

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O PAPEL POLÍTICO DO JURISTA¹

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE POLITICAL ROLE OF THE JURIST

Mauro Grondona²

Professor Ordinário de Direito Privado, Departamento di Giurisprudenza
(UNIGE, Itália)

ÁREA(S): direito constitucional.

RESUMO: O texto se propõe, sinteticamente, a apontar o papel atual de centralidade do direito constitucional no ordenamento jurídico. Nesse sentido, destaca a função renovadora do direito constitucional na esfera do direito (privado), como instrumento de adequação da ordem jurídica à ordem social. Em essência, salienta que, a partir da nova função estruturante da constituição, o jurista assume um papel de centralidade, que implica o desenvolvimento dos valores constitucionais, a fim de concretizar uma visão culturalmente progressiva e promocional, que permita

o desenvolvimento da dignidade do homem.

ABSTRACT: *The text proposes, synthetically, to point out the current central role of constitutional law in the legal system. In this sense, it highlights the renewing role of constitutional law in the sphere of (private) law, as an instrument for adapting the legal order to the social order. In essence, it emphasizes that from the new structuring function of the constitution, the jurist assumes a central role, which implies the development of constitutional values, in order to achieve a culturally progressive and promotional vision, which allows the development of human dignity.*

¹ Tradução de Eugênio Facchini Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Professor Titular de Direito Civil na Escola de Direito da PUC-RS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, Doutor em Direito pela Universidade de Florença - Itália. E-mail: facchini@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9978-886X> e Fábio Siebeneichler de Andrade, Advogado, Professor Titular de Direito Civil na Escola de Direito da PUC-RS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg - Alemanha. E-mail: fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>.

² E-mail: mauro.grondona@unige.it. Currículo: <https://rubrica.unige.it/personale/UkNHX1xv>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4845-8400>.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; constitucionalização do direito privado; política do Direito.

KEYWORDS: *constitutional law; constitutionalization of private law; politics of law.*

1 Qualifica-se como evidente a centralidade, hoje, do direito constitucional no âmbito jurídico. Não penso, aqui, apenas no direito constitucional como instrumento fundamental de proteção dos direitos fundamentais da pessoa. Penso também (em certa medida, sobretudo) no direito constitucional como disciplina que é, como um setor curricular específico. Uma disciplina que, em um passado não tão remoto, servia, sobretudo, para conhecer a estrutura do Estado-organização.

Paulatinamente, o direito constitucional se estabeleceu como a espinha dorsal de todos os sistemas jurídicos liberal-democráticos contemporâneos. Trata-se, como se sabe, de um fenômeno que ainda persiste e que requer, de fato, aqueles contínuos aperfeiçoamentos teóricos que a própria constitucionalização do Direito tornou necessários. Nessa perspectiva, a distinção tradicional entre *civil law* e *common law* permanece firme, em perspectiva histórica, mas deve ser reconsiderada criticamente em relação ao que poderíamos chamar de política do direito da contemporaneidade, centrada na primazia da argumentação orientada para as consequências.

2. Aqui, pois, está o sentido da novidade representada pelo direito constitucional, bem como a razão do seu sucesso metodológico: o direito constitucional, hoje, constitui o fundamento da argumentação jurídica. O direito constitucional é o combustível (um combustível que se autoalimenta, poderíamos dizer) da construção jurídica, daquela categoria de construtivismo que nada tem de autoritário (na perspectiva do construtivismo racionalista notoriamente criticado por Friedrich Hayek), mas muito de liberal.

Todo e qualquer problema jurídico tem uma conexão com o nível constitucional. Essa conexão, no passado, muitas vezes foi deixada um pouco na sombra, ou mesmo radicalmente negada. Hoje, ao contrário, essa conexão é enfatizada, e às vezes levada às suas consequências extremas, na perspectiva (obviamente política) da proteção integral (e fortalecimento) da esfera individual, que, neste sentido, se projeta sobre a juridicidade, transformando-a.

3. A ideia subjacente a esse fenômeno tão interessante e, de fato, tão fortemente dotado de força transformadora é que, se o Direito é um instrumento

de ordem social, a ordem jurídica deve tender a convergir com a ordem social. É injusta (em termos políticos, econômicos e sociais) e perniciosa uma excessiva distância entre o contexto social objeto de regulação e o conteúdo das normas jurídicas. E isso ocorre, sobretudo, porque a autoridade do Direito (e dos órgãos chamados a implementá-lo), e também, muitas vezes, sua confiabilidade (decorrente de vários fatores, nomeadamente o prestígio cultural de uma tradição jurídica ou de um modelo jurídico, do qual derivam vários transplantes e enxertos jurídicos), pode facilmente assumir a aparência de um autoritarismo bruto (mas é precisamente aqui que a função política do jurista deve intervir).

4. Pois bem: essa convergência tendencial entre sociedade e Direito, precisamente na chave da política do Direito e da filosofia política (que são as formas representativas de toda cultura jurídica e, portanto, da sociedade), realiza-se progressivamente a partir daqueles interesses e valores que assumiram forma jurídica precisamente graças à existência de uma constituição (se escrita ou não, não é uma questão decisiva). As constituições desempenharam, e continuarão por muito tempo, a desempenhar o papel de ligação, tanto política como jurídica, entre a sociedade e o ordenamento jurídico, entre a ordem social e a ordem jurídica.

5. Mencionei acima a “convergência tendencial” entre a sociedade e o Direito, mas é claro que não estou me referindo à existência de uma lei histórica do progresso. Em vez disso, essa tendência de convergência quer chamar a atenção para a centralidade do jurista na sociedade contemporânea. Um jurista que, no entanto, esteja ciente do seu papel intrinsecamente político e que, portanto, sente plenamente a responsabilidade política da (e na) sua própria atuação como jurista.

Assim, valores (nos quais todos nos reconhecemos) como liberdade, democracia, progresso, respeito, dignidade, confiança em si e nos outros, justiça (Cappelletti, 1984; Prodi, 2000; Lipari, 2021) – direito sem justiça equivale ao não-direito, legitimando a força da reação que se torna poder constituinte –, por um lado, são princípios em grande parte já constitucionalizados – ou que podem facilmente atingir o nível constitucional de juridicidade, graças à força da argumentação e ao trabalho dos tribunais constitucionais. Mas, por outro lado, são objetivos políticos a perseguir, graças àquele saber técnico que é patrimônio e baluarte do jurista (“*domus iurisconsulti est totius oraculum civitatis*”, ou seja, “a casa de um jurista é o oráculo de toda a cidade”: Cícero, *De Oratore*, I, 45, 200).

O trabalho do jurista, como referido, é certamente um trabalho político, mas o jurista que desconhece a técnica jurídica, antes mesmo de ser um mau jurista, é um mau político do Direito.

6. Esse processo de tendencial convergência (induzida graças ao trabalho intelectual do jurista e, quando necessário, também graças ao seu empenho direto e pessoal) entre a sociedade e o Direito passa, principalmente, pela implementação (sendo aqui imprescindível o recurso à técnica) dos princípios constitucionais por todo o tecido social e, portanto, nas relações entre particulares, entre entidades públicas e entes privados, entre fornecedores e consumidores, incluindo temas ainda não juridicizados, mas que virão a sê-lo num futuro próximo.

Trata-se de um processo que não só está em andamento, mas em expansão, o que, sob muitos aspectos, acaba se revelando benéfico. Mas também é verdade que, na perspectiva contemporânea (mas já paradigmática) da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, a relação entre o direito constitucional e as outras áreas do Direito pode apresentar, e de fato apresenta, alguns aspectos problemáticos, até mesmo do ponto de vista institucional.

7. O Direito da nossa época (e o jurista, mesmo quando olha para o passado para melhor compreender o presente, ou mesmo apenas para se inspirar nele, pensa e escreve a respeito dos problemas do presente) é um Direito, por assim dizer, cultural e politicamente progressista e juridicamente promocional.

É culturalmente progressista, porque, do ponto de vista temporal e das modalidades de evolução, o Direito não vê, de maneira particularmente favorável, as rupturas repentinas e descontinuidades socialmente dilacerantes: sob esse ponto de vista, o Direito evolui na dimensão reformista, e não em sentido revolucionário.

É juridicamente promocional, porque um Direito atento às consequências e aos efeitos das regras aplicadas não pode, hoje, estar primordialmente atento à dimensão individual: desse ponto de vista, o Direito, enquanto técnica, tem como principal objetivo assegurar o talvez mais delicado e complexo (e às vezes até doloroso) dos direitos fundamentais do ser humano: o direito de ser você mesmo (Alpa, 2021).

É politicamente progressista, porque o jurista contemporâneo, imbuído de constitucionalismo e dotado de um conhecimento sofisticado das técnicas de raciocínio jurídico, dirige o caminho da juridicidade ao longo do caminho da expansão da liberdade individual, pressuposto e fundamento de todas as outras dimensões da pessoa, patrimonial ou não patrimonial, material ou espiritual.

Recorrendo à linguagem econômica e à imagem que ela efetivamente transmite, se a liberdade individual é multiplicadora de direitos subjetivos e, mais geralmente, de situações subjetivas ativas qualificadas como juridicamente relevantes, o Direito de hoje, e, mais ainda, o de amanhã (apelando novamente à força da esperança, também na perspectiva evangélica do célebre “*spes contra spem*”), representa, em primeiro lugar, um dever moral, de pensamento e ação.

Concluo, pois, com um desejo que, ao que me parece, conservou intacto o seu frescor e sua força persuasiva:

Visto é que as esperanças ainda não estão proibidas – há uma [convicção] que gostaria de reafirmar com a máximo energia de que sou capaz. Expressa um dos poucos “valores” absolutos em que realmente acredito, a “dignidade do homem”, não como um ornamento genérico e vazio de muitos discursos, mas como uma realidade concreta que vincula a todos – todos, sem exclusão de ninguém – em sua própria individualidade incompressível: que ela, igual para todos e cada um, seja salvaguardada em qualquer hipótese, mesmo em um contexto repressivo, sem qualquer graduação e limitações de qualquer espécie. Inalienável e intocável. Uma ideologia? Pode ser, mas considerá-la sagrada ajuda a viver. (Orestano, 1987, p. 573-574)

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *Il diritto di essere se stessi*. Milano: La Nave di Teseo, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Studi di diritto giudiziario comparato. Bologna: il Mulino, 1994.

LIPARI, Nicolò. *Elogio della giustizia*. Bologna: il Mulino, 2021.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: il Mulino, 1987.

PRODI, Paolo. *Una storia della giustizia*. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto. Bologna: il Mulino, 2000.

Submissão em: 24.08.2021

Aceito em: 26.08.2021