

O jovem direito civil-constitucional

Como sabemos, o breve século XX representou um importante momento de transição na teoria do Direito, cujos marcos principais podem ser reconduzidos às duas guerras mundiais, ressaltando que tais indicações temporais normalmente apontam não para o início ou auge de uma etapa, mas para o seu final.

Em virtude da Primeira Guerra, o colapso do modelo liberalista, implodido pela sucessão de graves crises econômicas, propiciou a cultura necessária para a elaboração de mecanismos dirigistas, de intervenção do legislador na economia, o que acabou por substituir o paradigma fundado na vontade do indivíduo por um positivismo normativista, baseado na vontade do legislador.

Em relação à Segunda Guerra, embora alguns discordem, pode dizer-se que a possibilidade de o regime nazifascista adotar, como de fato adotou, o positivismo foi o que comprovou o seu completo esfacelamento; Hitler, segundo se diz, não se cansava de agradecer aos juristas alemães que tornaram possível a legalidade de seu regime, entre eles autores ilustríssimos como Carl Schmitt e Karl Larenz. A democracia mostrou-se insuficiente para proteger seus cidadãos.

Tornava-se imprescindível que o Direito conseguisse fornecer instrumentos de reprovação aos regimes totalitários, como os que vilipendiaram a dignidade das minorias, impondo-se a reformulação do tecido jurídico em prol de um novo paradigma, que estivesse apto a assegurar, pelo menos, as garantias fundamentais a todos os cidadãos, reconhecendo-se a cada um, nacional ou estrangeiro, dignidade.

Um primeiro passo foi dado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, a qual enunciava em seu artigo 1º que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A transição, portanto, se iniciava no direito internacional, através das numerosas declarações de direitos humanos que, a partir de então, proliferaram em número e abrangência de direitos e garantias individuais, coletivos e sociais.

Em seguida, e quase concomitantemente, alguns ordenamentos sensibilizaram-se com estas mudanças e positivaram nas chamadas (por isso mesmo) longas Constituições um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, precedido da enunciação de princípios que contêm valores caros a um Estado democrático de Direito. Países que tiveram a imediata mudança de regime, como a Itália e a Alemanha, tomaram a frente ao promulgar suas constituições democráticas. Assim, a Constituição italiana de 1947, entre seus princípios fundamentais, já proclamava que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Também a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, consagrou o princípio em termos mais incisivos: “Art. 1, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”. Do mesmo modo, ocorreu na Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, a qual estabelece, em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e

na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

No direito brasileiro, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o comando e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os fundamentos republicanos, atribuindo-lhe o valor de alicerce de nossa ordem jurídica democrática. Significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores do ordenamento jurídico; eis aí a primeira e talvez principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco de uma generalização absoluta, indicando a dignidade como *ratio* jurídica de todo equalquer direito subjetivo, fundamental ou não. Levada ao extremo, essa postura exegética acaba por atribuir um grau de abstração tão amplo ao princípio que torna impossível sua útil aplicação.

A positivação dos direitos fundamentais e da proteção à dignidade da pessoa humana, presente nesses textos constitucionais, todavia, somente passou a ter um significado determinante quando se alterou o fundamento nevrálgico do paradigma jurídico contemporâneo, qual seja o da força normativa da Constituição. Reconhece-se, assim, dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores (morais). Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõem ao intérprete um esforço especial de justificação.

Daí o papel essencial que assume, neste modelo, chamado de pós-positivista porque aberto a valores, o ônus da argumentação. Com efeito, ao contrário das regras, o recurso aos princípios pode deflagrar hipóteses em que dois princípios, ambos válidos e legítimos, entram em colisão ao oferecerem soluções diversas, às vezes opostas ao caso concreto, considerado então, por isso mesmo, um “caso difícil”: nestas hipóteses, a aplicação do Direito impõe, segundo a boa solução preconizada por Robert Alexy, o uso de um processo de “ponderação ou balanceamento” de princípios, para encontrar qual deles é o mais adequado àquele caso, que princípio terá a sua aplicação melhor justificada, qual deles terá mais peso naquela concreta situação.

Este procedimento deve ser, natural e essencialmente, argumentativo e, inspirado pela construção de uma teoria da argumentação, vem calcado na existência de uma lógica informal, que se aparta da racionalidade matemática, mas não pode abrir mão de processos de verificação de racionalidade, através do procedimento, também articulado por Alexy, da proporcionalidade em sentido estrito, que lhe garantam legitimidade.

Embora Alexy proponha que isto seja feito mediante fórmulas lógicas, fato é que, de qualquer modo, ao dizer respeito ao caso concreto, só pode ser feito pelo juiz: eis o surgimento, para mantermos coerência nesta pequena evolução histórica, de um “positivismo “judicial”. Em 200 anos, passamos do juiz boca-da-lei do Código Napoleão à lei-boca-de-juiz dos princípios previstos nas longas Constituições.

Narrei a história dessa nova metodologia jurídica, que ainda está sendo aperfeiçoada por filósofos do direito e constitucionalistas, e que é essencialmente europeia, com alguma contribuição norte-americana. Dada a comunidade formada pelo sistema (ou família) romano-germânico, chamado atualmente de *civil law* – para se opor e diferenciar da *common law* –, e da colonização jurídica nos países da América Latina

pelos países da Europa Continental, deve ser contada também como uma história brasileira.

Nosso principal problema hoje é como escapar da incerteza no processo de interpretação-aplicação. A certeza do direito – ou segurança jurídica – é aspiração comum a todas as sociedades em todas as épocas, ainda que a própria ideia de certeza deva ser historicamente relativizada: ela já foi entendida como efetivo conhecimento do direito por parte dos destinatários, como mera estabilidade da regulamentação jurídica, como simples previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais etc. A ideia que lhe está subjacente, porém, é unívoca: o que se quer é evitar o arbítrio.

Alguns entendem que uma das causas da atual insegurança jurídica é devida à utilização excessiva de princípios jurídicos, conceitos vagos e muito amplos. Na realidade, já sustentou Luigi Lombardi Vallauri que a vagueza e a ambiguidade, intrínsecas às normas jurídicas, diminuem quando ao se aplicar-interpretar uma regra jurídica aplica-se juntamente o princípio geral que serve a justificá-la. Ao contrário do que afirma o senso comum, portanto, o ordenamento tornar-se-á menos arbitrário quanto mais generalizada for a utilização seja dos princípios constitucionais (explícitos) ou dos princípios gerais (implícitos) do sistema.

Nesta linha, mostra-se fundamental a lição de Michele Taruffo sobre o tema: as principais constituições redemocratizantes (italiana, espanhola, portuguesa e brasileira, esta última em seu art. 91, IX) consagraram o dever de motivação da sentença não apenas na legislação ordinária, mas especialmente entre as regras constitucionais, e com isto, ao lado da função que a motivação exerce no âmbito do processo, consagrou uma função extraprocessual. Isto significa que, além de facilitar a revisão da sentença, pelas partes e pelo juízo de segunda instância, o dever de motivação desempenha uma função garantista ao viabilizar o controle externo sobre as razões que fundam a decisão e, portanto, traduz a implementação histórica de uma concepção democrática do Poder Judiciário.

* * *

Uma das piores manchas de nossa história é o fato de termos sido a última nação do mundo a abolir legalmente a escravatura (embora saibamos que ainda há escravidão no país, como comprova lista atualizada do Ministério do Trabalho e do Emprego com empregadores acusados de explorar o trabalho escravo). Houve mesmo proprietários que queriam indenização pela perda de seus escravos. Pensando sobre o porquê disso encontrei uma explicação nas palavras de José Murilo de Carvalho: “Todo o processo da abolição no Brasil foi lento e ambíguo pois, a sociedade estava marcada por valores de hierarquia, de desigualdade; marcada pela ausência dos valores de liberdade e de participação; marcada pela ausência da cidadania. Era uma sociedade em que a escravidão como prática, senão como valor, era amplamente aceita. Possuíam escravos não só os barões do açúcar e do café. Possuíam-nos também os pequenos fazendeiros de Minas Gerais, os pequenos comerciantes e burocratas das cidades, os padres seculares e as ordens religiosas. Mais ainda: possuíam-nos os libertos. Negros e mulatos que escapavam da escravidão compravam seu próprio escravo se para tal dispusessem de recursos. A penetração do escravismo ia ainda mais fundo: há casos registrados de escravos que possuíam escravos. O escravismo penetrava na própria cabeça escrava. Se é certo que ninguém no Brasil queria ser escravo, é também certo que muitos aceitavam a ideia de possuir escravo”.

Temos a chance, agora, de limpar nosso nome ao tomar a dianteira no que se refere à proteção prevalecente da pessoa humana nas relações jurídicas. Sua tutela primordial,

de fato, parece ser o único princípio de coerência possível em uma democracia contemporânea; confia-se que venha um dia a ter alcance universal, sendo-lhe consagrada plena eficácia.

Maria Celina BODIN DE MORAES

[07.09.2012]

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/>>. Data de acesso.