ÉTICA, CONSTITUIÇÃO E DIREITO PRIVADO*

ETHICS, CONSTITUTION AND PRIVATE LAW

RICARDO LIBEL WALDMAN*

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise das relações entre Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial, isso a partir do exame dos efeitos do fenômeno da chamada constitucionalização do Direito Privado, o qual pode levar a uma confusão entre aquelas formas de Direito.

O Direito Constitucional é resultado do reconhecimento de certos valores como necessários ao bem público — que é o conjunto das condições necessárias à realização da pessoa humana — em um dado momento histórico. O Direito Ordinário é a especificação desses valores, que resulta da deliberação política. O Direito Judicial deve ser resultado da aplicação do Direito Ordinário ao caso concreto e, nesse sentido, também é aplicação do Direito Constitucional.

O novo Código Civil Brasileiro poderia ter sido um momento de concretização do legislador, mas a opção feita pelas cláusulas gerais, na tentativa de deixá-lo aberto ao caso concreto e a alterações nas concepções éticas e políticas fez com que continue a ser necessária valoração política de alto nível pelo juiz, que não recebeu competência constitucional para isso.

Palavras-chave: constituição, valores, cláusulas gerais.

Abstract: This paper has the purpose to analyze the relations between Constitutional Law, Ordinary Law and Judicial Law, through the interpretation of the effects of the phenomenon of the so called constitutionalization of Private Law, which can lead to some confusion between those types of law.

Constitutional Law is the result pf the knowledge of certain values necessary to the public good — which is the whole of necessary conditions to the flourishment of the human person — in a given historical moment. Ordinary Law is the specification of those values, through legislative deliberation. Judiciary Law should be the result of the enforcement of Ordinary Law to a given case, and, in that sense, it is enforcement of Constitutional Law

The new Civil Code could be a moment of concretization of Constitutional Law by the legislator. But the option for the general clauses to leave it open to the concrete case and to ethical and political values as they change in time, but it is makes it necessary to the judge to make high level evaluation on political morality ground, which is not his standing according to the constitution.

Key-words: constitution, values, general clauses.

Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise das relações entre Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial, isso a partir do exame dos efeitos do fenômeno da chamada constitucionalização do Direito Privado, o qual pode levar a uma confusão entre aquelas formas de Direito.

* Este texto divulga alguns resultados de pesquisa financiada pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.

* Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Direito I na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Teoria Geral do Direito e Metodologia do Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis. Advogado em Porto Alegre.

Trata-se de assunto da mais alta relevância, pois, como veremos, a existência de três instâncias normativas corresponde a uma necessidade que foi percebida historicamente de divisão das atribuições do Estado em diversos órgãos, na realização de sua finalidade última, que é o bem-comum.

O surgimento do Estado Constitucional que visa possibilitar o desenvolvimento da pessoa humana através, entre outros meios, da proteção em uma jurisdição constitucional, de direitos fundamentais, se por um lado exige o respeito, em cada instância, à Constituição, por outro não pode significar a supressão do momento da deliberação política no Parlamento, que tem como produto o Direito Ordinário.

A constitucionalização do Direito Privado, no sentido acima referido, é inevitável e deve ser reconhecida não apenas pelo judiciário, mas também, e principalmente, pelo legislativo, que é o órgão com competência para a concretização imediata dos valores constitucionais.

Este trabalho, portanto, está dividido em duas partes. Na primeira, será discutida a finalidade do Estado, como se deve determiná-la e de que maneira. Na experiência histórica, as técnicas de realização dessa finalidade foram desenvolvidas. Nessa parte, definiremos Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial como recomenda Aristóteles, por sua função (ARISTÓTELES: 1998, 1252 a). Na segunda parte, o estudo terá por objeto o surgimento da constitucionalização do Direito Privado e o ponto em que ela se encontra no Brasil atualmente, como forma de diagnosticar os problemas que podem surgir quando os âmbitos de cada uma das instâncias normativas não são respeitados.

1. Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial

1.1 Estado, bem comum e razão prática

O Estado é a organização política da sociedade tendo em vista o bem comum (SANTIAGO. 2002, p.34). O bem público (FINNIS, 1999, p. 123), que é a parte do bem comum concernente especificamente ao Estado, é o conjunto de condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa humana enquanto ser individual — e por isso irredutível à parte do todo — e social (ou político – ARISTÓTELES, 1998, 1253a) enquanto só pode se realizar totalmente em comunidade. A distinção entre o bem comum "geral" e o bem público está em que o Estado não pode ele mesmo forçar as pessoas a atingirem a plenitude, pois isso só elas podem fazer por si mesmas, em razão de nosso direito à privacidade (SANTIAGO, 2002, p. 35) e em razão da própria natureza dos bens, como, por exemplo, as virtudes, que só se alcançam

quando há intencionalidade. Assim, embora o Estado vise o bem comum como um todo, a sua capacidade regulatória se dá nos limites do bem público.

O bem público possui uma parte imutável que está determinada pela natureza humana (caráter ético – SANTIAGO, 2002, pp.108-111), de tal modo que ele não pode consistir na negação da mesma, e pelo seu caráter comunitário (ou solidário – SANTIAGO, 2002, pp. 122-123), de tal modo que não pode excluir nenhuma pessoa humana. Mas, por outro lado, a forma de realização da dita natureza varia com a especificidade das circunstâncias concretas, que variam no tempo e no espaço (caráter espontâneo e ao mesmo tempo arquitetônico – SANTIAGO. 2002, pp. 115-116). Saber reconhecer estas formas é um conhecimento prudencial (conhecimento prático, que tem por objeto o bem no caso concreto e adquire-se pela experiência), que Aristóteles chamou de ciência política (1998: 1288 b).

A experiência histórica na busca do bem comum levou a uma certa organização estatal que envolve a realização de finalidades de última instância, intermediárias e próximas, sendo as primeiras aquelas definidas na Constituição, as segundas as definidas na atividade política, como modos adequados de alcançar os objetivos constitucionais através do debate ideológico, e as últimas a solução de problemas concretos da população, tendo em vista a efetivação dos fins últimos e intermediários (SOUZA JUNIOR. 2002, pp. 55-58).

Como se chegou a isso? A história da organização política contemporânea deita suas raízes na Antigüidade Clássica, mas ganha contornos mais definitivos com o surgimento dos primeiros Estados-nação, embora o Reino Medieval Feudal já encontrasse na figura do rei, limitada pelo Direito, uma certa instância política neutra de última instância (SOUZA JUNIOR. 2002 b, p. 30).

Os primeiros Estados-nação (Portugal é o primeiro, no séc. XII) inauguraram a organização burocrática centralizada do espaço público em um certo território (SOUZA JUNIOR. 2002 b, p. 31) que, mesmo com limitações, mantém-se até os dias de hoje.

O que se foi percebendo no decorrer da história deste tipo de organização política é a contínua necessidade de especialização dos órgãos públicos para a realização do bem comum político. Isso porque o desenvolvimento daquela organização foi mostrando que a concentração de poderes, somada a controles políticos, jurídicos ou sociais frágeis, leva ao abuso e desconsideração das exigências do bem comum.

1.2 Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial

O Direito Constitucional é, portanto, fruto de *higher lawmaking* (ACKERMAN. 1998, p. 5 e *passim*) de momentos históricos no qual a população ou certos setores dela, consciente da necessidade do reconhecimento de certos valores fundamentais, através das mais diversas formas, acaba definindo critérios últimos de justiça, delineando, na esfera jurídica, o bem comum.

O Direito Constitucional, e isso é reconhecido seja no *rule of law* (especialmente no modelo norte-americano, ACKERMAN. 1998, *passim*; DWORKIN. 1991, pp. 131-149 e *passim*; e talvez, mesmo sem reconhecer, ELY, 1998, p. 87) seja, por óbvio, no Estado Constitucional, é o *lócus* típico dos valores (SOUZA JUNIOR. 2002, p. 170; HECK. 1998, 157, HESSE; 1995, p.55 e p. 57).

A técnica legislativa adotada pelo Direito Constitucional, reforçada por um certo tipo de interpretação, tem sido a dos princípios ou das regras com caráter de princípio (ALEXY; 1997, p. 135-138 e 1999, p.279), que se caracterizam, entre outras coisas, pela maior abertura aos valores e pela possibilidade que criam de diferentes conformações dos direitos e deveres do Estado e dos cidadãos tendo em vista os valores e as circunstâncias concretas. A compreensão das normas constitucionais como princípios permite, de um lado, a constrição do legislador e, de outro, que essa não lhe retire a necessária liberdade de conformação dos valores a cada realidade concreta (BONAVIDES. 1997, p 370). Segundo Kelsen, a constituição, no sentido material, é "norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção de normas gerais" (1999, p. 247). No plano jurídico, o guardião dos valores, na experiência européia continental, tem sido o Tribunal Constitucional (SOUZA JUNIOR. 2002, p.174).

O Direito Ordinário é o fruto da atividade política na conformação dos valores à realidade social. A atividade política é deliberativa, no sentido de que visa reconhecer, no contexto histórico, a verdade prática. Os legisladores devem debater, defendendo os seus diversos pontos de vista ideológicos, a respeito de que tipo de regulamentação da vida social será mais adequada à realização do bem público, orientados sempre pela valoração prévia já realizada pela Constituição (BARZOTTO. 2003, pp. 58-61). O órgão responsável por isso é, na experiência da família romano-germânica, o Parlamento (SOUZA JUNIOR. 2002, p. 59).

O Direito Judicial surge da busca pelos juízes da realização dos fins próximos e deve, tanto quanto possível, ser resultado da aplicação do Direito Ordinário ao caso concreto (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 59). Com isso, se estará respeitando o Direito Constitucional, que é

critério para o estabelecimento do Direito Ordinário e que deu ao legislador ordinário competência para concretizá-lo.

É evidente que se o Direito Ordinário não cumprir adequadamente a sua função conformadora, ao judiciário apelarão aqueles que se sentirem atingidos e alguma resposta terá de ser dada a eles, mas, lembrando as lições dos clássicos, só sabe reconhecer o vício aquele que vive na virtude. Só sabe reconhecer os casos em que a lei é injusta aquele que normalmente reconhece na lei o critério de justiça. Sendo assim, o apelo ao Direito Constitucional não pode ser a regra, mas sim a exceção.

Tem-se um problema quando um órgão que está aparelhado para realizar um tipo de função passa a realizar a de outro. Interessante contexto para a análise desse tipo de questão é o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, especialmente seus efeitos no Brasil, o qual analisaremos na segunda parte.

2. Constitucionalização do Direito Privado

2.1 Análise histórica

O Direito Constitucional como conjunto de normas que fundam, organizam e limitam o poder político-estatal é produto do movimento constitucionalista, que tem origem, por sua vez, no Iluminismo e na idéia de direitos naturais do ser humano, os quais seria função do Estado assegurar.

Tal campo do Direito começou a se concretizar no final do séc. XVIII e se tornou comum no Ocidente no séc. XIX. Num primeiro momento, no continente europeu, o Direito Constitucional ou Político foi considerado um campo autônomo do Direito, sem relação com os demais (CLAVERO. 1989, p. 105). Assim, suas normas seriam dirigidas ao Estado, mas os indivíduos não detinham direitos subjetivos decorrentes delas, sendo aplicáveis a eles as normas de Direito Privado, as quais não poderiam ser questionadas com base na norma constitucional (HESSE. 1995, pp. 33-45).

O século XX viu o Estado abusar dessa ausência de limitação jurídica, sendo a experiência nazi-facista o exemplo mais forte daquilo que um Estado sem limites pode fazer.

O cerne do constitucionalismo passou a ser a proteção dos indivíduos em uma série de esferas que estavam especialmente sob risco do arbítrio estatal (HECK, 1998, p. 159) Surgem com força, na Alemanha inicialmente, os direitos fundamentais e, como modo de garanti-los, o controle jurídico de constitucionalidade (HESSE. 1995, pp. 54-55) — que os norte-americanos

haviam desenvolvido no início do séc. XIX no caso *Marbury vs*. *Madison*, e os brasileiros copiado na Constituição de 1891. Esse controle se realiza de modo concentrado em um órgão especial chamado de Tribunal Constitucional formado por juristas indicados por diversas parcelas da comunidade, de modo a ter legitimidade na solução de questões de última instância.

Decorrência natural do reconhecimento dos direitos fundamentais e de sua proteção jurídica específica foi a influência que estes tiveram nas mais diversas áreas do Direito, inclusive no Direito Privado, o que se passou a chamar de sua constitucionalização.

A interpretação da codificação passou a requerer a da constituição de tal modo que um tribunal que foi inicialmente pensado para resolver conflitos entre o Estado e o indivíduo passou a ter de resolver conflitos interindividuais. Aproximou-se-se, deste modo, a realização das finalidades últimas e próximas. O âmbito intermediário fica prejudicado, e assim, também o bem comum, pois uma instância importante da deliberação política é perdida. Vale lembrar a lição de Aristóteles: "há ocasiões em que as multidões, tomadas em conjunto e não individualmente, podem ser melhores e mais ricas que a minoria" (1998: 1283b).

Se, por um lado, não se pode fugir disso, tendo em vista o fato de que Direito Público e Privado fazem parte de um mesmo ordenamento, no qual a Constituição tem poder superior ao do Direito Ordinário, em que se funda o Direito Privado (HESSE. 1995, p. 72-73), por outro seria conveniente que os casos em que isso ocorresse fossem relativamente poucos, pois cada finalidade é melhor realizada pelo órgão especializado. Cabe aos legisladores atuarem, portanto, na concretização dos direitos fundamentais com influência no Direito Privado, buscando não a sua total limitação, mas sua contextualização, respeitando sua história, ao momento novo no qual está inserido (HESSE. 1995, pp. 75-79).

2.2 A experiência brasileira

O Brasil, especialmente após a constituição de 1988, inseriu-se nessa realidade, pois nossa Lei Maior fez uma série de opções valorativas, tendo em vista a pessoa humana, e adotou controle de constitucionalidade como forma de protegê-los (não que o controle não existisse antes, mas ele foi reforçado). Também entre nós a constitucionalização do Direito Privado se deu. O Direito Ordinário, a jurisprudência e a doutrina tiveram de dar conta do problema. Quando o primeiro não atuou, as últimas deram sua contribuição, embora sempre com caráter supletivo, como é natural na família romano-germânica, na qual a lei é principal fonte do Direito (DAVID. 1993, pp. 70-105). Tal fato, embora, como já foi dito, inevitável, gerou

e gera certa insegurança, pois os princípios constitucionais são, na maioria dos casos, muito genéricos.

No ano de 2002, apesar da descrença geral (TEPEDINO. 2003, p. XVI), o Brasil ganhou nova codificação do Direito Civil . Essa poderia ser a oportunidade para o Direito Privado, tendo em vista a sua função de regular as relações interpessoais e sem descartar sua tradição de mais de dois mil anos, concretizar os novos valores e direitos assegurados na constituição, oferecendo maior segurança às relações. Muitas normas constitucionais foram recepcionadas pelo Direito Privado em sua forma ordinária, de modo que sua aplicação pôde ser feita diretamente (MARTINS-COSTA. 2002, p. 9, p.144 e *passim*) sem necessidade da utilização direta da constituição, embora exista quem diga que o novo código, ao menos em alguns aspectos, tenha representado retrocesso na realização dos direitos fundamentais, por exemplo, em razão da busca da neutralidade axiológica a que aspira (TEPEDINO. 2000, p.9). Em princípio, isso solucionaria o problema, pois os valores constitucionais agora podem ser efetivados pela aplicação da lei, a qual já seria uma concretização daqueles a partir do debate político.

Entretanto, o novo Código Civil Brasileiro (CCB) adotou a técnica das cláusulas gerais, o que tornou necessária uma análise valorativa tipicamente política em diversos dispositivos. Tepedino fala da perda de uma chance pelo legislador brasileiro de realmente atualizar os valores constitucionais no Código Civil (2002, p. XXI). A técnica legislativa adotada é deficiente em relação a outras normas de Direito Privado, como o Código de Defesa do Consumidor, o qual, mesmo quando tratando com cláusulas gerias, é muito mais descritivo ou narrativo (TEPEDINO, 2002, pp. XIX-XX), o que também se pode dizer com relação ao Direito Constitucional. É bem verdade que isso não se deu por acaso, a idéia, de fato, foi não fazer escolhas valorativas, para que essas fossem feitas conforme o contexto histórico e o caso concreto (MARTINS-COSTA. 2002, p. 63), seja pelo juiz, nos casos típicos de Direito Civil, seja pelo legislador, nas novas áreas do Direito Privado que possam vir a surgir. Trago como exemplo a regulamentação da responsabilidade civil.

O art. 927, parágrafo único do código de 2002, adotou uma cláusula geral de responsabilidade civil pelo risco que tem a seguinte redação:

> Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

Tem-se aí a utilização de diversos conceitos indeterminados como atividade, normalmente, por sua natureza e, principalmente, risco. O que significa cada uma dessas expressões? Novamente, isso foi proposital (MARTINS-COSTA. 2002, pp. 75-76), para deixar que cada época escolha os valores e o dados a levar em consideração. Mas será que isso é necessário ou desejável?

Compare-se com o Código de Defesa do Consumidor (CDC):

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
>
> §1° Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
>
> II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes a natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (...)

Ou com a própria Constituição:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em ambos os casos, embora a redação seja genérica, o dispositivo procurou balizar o espaço dado ao juiz e ao legislador, seja exemplificando (através de presunções como no supracitado dispositivo do CDC), seja determinando objetivos (como no exemplo constitucional mencionado) (TEPEDINO. 2003, p. XIX). Assim é possível muito mais fidelidade aos valores constitucionais, pois o aplicador tem padrões valorativos que refinam a sua compreensão dos dispositivos. Dessa maneira, por exemplo, se sabe que a abusividade se relaciona com o desequilíbrio, e que o dever do Estado com relação à saúde pública não é o de dar todo e qualquer tratamento para os cidadãos, mas desenvolver as políticas públicas visando a prevenção e a universalização do acesso às prestações de saúde oferecidas.

Já o art. 927, parágrafo único do CCB, quando tiver de ser interpretado pelo judiciário, causará confusão, como já está causando na doutrina para determinar o seu alcance. Ocorre que, como este dispositivo admite, em sua literalidade, interpretação extremamente ampla, pois, em certo nível, toda atividade humana envolve risco, a tendência da doutrina tem sido a de minimizar seus efeitos, tornando-o praticamente inexistente, ou limitando-o com critérios de uma lei especial, como o CDC (como exemplo, podemos citar Direito & Cavalieri Filho, 2004,

pp.144-156 e Pasqualotto, 2002, p. 109), ou ainda equiparando-o ao risco profissional, o qual não deixa de ser uma inutilização do instituto, pois o mesmo já está regulado nos mais diversos âmbitos (acidente de trabalho, direito do consumidor, responsabilidade dos profissionais liberais). Como exemplo, Gonçalves. 2003, pp. 315-317.

Por que um dispositivo que praticamente inverte a lógica da responsabilidade civil no Brasil, de subjetiva para objetiva, está, atualmente ao menos, sendo minimizado? Porque ele está a exigir dos juristas e especialmente dos privatistas um tipo de pensamento que é incompatível com a sua função, que é de auxiliar na realização das finalidades próximas do Estado: a formulação de políticas públicas tendentes a realizar os fins últimos.

A responsabilidade civil é instituto do Direito Privado da mais alta relevância social e moral. A natureza racional do homem, conforme Aristóteles, realiza-se apenas em comunidade, pois é através da comunicação do conhecimento do útil e do justo que o mesmo se aperfeiçoa. O homem vive em comunidade para a realização de seu bem, o qual é elemento constitutivo do bem comum, que, ao mesmo tempo, o constitui, pois o bem comum, o bem de todos os membros da comunidade enquanto seres humanos que são, é elemento constitutivo do diálogo, da comunicação do conhecimento (ARISTÓTELES. 1998, 1253 a).

É através do Direito (positivo) que a política determina que condutas ela exigirá dos cidadãos, tendo em vista o bem comum, proibindo os vícios mais graves, dos quais quase todos "podem abster-se. E, principalmente, os que causam dano a outrem, ou aqueles sem cuja proibição a sociedade humana não pode subsistir (...)" (AQUINO. 1ª. Parte da 2ª. Parte, Q. XCVI, art. II). Nesse sentido, com intuito de promover o bem comum, é possível ainda que se puna sem culpa (AQUINO. 2ª. Parte da 2ª. Parte, Q. 108, *a* 4.)

Ora, a definição do bem comum e das condutas puníveis ou não, tendo em vista sua realização, é atividade da política, enquanto formula as políticas públicas que concretizam os valores constitucionais.

A adoção de uma interpretação mais ampla do dispositivo supra mencionado poderia levar a inviabilizar certas atividades ou restringir o acesso a elas, pois seriam encarecidas e o seguro seria quase que obrigatório Por outro lado, isso levaria a uma socialização dos ônus da vida em comunidade, que beneficia a todos, de tal modo que seria um expediente de justiça distributiva, critério que não é típico do raciocínio judicial, tipicamente corretivo (LIMA LÓPES. 1998, p.142).

Ainda é de se questionar se decisões que afetam a economia de modo tão importante, alterando oferta e procura de produtos e serviços, e, portanto, seus preços, devem ser tomadas pelo judiciário ou não. Pode um juiz, por exemplo, fazer sozinho a aposta nos efeitos positivos de uma onda de securitização em nosso país, onde não existe a tradição de fazer seguro?

Se o legislador não fizer a sua escolha, os juízes o farão, com base na doutrina, na sua compreensão sobre a natureza de suas funções e sobre o Direito como um todo. Alguns indicativos são possíveis, em princípio. Se o Código Civil é mais genérico em sua regulamentação, pode oferecer proteção ao consumidor em casos nos quais o Código de Defesa do Consumidor não o faz. Como não faria sentido que o CDC servisse para excluir possibilidades de proteção ao consumidor, oferecidas por outros diplomas, não pode o mesmo ser utilizado para restringir, pelo menos com relação ao consumidor, o CCB. Por outro lado, haveria nos casos só admissíveis por este último as excludentes e relativizações da responsabilidade que este admite.

Mas continuaria a ser um problema saber qual o critério adequado e o que é atividade de risco, o que, repita-se, seria uma decisão política, a qual deveria ser tomada pelo legislativo, na deliberação dos diversos pontos de vista ideológicos. Se isso não acontecer, o judiciário terá de oferecer as soluções, mas elas serão limitadas pelo escopo do processo (sua eficácia interpartes, bem como o caráter individual do processo cível em geral e a necessidade de provocação do judiciário) e pela própria compreensão dos juízes sobre sua função, o que acabará por diminuir o alcance da norma e/ou gerar muita insegurança.

Conclusão

O Direito Constitucional é resultado do reconhecimento de certos valores como necessários ao bem público — que é o conjunto das condições necessárias à realização da pessoa humana — em um dado momento histórico. O Direito Ordinário é a especificação desses valores, que resulta da deliberação política. O Direito Judicial deve ser resultado da aplicação do Direito Ordinário ao caso concreto e, nesse sentido, também é aplicação do Direito Constitucional.

Essa diferenciação nas instâncias normativas é resultado de um processo histórico no qual se percebeu que os valores devem assumir uma posição superior no ordenamento. E mais, que a essa posição deve corresponder um sistema de controle jurídico, que foi chamado de jurisdição constitucional.

O novo Código Civil Brasileiro poderia ter sido um momento de concretização do legislador, mas a opção feita pelas cláusulas gerais, na tentativa de deixá-lo aberto ao caso concreto e a alterações nas concepções éticas e políticas fez com que continue a ser necessária valoração política de alto nível pelo juiz, que não tem competência constitucional nem formação para isso.

A regulamentação ou ausência de regulamentação da responsabilidade civil objetiva que está no parágrafo único do art. 927 do CCB, e a reação confusa da doutrina são provas disso. O que se pode fazer é esperar pela jurisprudência, com as limitações próprias do judiciário, tentar dar alguma segurança para essa área fundamental do Direito Civil.

Mesmo a técnica das cláusulas gerais foi sub-aproveitada, pois atualmente existem mecanismos para diminuir a discricionariedade do juiz e dar maior segurança às relações e maior garantia de obediência aos valores constitucionais.

De tudo, o que resta é a conclusão de que Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judicial são todas instâncias normativas necessárias, em seu âmbito, à realização do bem público com respeito à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people 2:*transformations.Cambridge: Harvard University, 1998.

ALEXY, Robert. Colisão dos Direitos Fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 17*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 267-279.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Caxias do Sul: UCS/Sulina, 1980.

ARISTÓTELES. *Política: Edição bilíngüe.* Lisboa: Vega, 1998.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CLAVERO, Bartolomé. Codificacion y Constitucion: paradigmas de un binomio. In: *Quaderni Fiorentini*, 18. Milão: Giufrè, 1989, p. 79-143.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIREITO, C.A.M.; FILHO, Cavalieri. *Comentários ao Novo Código Civil, vol XIII*: da responsabilidade civil. das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 7. ed. Avon: Duckworth, 1991.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FINNIS, John M. *Aquinas*. Oxford: Clarendon, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil* (arts. 927 a 965), vol. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

HECK, Luis Afonso. Os Direitos Fundamentais, o Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 15. Porto Alegre: Síntese,1998, p. 155-180.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COSTA, Martins; J. ; BRANCO, G. L. C. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, 43 jul./set. São Paulo: RT, 2002, p. 96-110.

SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional*: El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

JUNIOR, Souza; SALDANHA, Cezar. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: 2002.

_____. *O Tribunal Constitucional como Poder:* uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A Parte Geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ªed. Rio de Janeiro: 2003.