NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 25/03/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ. 23.05.1997 pp-21734 Ement vol-01870-04 pp 00801.

Ementa:

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Ausência de Prequestionamento. Súmulas 282 e 356/stf. Ofensa a Princípios Constitucionais. Alegação a ser aferida a partir da interpretação de normas infraconstitucionais. Impossibilidade.

1–É inadmissível o recurso extraordinário quando o tema constitucional suscitado não foi objeto do indispensável prequestionamento. Incide o óbice das súmulas 282 e 356 desta corte.

2–A violação à norma constitucional, capaz de viabilizar a instância extraordinária, há de ser direta e frontal e não aquela que demandaria, antes, o exame das normas ordinárias. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Tende a ser outro o posicionamento do STF quanto o tema, entendendo que os princípios são normas jurídicas. Ou é o que se espera.

5. PENSAMENTO JURÍDICO COMO ARGUMENTAÇÃO

O desafio da hermenêutica jurídica se impõe também porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos interage com o processo de assunção e construção de valores éticos, no contexto, no entanto, de uma sociedade pluralista. A busca do consenso e do entendimento é o *telos* de todo pensamento que se assume como racional. O raciocínio jurídico que recorre a princípios está, em última análise, referindo-se a valores (os quais não são pensados aqui como entes subsistentes em si, mas em sua histórica e permanente reconstituição, de que a vivência do direito participa) e, se o faz racionalmente, deve fazê-lo tendo como guia a busca do entendimento. Mas como entender-nos acerca de valores numa sociedade pluralista, marcada pela diferença, pela diversidade, pela multiplicidade de convicções acerca do que é a felicidade ou o sucesso pessoal, acerca enfim das maneiras como se deve viver?

Nesse contexto, deve-se reconhecer a contribuição, por exemplo, da Teoria da Argumentação, de Chaim Perelman, no processo de reconstrução paradigmática do direito e na construção daquilo que se tem chamado de pós-positivismo, porque confere uma nova perspectiva ao discurso jurídico a partir de bem fundamentadas críticas às concepções dominantes, e dando primazia para a lógica do razoável, para a argumentação e deliberação, ao direito como pensamento prático.

Apenas a retomada do direito como pensamento prático, de matiz retórico-argumentativa, com abandono, portanto, do paradigma epistêmico (próprio da matemática, que no direito reduz o pensamento ao silogismo) permite enfrentar o desafio de decidir um caso perante o qual se impõem normativamente dois princípios diferentes. É importante frisar que não se trata de uma situação excepcional, mas de algo absolutamente característico de um ordenamento principiológico em uma sociedade pluralista.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de constitucionalização do Direito atinge todos os seus ramos, mas é notável e especialmente importante no âmbito civil. Essa tendência deixou de ser uma promessa e já pode ser evidenciada em muitas decisões, nas quais os magistrados buscam, numa nova perspectiva, construir suas sentenças.

Passa-se a falar em Direito Civil Constitucional, numa reorientação cabal da experiência e da interpretação-aplicação do Direito Privado, à luz do desafio da construção do Estado Democrático de Direito.

A revisão paradigmática do Direito Privado é uma dimensão essencial – e, decerto, é a mais surpreendente – da reviravolta da ciência e da prática jurídicas nos últimos anos, consubstanciada num novo significado da Constituição e de sua supremacia.

Isso posto, gostaríamos de, por fim, chamar a atenção para o significado ético-existencial desse processo.

Vivemos o processo ético de construção aberta e permanente de referências, possibilitador da construção da biografia de cada um assim como da história das comunidades e das Nações. Esse processo, pelo qual sempre nos decidimos, encontra nos dias atuais temas e problemas de um significado extraordinário. A biotecnologia rompe os limites de nosso poder sobre nós mesmos, e a sociedade vive dúvidas sobre estas que são as questões mais polêmicas de nosso tempo. A própria natureza humana está em jogo, segundo a intuição, por exemplo, de Habermas (2002).

Ora, essas, que são as questões mais fundamentais da contemporaneidade (por exemplo: decisões sobre a possibilidade de manipulação genética de seres humanos,

sobre o início e fim da proteção jurídica da vida *etc.*) são, em certo sentido, questões de Direito Privado.

O pensamento que anima a reflexão jusprivatista deve dar conta do significado ético dos problemas com que lida (deve estar consciente inclusive de que se trata da discussão acerca do que é ser um ser humano) e da complexidade que o pluralismo impõe à discussão e à decisão sobre isto.

A reconstrução da Dogmática do Direito Privado está inserida no marco filosófico do constitucionalismo, o pós-positivismo. Tal reconstrução, ao longo de uma trajetória, visa uma reflexividade, demonstrando a importância da aplicação da função hermenêutica dos princípios constitucionais na pós-modernidade jurídica, fazendo com que o Código Civil deixe de ser o centro norteador das relações privadas, sistematizando o direito em torno da visão publicista. Deixa-se claro, então, que a idéia de Direito Privado e Direito Público passa a ser uma nomenclatura retrógrada, pois só obteremos uma sociedade inclusiva com todo o aparato dos direitos civis dos cidadãos num todo.

A substituição de um orgulhoso e emotivo apego ao Código como o monumento da cultura jurídica entendido como o centro do ordenamento jurídico, por uma visão principiológica, retórico-argumentativamente orientada, comprometida com o caso concreto em sua singularidade e irrepetibilidade, e sempre consciente de que a resolução de todo e cada caso concreto é a oportunidade e o ensejo para a realização da própria Constituição, é decerto uma auspiciosa boa notícia na história recentíssima da teoria do direito brasileira. Os juristas que se ligam a esse movimento prestam um serviço inestimável à construção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição não poderia – não poderá – tornar-se a Constituição de um Estado Democrático de Direito sem a revisão, por exemplo, dos antigos dogmas civilistas acerca do público e do privado ou do sistema de fontes do direito. A revisão da dogmática do Direito Privado, nesse processo de constitucionalização que discutimos, é *sine qua non* para a construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva dialógica. In: BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro, 2006. p. 1-14.. In:

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis. **A nova interpretação do direito**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Prefácio à 2ª Edição. In: SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo. Editora RT, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et alli: **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.