

## Normas constitucionais nas relações privadas\*

Pietro PERLINGIERI

Senhor Reitor, caros colegas, caros estudantes, vou dar uma aula bastante esquematizada, não muito fácil, mas vou me esforçar para proceder por argumentações claras. Partindo do que é ciência jurídica e do que é conhecimento jurídico, a ciência jurídica é uma ciência prática, que tem por fim práticas concretas. Esta premissa é extremamente importante para que sejam evitadas algumas consequências negativas de uma ciência jurídica muito abstrata, muito teórica, muito linda em sua construção, mas que não se adere à realidade. O conceito de ciência jurídica tem uma função prática, não tanto apenas de conhecimento e de descrição teórica, porque é aplicativa, ou seja, ela é necessária para que sejam resolvidos os problemas civis e os problemas concretos dos seres humanos. Observe-se que o conhecimento jurídico é duplo: não são apenas as leis o objeto do conhecimento jurídico, como também o são os fatos concretos (os casos concretos) estudados, considerados e qualificados à luz das disposições legislativas. O objeto da ciência jurídica é unitariamente a realidade concreta, os fatos concretos e a norma jurídica, fato e norma concretos que estão em contínua dialética. A realidade não pode ser dividida, mas sim estudada unitariamente. Não há realidade econômica distinta da realidade jurídica; igualmente não há realidade social separada da realidade jurídica, como também, não há realidade ética ou religiosa divorciada da realidade jurídica. A realidade é una, é unitária, e o seu aspecto (o seu perfil) nada mais é que um aspecto de realidade unitária. Por isto o Estado de Direito não pode se limitar ao estado das leis. Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento desta realidade. Por isto, devem ser instrumentos adequados à realidade. Não existem instrumentos válidos em os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar.

O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os

---

\* Palestra proferida no dia 25.08.1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UERJ, publicada originalmente na *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6-7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 63-77.

mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos. Isto na História encontra afinidade na composição jurídico-literária, tanto no tocante à sincronia como no tocante à diacronia. O estudo dos ordenamentos jurídicos, dos diferentes sistemas jurídicos, aponta-nos que as noções, que os instrumentos, que os conceitos, enfim, definidos e utilizados pelo jurista de cada sistema são muito diferentes entre si. Um ponto em essencial deve-se frisar: saber todo o conhecimento da dinâmica e do movimento. São dois elementos objetivos que a ciência jurídica deve observar. A realidade é social, econômica, ética, religiosa, mas está sempre em movimento, em transformação, em dinamismo. Ao mesmo tempo, as leis, os princípios e os valores jurídicos também estão em mutação, rápida (mais ou menos rápida, embora nesta época rapidíssima); a velocidade de mutação daqueles (máxime nos tempos atuais) obriga o jurista a adequar seus meios de ação à realidade, o instrumento do conhecimento jurídico à realidade objetiva do conhecimento da ciência. Todo problema jurídico se volta em torno do conhecimento do Direito.

O ponto de partida é este: cada instrumento, cada realidade deve ser sempre estudada em dois perfis, quais sejam, os perfis da estrutura da realidade e da função do instrumento do Direito. Quanto ao perfil da estrutura da realidade, este é mais individualmente considerável. Vejamos o caso do contrato, uma estrutura bilateral (duas partes elaboram um contrato). Mas a pergunta mais importante não é feita para saber a estrutura do instituto, mas sim a sua função. Para que ele serve? Por que é ele aplicado a esta realidade? Qual a sua razão justificativa? Qual a sua função? A estrutura e a função indicam a natureza dos instrumentos jurídicos. Tal premissa nos consente saber melhor em relação de uma forma, o que é o formalismo jurídico, a saber, a atitude de aplicação do Direito de forma exacerbada, excessiva em relação à estrutura e em relação à função da letra da lei posta, relativa ao espírito e à substância da lei, dos interesses protegidos pelo formalismo da lei. O dogmatismo jurídico, por sua vez, é a utilização exasperada dos conceitos, dos dogmas do Direito, esquecendo-se de que a aplicação dos conceitos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, para não se tornarem aqueles preconceitos (pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem à força). O dogmatismo jurídico é, então, a valorização exasperada dos conceitos, dos dogmas, sem a averiguação oportuna dos interesses e dos valores que são objeto da investigação jurídica. Aqui se tem a informação de que tais dogmas são ubíquos (são onipresentes em todas as realidades de tempo e de espaço. Grande equívoco esta informação contém em si. Esquece ela que o inquirir jurídico da realidade prevê a historicidade e a realidade dos conceitos.

Por outro lado, temos o pragmatismo jurídico. Deve-se, aqui, ir em frente face àquilo que não se conhece e inquirir o que ele é. É a vitória da natureza das coisas, das forças das coisas. Partindo da impositação do caso concreto busca-se neste a solução para seus problemas. O pragmatismo se baseia na efetividade: é assim porque é assim. Isto é a negação do Direito, porque o Direito é o dever-ser. O Direito promove a mudança da realidade e para tal não pode sucumbir aos fatos. A primazia do Direito é a primazia da decisão política face à natureza das coisas. Nem sempre o Direito fotografa a realidade porque pretende mudá-la. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. O pragmatismo é o contrário disto, é a negação da força de transformação do Direito. Assim se entende a análise do Direito em oposição ao pragmatismo, este sendo a contribuição ao Direito parcial que não explica toda a realidade. A realidade é também econômica, e não só econômica. A realidade econômica é apenas um ponto de referência do que consiste a realidade para a construção jurídica, mas o pragmatismo a enxerga como se fosse a realidade. Por isto, se assim é, precisamos de encontrar um ponto de equilíbrio entre a forma e a substância. A interpretação e o conhecimento do Direito não se podem limitar à letra da lei, mas devem compreender o desafio dialético entre a lei e o fato, entre a realidade e a lei, entre o individualismo da lei (e os valores que estão em jogo) e o caso concreto.

A teoria da interpretação, a base do conhecimento jurídico em particular, deve encontrar soluções mais adequadas, mais razoáveis, cabendo destaque aqui para os princípios de adequação e de razoabilidade. A solução dada ao caso concreto deve ser adequada, cônica, razoável. Não é, portanto, a interpretação jurídica uma interpretação mecânica; não é uma operação mecanicista, esquemática. A velha impositação e a arcaica interpretação, que previam a subsunção do caso concreto, ou seja, a inserção deste à previsão abstrata da norma, não leva em consideração muitas coisas, principalmente a afirmação de que nem todas as normas são do tipo regra, nem todas elas se caracterizam pela previsão realista, detalhista, uma vez que há normas (mais importantes) que exprimem princípios. E este é o pensamento fundamental: a teoria moderna da interpretação da norma deve levar tal relação de princípios que explicam as normas do ordenamento jurídico. Os princípios são normas jurídicas: devem ser aplicados tal qual estas o são.

Outra conclusão a ser tirada é a de que nem todas as normas, atualmente, têm a mesma força. O sistema jurídico se compõe de normas constitucionais, de normas internacionais, de normas comunitárias (europeias), de normas regionais e de normas municipais. Isto cria uma hierarquia. Não se pode aplicar ao caso específico a norma

específica. É que tal norma deve se relida, interpretada e aplicada a todas as normas superiores a ela. A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal). A Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema. A verdadeira interpretação jurídica não pode ser literal, não pode ser só lógica: deve ser sistêmica e axiológica. Quando se diz interpretação sistêmica diz-se que o valor da norma varia de acordo com os valores do sistema em que ela se insere. Uma norma feita há trinta anos pode ter um valor diferente, porque mudou quer a realidade (econômica, social, ética), quer a realidade jurídica em que ela reside (e que acompanhou a evolução social). Normas que antes tinham um caráter especial podem atualmente expressar princípios gerais; da mesma forma, normas gerais de outrora hoje podem exprimir princípios setoriais. Na interpretação axiológica temos o momento mais importante de nossos dias. A interpretação axiológica significa uma interpretação avaliadora; leva ela em consideração que todo o ordenamento jurídico se baseia em valores que têm como base os valores do mundo, a filosofia da vida. O Código Napoleônico tratava da propriedade, dos contratos, das rendas, enfim, dos valores de uma sociedade burguesa em ascensão. Era esta a constituição da sociedade da época. A exemplo do Código Civil italiano de 1942, muda-se a ideia norteadora. Com este Código, porém, não é mais aquela a propriedade ou a renda, mas sim o empreendimento; o contrato (não o de sociedade) só se valoriza nesta nova lógica, a de produzir mais. Os contratos devem ser dinâmicos, e não mais estáticos. Mais um valor de uma época. Num terceiro plano evolutivo, as constituições modernas deslocam o valor fundamental não mais para a propriedade ou para as rendas, mas sim para o ser humano e seus direitos fundamentais. A propriedade e a renda são agora encaradas como instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana. O Estado, da mesma forma, não é mais um fim em si mesmo, não é mais a encarnação de um governante poderoso, mas sim um instrumento da sociedade, dos interesses do indivíduo. Muda-se mais uma vez a filosofia da realidade do sistema. Isto muda na lei. A interpretação axiológica significa que o interesse da norma se faz levando em conta os princípios fundamentais de todo o sistema. Isto significa reler todo o ordenamento jurídico à luz da constituição e dos valores fundamentais nos quais ele se baseia. Pensar em autonomia dos particulares não é mais aquele ato de vontade egoisticamente entendido, mas sim que tal ato de vontade deve ter seu mérito, a sua avaliação positiva, para que o ordenamento o considere válido. Por que consentiríamos

em deixar os sujeitos realizarem condutas de desvalor face ao ordenamento normativo? Não há mais sentido nisto. Idem quanto ao Estado de Direito. O Estado como instrumento das aspirações sociais deve significar divisão de poder e garantia do poder jurisdicional livre face ao Poder Executivo. A engenharia estatal em sua organização mais moderna pressupõe divisão de poderes e controle dos poderes entre si. O Estado de Direito pôde significar, com o significou pelos idos de 1800, a tutela das garantias e das situações adquiridas. O Direito fotografa a realidade moderna que passa. Com a mudança do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, lá onde o Estado não garante mais a liberdade, mas sim por meio dele se garante a promoção do bem-estar social, o Estado Social de Direito faz a promoção fundamental do Direito no Estado Moderno, que não se fixa só a conceder garantias fundamentais aos seres humanos, como também é contemporâneo na exigência dos deveres destes para com a coletividade. Trata-se do solidarismo jurídico: é o reverso da medalha do Estado Social de Direito.

Solidarismo, princípio da igualdade (quer formal, quer material), princípio especial da igualdade social, estas são as novas perspectivas de valores para a caracterização do Estado jurídico moderno. O jurista deve levar isto em consideração. A submissão do jurista à lei a ser aplicada não se dá face à letra desta, mas sim à letra da lei interpretada face à realidade mutante e aos novos sistemas jurídicos que ela engendra.

O drama da realidade moderna consiste na dúvida: mercado ou Estado? Se tudo couber ao Estado, a falência deste será uma questão de tempo. Vide o caso dos países socialistas do Leste Europeu. A previsão de todas as atividades sociais na lei, engessando-as no sentido de melhor conduzi-las, é pura veleidade. Por outro lado, voltar tudo ao mercado não é muito inspirador. Os poderes dos Estados Modernos devem ser voltados contra abusos. O legislador não deve legislar de encontro à legislação constitucional, pois nada pode fazer contra ela. E é justamente na Constituição que os princípios coibitivos dos abusos do mercado estão.

O debate hoje entre os civilistas europeus (atingindo, inclusive, proporções mundiais) é a prevalência da *lex mercatoria* quer sobre os organismos multinacionais, englobando a validade dos contratos, quer em relação à realidade (como atos simples ou como atos complexos). Estes contratos não deverão gerar valores dissonantes dos dados valorativos fundamentais do sistema. O mercado não é apenas um conjunto de regras econômicas, mas um estatuto de regras, um conjunto de normas jurídicas. O ato de mercado não se justifica *de per se*, mas nos princípios jurídicos, que são a alma do sistema jurídico nacional e internacional. Isto vale tanto no plano macroeconômico como no plano

microeconômico e envolve instrumentos mais técnicos de Direito Civil, por exemplo, o Direito das Obrigações, construído como um santuário (são assim mesmas as obrigações, e ponto final). Mas as obrigações lidas assim não são só uma escolha técnica, sendo principalmente uma escolha axiológica. Um dos aspectos mais técnicos das obrigações pode ser resumido no seguinte exemplo: se um trabalhador para a sua função na linha de produção para assistir um companheiro seu que esteja passando mal, poderia se considerar este ato causa justa bastante para sua demissão pelo empregador. Um absurdo, se considerarmos que o valor da pessoa, em sua integralidade física e psíquica, é hierarquicamente superior do que o cumprimento das obrigações avençadas no contrato de trabalho. A interrupção, portanto, da cadeia de montagem para ajudar alguém pode significar uma causa de legitimidade e de inimputabilidade ao agente.

Desta maneira, os conceitos com os quais fundamentamos uma discussão nos revelam que o Direito Civil não pode ser para sempre um conjunto de valores isolados da realidade em que está. Não pode ser só obrigações, propriedade e negócio jurídicos. O caso supracitado evidencia o problema do âmbito das obrigações. Quanto à propriedade, esta pode ser urbana, rural, de engenho, entre outras qualificações. Há, enfim, não *a* propriedade, mas *as* propriedades. Devemos ser cuidadosos ao construir uma identidade de valores de pouca força e importância. Por sua vez, o negócio jurídico é uma coisa; o reconhecimento de paternidade é outra, o contrato de compra e venda é outra, as associações são outras, o contrato de doação, mais um outro assunto. Para que serve a constituição do ponto didático Negócio Jurídico e Teoria Geral dos Contratos quando apenas o mínimo dos negócios jurídicos e dos contratos em geral é pouca coisa? O fundamental é levar em conta as particularidades do sistema sem violentá-las.

Outro ponto bastante problemático é o do direito subjetivo, do sujeito abstrato, da parte no contrato. É um aspecto difícil (se o sujeito é uma pessoa humana ou uma pessoa jurídica, em que há direito ao lucro, neste caso havendo quer direito ao lucro, quer dever de mútua assistência). Não há aqui direito, mas uma pluralidade de situações que mostra haver os sujeitos de direito. A noção de pessoa é muito importante em na época em que vivemos. Devemos adequar os desejos à capacidade de mutação das coisas. Por que hoje parece estar em crise uma ideia bastante importante décadas atrás como foi a noção de direito subjetivo? Há interesses diversos, situações diversas, pelas quais o titular de direitos é também titular de deveres. A situação jurídica não pode ser considerada só do plano ativo (quanto aos direitos), como também do plano passivo (dos deveres). Haveria então uma crise do direito subjetivo? Ao contrário de estudarmos o direito isoladamente, uma realidade egoisticamente considerada, cada interesse deve ser correlato a todos os

outros. Toda situação jurídica deve ser coligada às outras, à situação fundamental à constituição do sistema. É a ligação entre situações. Vejam o Estado Social de Direito. A mesma defesa da juridicidade pressionou o Estado Nacional de Direito. Concluindo, então, por que aplicar as normas constitucionais às relações privadas intersubjetivas? Vamos mudar a pergunta: por que não as aplicar? Se as normas constitucionais são normas jurídicas tais quais as outras, não há nada de errado nisto. A norma constitucional não se dirige só ao legislador, no sentido de que não deve ele emanar leis contra ela. Hoje, ao contrário deste parco interesse, as normas constitucionais são normas jurídicas, podendo suprir as normas infraconstitucionais. O restante das normas jurídicas não é só legislação que se move segundo preceitos da Carta Magna, mas também englobam valores em si, valores que devem ser conformes aos da lei maior. As normas constitucionais não são apenas normas de interpretação das normas ordinárias, como também elas próprias são parâmetros de seu entendimento e de sua aplicação, princípios de que o juiz não deve se esquivar, pois, se o fizer, ferirá letalmente o princípio da legalidade (principalmente a legalidade constitucional). Assim, podemos aplicar tranquilamente as normas constitucionais junto às normas de caráter ordinário, por exemplo, em função do artigo x, e por aí vai. A norma constitucional é assim (concreta). Todas as cláusulas legais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras) não serão aplicadas se não tiverem valores conformes aos valores fundamentais insertos na Carta Magna. Desta forma, a diligência das relações de trabalho não terá apenas um sentido produtivo, como também um sentido de solidariedade social. As normas constitucionais tratam de todos os efeitos, da maneira interna de se interpretar a Constituição. As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas *ad hoc*, ordinárias. Que se apliquem, portanto, as normas ordinárias, mas de acordo com os valores constitucionais, caso elas existam: em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais quanto aos fatos concretos. Há, portanto, uma necessidade em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo. Isto não é Jusnaturalismo, porque tais valores de tutela da pessoa e os valores fundamentais a ela inerentes não se entendem *de per se*, não são apenas uma relação abstrata, mas a norma constitucional contém determinações escritas que os preveem. Assim, isto não é Jusnaturalismo. O assunto valorativo não fica ao léu: antes disto, diz respeito às normas constitucionais e, como já foi dito aqui, as normas constitucionais são, antes de tudo, *normas*.

Trata-se, pois, de uma escolha política e de uma escolha ética. Se o jurista notar que a legislação ordinária não representa valores, mas sim, desvalores, deve ele procurar, tal

qual os juristas da época nazifascista na Alemanha e na Itália, encontrar termos formais (palavras) para defender o indefensável naquelas realidades. Esta é a missão do jurista. Há também uma série de princípios e de normas que não podem ser superadas.

Antes de concluir a apresentação, lembro que o jurista tem a obrigação de motivação, obrigação que deve cultivar mais do que todos os indivíduos da sociedade em que vive. Havia uma época em que se dizia quem estava certo e quem estava errado. O jurista falava se havia ou não razão na pretensão da parte que ingressava em juízo, se fazia sentido aquela posição ou não. O Estado de Direito, por sua vez, passou a exigir que o juiz, ao entregar a prestação jurisdicional a tutelar o conflito de interesses, dê a fundamentação que o levou àquela conclusão. Daí a teoria moderna da interpretação da norma, para que pela interpretação se controle o processo axiológico da conclusão judicial. Assim, o sujeito que ficou insatisfeito com a prestação jurisdicional entregue pelo juiz pode conhecer a razão da sentença emitida e dela se defender. Até para os civilistas isso traz um amplo campo de pesquisas, gerando ideias com as quais uma nova geração irá se comprometer.

Tratando dos princípios e dos instrumentos fundamentais da ciência jurídica, devemos substituir os instrumentos tradicionais à luz do juízo adequado de proporção valorativa, para adequar as técnicas tradicionais ao esforço moderno e, em particular, à teoria moderna da interpretação da norma que, aliás, deveria ser ensinada no início dos cursos de todas as Faculdades de Direito. Se há um lastimável engano nas Faculdades, com certeza é o de que primeiro se deve dar um conjunto de noções iniciais para que depois estas sejam postas em discussão, uma vez que quando nossa cabeça é *tabula rasa* e primeiro se diz o que é para que depois se discuta, não haverá de fato uma discussão. Deve-se colocar aquele conceito num primeiro momento como uma realidade passível de transformação, enfim, como algo que não é perene. Na Itália houve progressos neste sentido, removendo os conceitos da matéria jurídica para a luz do saber constitucional. Não se pode entender o conjunto de particularidades do sistema jurídico sem a análise dos princípios fundamentais.

A sensação a se deixar é a de que o Direito não se pode transmitir em comprimidos, sem se adquirir uma sensibilidade, o sentido amplo pela cultura. O Direito é cultura; o juiz deve ser culto, deve conhecer o máximo de que puder. E o que sempre é importante ressaltar: as raízes culturais, as raízes jurídicas não devem ser estudadas só em sentido abstrato (o Marxismo, o Estruturalismo e o Positivismo abstratos, entre outras fontes metajurídicas). Não é preciso saber a ferro e fogo tais teorias soltas. O que se deve saber



é a importância histórica, o compromisso histórico por elas realizado, o caminho dialético entre o caminho político e o caminho do Direito. Quando os especialistas dizem que o Direito constitucional é um direito político, eles estão certos, já que o direito constitucional é um conjunto de valores sobre os quais se constrói o pacto de convivência entre os indivíduos em sociedade. Não deve o jurista considerar isto algo sem importância jurídica, dizendo respeito à Ciência Política. Impõe-se que os princípios constitucionais se respeitem desde sempre: eles são normas. Muito obrigado.

**Como citar:** PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>>. Data de acesso.