

## **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios<sup>1</sup>**

*Otavio Luiz Rodrigues Junior\**

**Resumo:** O Direito Civil clássico, na tradição de *civil law*, recebeu críticas por supostos compromissos com a interpretação jurídica alheia a valores e a elementos sociais. O neoconstitucionalismo, a perda de dignidade da legislação e a expansão exagerada dos princípios são elementos que colocam em debate a autonomia e o estatuto epistemológico do Direito Civil. A diferenciação específica de funções e a impossibilidade de aplicação pura e simples de princípios de Direito Público devem ser tomados em consideração na leitura do Direito Civil contemporâneo.

**Palavras-chave:** Princípios. Contratos. Casamento. Divisão de funções. Ativismo.

<sup>1</sup> Estudo desenvolvido como atividade de estágio pós-doutoral em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor catedrático Jorge Miranda.

\* Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense. Pós-doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Advogado da União. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

E-mail: otavio.luiz@uol.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A contemporânea tradição jurídica de *civil law* assenta-se em duas significativas influências: uma de matriz francesa, com a Revolução de 1789; e outra, de matriz alemã, com a Escola Histórica, cujo maior expoente foi Friedrich Karl [barão] von Savigny, e, posteriormente, com o movimento pandectista.<sup>2</sup> Essas duas forças, que deram perfil e feição ao que se entende hoje por *civil law*, desenvolveram-se paralelamente no século XIX e geraram consequências bastante simétricas e, mesmo quando se distanciaram, foram complementares.

Se o positivismo exegético é uma contribuição francesa, não se pode negar aos alemães a força dos conceitos jurídicos como categorias centrais do sistema sobre o qual se organizam os currículos acadêmicos e se estrutura o pensamento dos juristas até hoje, a exemplo do negócio jurídico, da obrigação e do contrato.<sup>3</sup> Se os historicistas lutaram contra a introdução do modelo francês de Código Civil na Alemanha, como não se permite esquecer a famosa polêmica Savigny-Thibaut,<sup>4</sup> os pandectistas transformaram seus

<sup>2</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*, p. 39-44, 97-104.

<sup>3</sup> A despeito de todos os ataques a esse eixo da tradição jurídica de *civil law*, é notável seu sucesso até os dias atuais em obras doutrinárias de base, nos mais diferentes países. Veja-se, por exemplo, a recente publicação alemã de Direito das Obrigações de Jan Dirk Harke, *Allgemeines Schuldrecht* (Heidelberg: Springer, 2010). Na abertura do livro, o autor adverte que, a despeito das sucessivas mudanças no Direito Civil, especialmente com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações, ainda é possível encontrar grandes simetrias com a tradição romanista clássica (p. 3). Se observado o sumário da obra, essa assertiva é confirmada pela conservação de categorias como relações obrigacionais, deveres prestacionais ou resolução obrigacional. Na dogmática francesa contemporânea, no Direito dos Contratos, por exemplo, ainda se toma o velho *Code* de 1804 como roteiro para a exposição das matérias, como se pode ver do sumário do livro de Frédéric Leclerc, *Droit des contrats spéciaux* (Paris: LGDJ, 2007).

<sup>4</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Tradução do alemão por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

esforços de resgate do Direito Romano nas bases do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de 1896, em vigor desde 1900.

A racionalidade, a estrutura e os princípios da tradição de *civil law*, em geral, e do Direito Civil, em particular, são tributários dessa notável influência franco-germânica. As contestações a essa tradição, porém, são hoje maiores do que nunca. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo demonstram o impacto de novos movimentos, como o neoconstitucionalismo, a crítica à teoria da separação de poderes e o ativismo judicial sobre as águas até então tranquilas da centralidade do Direito Privado e do *self restraint* dos magistrados, submetidos ao paradigma da legalidade.<sup>5</sup>

No caso brasileiro, essas são as três forças mais evidentes nesse processo de derruição dos antigos alicerces de nossa tradição jurídica. Há, todavia, outros movimentos, como o realismo jurídico, o *Law and Economics* e as teorias da argumentação. No Direito Constitucional e no Direito Privado, os dois últimos movimentos são mais fortemente sentidos. Começa-se a usar conceitos e ferramentas típicas da análise econômica do Direito e a se falar em ponderação ou sopesamento de princípios e valores, bem ao gosto, respectivamente, dos escritos de Richard Posner e Robert Alexy. Experimentam-se, nesse cenário, situações de desagradável sincretismo metodológico, importação e apropriação inadequadas de conceitos e de categorias, tudo em nome de argumentações grandiloquentes, que, muita vez, escondem falácias, jogos de palavras ou vazios de fundamentação. A esse respeito, teve-se a oportunidade de comentar alhures e há aportes críticos de significativa originalidade de João Baptista Villela,<sup>6</sup> Lenio Luiz

<sup>5</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*, p. 191-210, especialmente.

<sup>6</sup> Cf. VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. In: *Superior Tribunal de Justiça: doutrina*. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

Streck,<sup>7</sup> Juan Antonio García Amado<sup>8</sup> e Antonio Junqueira de Azevedo.<sup>9</sup>

O objetivo com este pequeno estudo não é apenas reforçar as críticas a esse processo, de resultados questionáveis. Pretende-se, aqui, abordar, com as evidentes limitações da natureza deste material, alguns problemas relativos ao uso das teorias neoconstitucionais, argumentativas e da análise econômica no Direito Privado. Para tanto, são apresentadas questões relativas à: a) análise interna ou externa do fenômeno jurídico; b) utilização inadequada de princípios e de valores como fatores de correção do Direito Civil; e c) necessidade de preservação do estatuto epistemológico do Direito Civil. O texto propiciará o diálogo entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, tendo como cenário o estado da arte da “tradição jurídica de *civil law*” e sua conexão com esses problemas.

## 2 DIREITO CIVIL E ANÁLISE INTERNA OU EXTERNA DO FENÔMENO JURÍDICO

Muito se tem dito sobre a insuficiência do positivismo como Escola Jurídica, modelo teórico ou como fornecedor de ferramentas para a interpretação do Direito.

---

<sup>7</sup> Citam-se duas obras essenciais para a compreensão do pensamento e das procedentes críticas do autor: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>8</sup> Cf. GARCÍA AMADO Juan Antonio. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

<sup>9</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, v. 28, n. 99, p. 7-14, set. 2008.

No Direito Civil, para se restringir o objeto da análise, as críticas são diversas e baseiam-se em argumentos que lhe atribuem deficiências, incorreções ou inadequações, tais como: a) a eliminação dos valores do mundo normativo; b) a desconsideração da vida real (*rectius*, dos fatos) na análise dos fenômenos jurídicos; c) a fixação do juiz ao texto da lei, tornando-o um autômato repetidor das normas legais, o famoso juiz *bouche de la loi* de Montesquieu; d) a não observância das peculiaridades do caso concreto pelo magistrado, preso aos rigores formais; e) a perpetuação de injustiças; f) a ofensa à dignidade da pessoa humana; e g) a prevalência da lei sobre a Constituição.

Se forem esses os argumentos, estar-se-á diante de incompreensão do que seja o positivismo, especialmente, o *kelseniano*, ou de uma clara mistificação.

Primeiramente, Hans Kelsen não negou a existência de valores ou a importância dos fatos.<sup>10</sup> Ele faz essa clara advertência logo no início de sua *Teoria Pura do Direito*, de que se ocupa do estudo do fenômeno jurídico sob a óptica normativa (ou tomando-se por objeto a norma):

Quanto a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fã-lo não por ignorar

---

<sup>10</sup> É interessante destacar que houve um verdadeiro “renascimento” dos estudos kelsenianos na contemporaneidade, com trabalhos de grande qualidade técnica. Em língua portuguesa, citam-se: ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa. Coimbra: Coimbra Ed., 2008; DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. Independentemente da adesão às ideias kelsenianas, é importante discutir seu legado teórico, sem a predisposição negativa de parte da doutrina, que o repudia sem ao menos ter se debruçado sobre suas obras. Na Alemanha, tem-se desenvolvido um movimento denominado “kelsenianismo democrático”, segundo o qual não se pode utilizar dos postulados da teoria pura se não houver como pressuposto a existência de um Estado Democrático de Direito.

ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.<sup>11</sup>

Outro ponto digno de refutação, ainda neste tópico, é a assertiva de que o positivismo kelseniano confunde-se com o positivismo exegético. Trata-se de evidente equívoco, como tem demonstrado parte da doutrina.<sup>12</sup> Mais que isso, há margem de discricionariedade

<sup>11</sup> Transcreve-se o trecho na íntegra, por sua importância para a compreensão do pensamento kelseniano: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quanto a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1-2)

<sup>12</sup> Nesse sentido: “Daí a pergunta: desde quando obedecer a uma lei nos seus mínimos detalhes é ‘ser um positivista’? Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ [...]” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, p. 83)

para o aplicador do Direito no positivismo. Trata-se da famosa “moldura”, dentro da qual o aplicador do Direito dispõe de margens de escolha para exercer sua atividade. A “moldura” decorre da aceitação de que existem “casos de indeterminação”, intencionais ou não, no escalão normativo inferior:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.<sup>13</sup>

Se o positivismo corresponderia a uma amarra ao juiz, a leitura dessa passagem desmente os críticos de Hans Kelsen.

Não há maiores contradições entre as posições de Hans Kelsen e os vários dos argumentos utilizados para criticar o Direito Civil, suas leis e o modo clássico de sua aplicação. Em certa medida, tudo se resolveria de acordo com os esquemas da indeterminação e da moldura, presentes na *Teoria Pura do Direito*. O problema, como se percebe, não está em se imputar ao Direito Civil e à tradição de *civil law* o caráter positivista de seus fundamentos.

### **3 PROBLEMAS COM O FATOR DE CORREÇÃO DO DIREITO: NORMAS CONSTITUCIONAIS, PRINCÍPIOS E ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO CIVIL**

Remanescem as questões relativas à desconsideração dos valores e dos fatos como limitantes do Direito Civil na tradição de *civil law* clássica.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 391.

Diz-se que o *novo* Direito Civil, também denominado Direito Civil *constitucionalizado*,<sup>14</sup> *repersonalizado*,<sup>15</sup> *despatrimonializado*,<sup>16</sup> etc., voltou-se para princípios e valores por muito tempo esquecidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato, da função social da propriedade. É também sustentado que esse *novo* Direito Civil ocupou-se dos problemas da sociedade contemporânea, abrindo-se para as novas famílias, para a função social da propriedade e para a luta dos grupos excluídos.

Seria esse o *novo limiar* de um Direito Civil humanista, pluralista, democrático e social. Adjetivos, discursos hiperbólicos e afirmações panfletárias não faltam para descrever esse Direito Civil pós-moderno. Muito bem. Mas, é imprescindível a realização de delimitações para se analisar toda essa enxurrada retórica em torno dessa nova visão do Direito Civil.

<sup>14</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família e o código civil de 2002: algumas considerações gerais. *Revista Forense*, p. 151-153.

<sup>15</sup> “A família pós-moderna passa, destarte, por uma *repersonalização das funções de seus membros*. As mudanças socioeconômicas na história contemporânea proporcionaram a necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, cujas premissas tiveram de ser necessariamente parcialmente alteradas. Assim sucedeu com a teoria da responsabilidade civil, quando se adotou a doutrina do risco da atividade. E, ainda, com o direito contratual, ante o surgimento dos contratos de adesão e a evolução legislativa a que se chegou, com as chamadas cláusulas negociais gerais. A introdução de um direito civil constitucional, primado em uma concepção principiológica e menos normativa, indica os novos rumos do direito privado e o realce que se passa a conferir à pessoa e sua dignidade, como o elemento nuclear da relação jurídica.” (LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, p. 61, grifo do autor)

<sup>16</sup> “A chamada despatrimonialização do direito civil não significa a pretensão de se extrair do direito todo o seu conteúdo patrimonial, mas se apresenta como uma forma de funcionalizar o sistema, de forma que a produção e o desenvolvimento econômicos sempre estejam envolvidos o objetivo de uma maior justiça social, através de uma melhor distribuição de riquezas, e com o respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.” (GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à socialidade. *Revista de Direito Privado*, p. 56)

Há aqui duas ordens distintas de considerações.

A primeira é metodológica. Como afirmado, nem o positivismo kelseniano é (ou foi) propriamente cego à existência de elementos fáticos e valorativos. Renunciou, é certo, ao seu estudo objetivo, mas compreende sua existência e tem como próprio que outras ciências deles se ocupem. Mas não se busca aqui defender o positivismo. A noção que se pretende enaltecer é a de que se pode tomar o Direito (ou, mais amplamente, o fenômeno jurídico) sob duas perspectivas: uma *interna* e outra *externa*.<sup>17</sup>

A opção positivista kelseniana, por exemplo, é interna. O Direito e seus conceitos, sua estrutura de ordenamento e de norma, as instâncias de validade, eis o substrato dessa análise interna. Mas e a Justiça? A legitimidade? É conveniente separar as coisas. Quando se diz algo como “o novo Direito Civil busca os princípios e não a letra fria da lei” ou ele se ocupa “da Justiça e não da Lei”, faz-se uma brutal confusão entre o problema de o Direito ter um referencial externo (a Justiça, a Legitimidade, o Bom, o Moral) de correção de suas normas e a forma como o Direito é estudado.

Não é correto, por conseguinte, dizer que o Direito Civil clássico e a tradição de *civil law*, nele baseada, são contrários a valores. Esse é um raciocínio que subverte os termos da equação. É adequado afirmar que se pode proceder à análise interna do Direito (e do Direito Civil, especialmente), sob a égide dos postulados kelsenianos. Os valores, nesse caso, não seriam tomados como referenciais externos de correção do Direito, da mesma maneira como a eficiência econômica. É nítido que o problema está em

---

<sup>17</sup> Cf., a propósito, a leitura original desse problema apresentada em: VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas: Millenium, 2010. p. 113-116.

fazer a escolha entre fatores de correção externos ou internos. Esse, realmente, é o cerne do problema.

Apreciem-se alguns exemplos.

No art. 765 do Código Civil brasileiro de 2002, afirma-se que o segurado e o segurador são obrigados a conservar, no aperfeiçoamento e na execução do contrato, “a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” Se for realizada uma análise interna desse dispositivo, sob o método kelseniano, não se utilizará, na interpretação da norma, de elementos sociológicos, econômicos ou de caráter exclusivamente moral. Não que o intérprete esteja limitado ou constrangido pela literalidade desse texto. Como visto, há um espaço de indeterminação, e o aplicador do Direito, dentro da “moldura”, pode optar por diversos sentidos. No caso do art. 765, há um reforço a essa “abertura”, que é o uso da boa-fé e da probidade (veracidade), conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais que tornam ainda mais ampla a discricionariedade do juiz no modelo kelseniano.

É possível, contudo, fazer uso da análise externa do mesmo art. 765 do Código Civil brasileiro. Atualmente, dois modelos, com seus respectivos referenciais, são muito usados para esse fim. Um deles é o que se vale das ferramentas da Economia, o *Law and Economics*. A decisão sobre como interpretar a conduta do segurado levaria em conta a eficiência econômica, por exemplo. Assim, o custo da decisão e seu efeito multiplicador teriam grande impacto no resultado da demanda. Da mesma forma, no exame de um caso de responsabilidade civil por dano moral, o desvalor do resultado da conduta (o dano *in re ipsa*) é confrontado com o efeito de estímulo de condenações muito elevadas para a constituição da famosa “indústria do dano moral”. No último exemplo, o raciocínio empregado pelos tribunais não tem qualquer sofisticação econômica, mas é inegável que prevaleceu a análise externa na

tomada de decisão, hoje consolidada nacionalmente, de limitar a um teto (bastante baixo) o *quantum* dessas indenizações.<sup>18</sup>

Certamente, os defensores da análise econômica do Direito dirão que seu modelo é mais eficiente. Veja-se, não se afirma que é mais justo, pois a Justiça é um fator tão abstrato e inseguro que não serve como parâmetro *per se* para fundamentar essas decisões. O que se faz aqui é recorrer a uma análise externa do Direito. Troca-se a Justiça pela eficiência da decisão. Abandonam-se conceitos indeterminados como “boa-fé”, que teria por si só uma pretensa tradição histórica e quase nada de utilidade prática, como querem os adeptos desse modelo.

Outro exemplo é o conceito de quebra eficiente dos contratos, que ganhou recentes estudos na doutrina brasileira. Aqui fica também evidenciada a substituição de modelos teóricos. O Direito Civil desenvolveu o clássico princípio *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, mais conhecido como “relatividade dos efeitos do contrato”. Como uma evolução dessa tradição, houve amplo desenvolvimento de estudos sobre os efeitos da função social sobre os contratos e a mitigação da exoneração do terceiro dos efeitos contratuais alheios. Uma das novas leituras desse princípio, que o mitigam, é a doutrina do terceiro cúmplice, que determina a responsabilização do terceiro que interfere ilicitamente em relações negociais alheias, induzindo sua ruptura ou gerando danos aos contraentes.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> “O *quantum*, a título de danos morais, equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos, tem sido o parâmetro adotado para a hipótese de ressarcimento de dano moral em diversas situações assemelhadas (e.g.: inscrição ilidida em cadastros; devolução indevida de cheques; protesto incabível). Precedentes.” (STJ, EDcl no Ag. 811523/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, 4ª Turma, j. 25 mar. 2008, *DJe* 22 abr. 2008)

<sup>19</sup> Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.

É nítida a contraposição entre as duas formas de interpretar a atuação do *tertius* no contrato. A análise externa propõe uma solução pautada por ferramentas econômicas: seria de todo ruim essa atuação ou ela é um mecanismo interessante de fomento às relações entre agentes no mundo produtivo? Em artigo doutrinário, encontra-se defesa veemente da análise externa na interpretação desses vínculos, quando a quebra contratual produz efeitos mais vantajosos do que sua manutenção. A eficiência substitui a segurança jurídica. Mas aqui, como nos outros casos, recorre-se ao elemento externo – o econômico – como fator de correção da norma ou de aferição da correspondência do fato que se pode chamar de válido.<sup>20</sup>

Existem, também, tentativas de superar o modelo civilista clássico pela captura do conteúdo axiológico, em geral, do valor Justiça, por predefinições do que seja adequado socialmente ou conforme ao interesse coletivo, ao bem-comum ou à dignidade da pessoa humana. Há uma miríade de expressões que cabem nessa ideia, sujeita a variantes, mas que encerra, na prática, três objetivos (não necessariamente concomitantes): a) a justiça distributiva; b) a proteção das minorias; c) a quebra de tradições religiosas ou morais no campo dos costumes e da organização das famílias ou da autodeterminação.<sup>21</sup>

Os argumentos seguem quase sempre a lógica de buscar em elementos extranormativos o fator de correção de opções

---

<sup>20</sup> Cf. MATIAS, João Luís Nogueira; ROCHA, Afonso de Paulo Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2010.

<sup>21</sup> Autodeterminação entendida como o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, p. 22)

legislativas ou de reformar o modo como a magistratura interpreta determinados dispositivos legais. No último caso, há a velha tática do “ataque ao espantalho”; no caso, o espantalho é o positivismo. O direito posto, na espécie, o Direito Civil, seria retrógado, ultrapassado, desconforme aos valores constitucionais, à dignidade humana e, por via de consequência, não ampararia os direitos dos hipossuficientes, de gênero ou das minorias.

Há, aqui, duas ordens de problemas. O primeiro – e mais grave – é a sem-cerimônia com que se desfaz de textos normativos com nenhuma indeterminação, inclusive de natureza constitucional. O caso mais notório é o da equiparação ao casamento das uniões homossexuais.

A Constituição de 1988 poderia ter sido omissa quanto ao casamento e à união estável, como é o exemplo da Constituição portuguesa e da Constituição espanhola, para se ficar em dois casos próximos da realidade nacional. O reconhecimento da natureza conjugal dessas uniões poderia operar no plano legislativo, por mera alteração do Código Civil brasileiro, como se fez nos mencionados países. Para isso, ter-se-ia ainda a facilidade de que o casamento no Código Civil de 2002, como o era em 1916, não tem uma definição legal e, por isso, não limita seus elementos subjetivos à disparidade de sexos. Optou-se, como bem anota Carlos Alberto da Mota Pinto, por afastar os rigores do princípio *pas de nullité sans texte*, pois se teria como consequência, “então tida como absurda e inaceitável, de considerar válido o casamento entre pessoas de igual sexo [...]. Daí que se tivesse excogitado a doutrina da inexistência: nesses casos, a lei não prescrevia a nulidade por que o negócio era inexistente, e só o que existe pode ser nulo”.<sup>22</sup> A doutrina de

<sup>22</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, p. 618.

Direito de Família tradicional afirma que esse é um elemento essencial do negócio jurídico.<sup>23</sup> Recorre-se ao argumento de que foi com base nessa diferenciação que se construiu a teoria do negócio jurídico inexistente, de Karl Salomo Zachariae von Lingenthal, cujo exemplo típico seria um casamento entre dois homens, conforme o axioma *quia coniuge non habet sexum*.<sup>24</sup>

Por outro lado, alguns civilistas contemporâneos defendem a possibilidade da instituição do casamento homossexual ou da equiparação desses vínculos ao regime da união estável. Os argumentos são os mais variegados, ora sob o império de ferramentas da análise interna do Direito, ora com argumentos extraídos de fontes sociológicas, realistas ou antropológicas: a) a Constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo;<sup>25</sup> b) não é necessário equiparar as uniões homossexuais à união estável, por sua natureza absolutamente autônoma, o que dispensaria a associação com o parágrafo terceiro do artigo 226;<sup>26</sup> e c) trata-se de reconhecimento da dignidade humana e

<sup>23</sup> “Embora os movimentos de contracultura pleiteiem o casamento homoafetivo, em nosso país a pretensão encontra impedimento, à vista do disposto no art. 226 da Constituição da República” (NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 38). No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*, v. 5, p. 35-36; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, v. 6. p. 28-29.

<sup>24</sup> A doutrina reconhece a originalidade do pensamento de Karl Salomo Zachariae von Lingenthal e ainda há muitos adeptos de seu pensamento em relação aos matrimônios sem disparidade sexual: “O criador da teoria do ato inexistente foi K.-S. Zachariae, que distingue, no âmbito do Direito de Família, entre condições essenciais e de validade do casamento, e demonstra que a falta de um desses elementos essenciais provoca a inexistência do matrimônio, não sua nulidade. [...] O pressuposto da diversidade de sexo no casamento não é defeito, sanável ou insanável, desse contrato solene matrimonial, mas requisito essencial de sua própria existência.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico; atos jurídicos lícitos; atos ilícitos: artigos 104 a 188*, p. 279-281)

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*, p. 68.

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*, p. 69.

dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição de 1988.<sup>27</sup>

No caso brasileiro, porém, há o óbice da literalidade do texto constitucional. O § 3º de seu art. 226 é expresso ao afirmar que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” A Constituição poderia ter deixando para o legislador ordinário resolver o problema da equiparação das uniões homossexuais ao casamento ou à união estável, um *minus* em relação àquele. Ter-se-ia outro nível de discussão – por exemplo, a eventual distorção do conteúdo de uma categoria jurídica, que é o casamento, para açambarcar hipóteses de fato não compreendidas em sua feição histórica, para além de ser discutível a ampla liberdade de conformação do legislador a esse instituto jurídico, como defendeu, no caso português, Jorge Miranda. A relevância desses últimos argumentos, no Brasil, nem é de ser encarecida. Tem-se aqui norma constitucional expressa. O debate, sob o aspecto puramente normativo (e se estaria novamente sob a égide de uma análise interna do Direito), resultaria mais simples, binário até.

Com a opção legítima e democrática do constituinte em clausular a união estável como uma relação entre homem e mulher, não poderia nem mesmo o legislador ordinário fazer essa mutação. No Brasil, porém, muitos tribunais ordinários vêm tomando decisões dessa natureza e, muito provavelmente, o Supremo Tribunal Federal, esforçado em técnicas como a interpretação

---

<sup>27</sup> Cf. FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, p. 137-158, nov./dez. 2007; GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *Revista Forense*, v. 98, n. 360, p. 35-50, mar./abr. 2002.

conforme, poderá fazer a equiparação das uniões homossexuais à união estável ou até ao casamento.<sup>28</sup>

Luís Carlos Martins Alves Júnior, com acerto, lembra que a homossexualidade é uma “questão eminentemente individual e restrita ao domínio da vida privada e da intimidade” que merece o respeito de todos.<sup>29</sup> E é precisamente esse reconhecimento que exige a separação entre a “interpretação axiológica” (?) e o respeito ao texto constitucional. A defesa do § 3º do art. 226 não se choca que a dignidade dos seres humanos atingidos pela opção do constituinte no caso em exame. Essa mistura entre a determinação normativa, resultante de opções democráticas, e a “hermenêutica

<sup>28</sup> “UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – Ação possessória – Reintegração de posse – Inadmissibilidade – Relação homoafetiva com *intuitu familiae* que descaracteriza comodato – Impossibilidade de interpretação restritiva do art. 226, § 3.º, da CF – Princípios e normas gerais constitucionais que devem ser observados” (TJRJ, Ap. Cív. n. 2008.001.2050-9, 13ª Câm. Cív., j. 6/8/2008, v.u, Rel. Des. José de Samuel Marques, *DORJ* 13 out. 2008, *RT* 879/354). Há, contudo, acórdãos que não admitem esses “superpoderes interpretativos” do juiz. Vejam-se alguns exemplos: “Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplicam as disposições da Lei 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo por que, a Carta Magna, em seu art. 226, estabelece que ‘a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’, consignando no § 3º que ‘para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Logo, nesse contexto, o reconhecimento e a dissolução de sociedade de fato, cujo pleito objetiva a integralidade dos bens do espólio do companheiro, que faleceu sem deixar descendentes ou ascendentes, exhibe-se incabível quando se verifica que não restou demonstrada a contribuição ou o esforço na formação do patrimônio que se afirma comum.” (TJRJ, Ap. Cív. 10.704/2000, 3ª Câm., j. 7/11/2000, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, *DORJ* 3 maio 2001, *RT* 791/354); “SUCESSÃO – União homossexual – Pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do *de cuius* – Inadmissibilidade – Direitos atinentes à união estável restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher – Inteligência do art. 226, § 3º, da CF.” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 266.853.4/8, 4ª Câm., j. 28 nov. 2002, Rel. Des. Rebello Pinho, *RT* 812/220).

<sup>29</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *Direitos constitucionais fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade*, p. 100.

teleológica”, se fossem trocados os sinais, permitiria, em uma sociedade fortemente submetida a paradigmas morais (como as islâmicas), que os valores religiosos servissem para interpretar “teologicamente” normas constitucionais que anuissem com o casamento homossexual, impedindo essas uniões em nome de Deus. Entre a interpretação “teológica” e a “teleológica”, para usar de um trocadilho infame, estaria o sacrifício de direitos assegurados literalmente na Constituição. O risco é o mesmo, ainda que se não queira admitir.

Esse modelo de utilização discricionária e *contra legem* dos textos normativos, até mesmo da Constituição, dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos “princípios” ou “valores constitucionais”, para desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica. Esse abuso chega ao extremo de se voltar contra própria Constituição.<sup>30</sup> Sobre isso,

---

<sup>30</sup> Absolutamente corretas as observações de Lenio Luiz Streck sobre esse problema: “Despiciendo assinalar que não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ (*sic*) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador*. Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de ‘condições políticas’ para tal, elaborar legislação a respeito. Mas é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis* (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar ‘correções’ à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões ‘legiferantes’. A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa

adverte Konrad Hesse que “não há realidade constitucional *contra constitutionem*”.<sup>31</sup>

O segundo problema está no abandono da análise interna do Direito para se fazer toda sorte de abusos, em geral de caráter judiciário, em nome da justiça distributiva ou de valores tidos como superiores, quase sempre originados do Direito Público. A norma é desconsiderada e, com ela, as opções democráticas do legislador, em nome de uma interpretação mais favorável aos hipossuficientes. Não se trata de utilizar de cláusulas gerais, cânones hermenêuticos ou de conceitos jurídicos indeterminados previamente colocados ao dispor dos juízes para favorecer grupos ou indivíduos, por meio de uma prévia valoração feita pelo legislador, como são exemplos

---

que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’, com um argumento kelseniano do tipo ‘o que não é proibido é permitido’. *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões*. A Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, ‘a’, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna-se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Os municípios poderiam alegar que a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais, etc. Mas nada disso pode ser ‘colmatado’ por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima ‘o que não é proibido é permitido’, que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese: não há um lado “b” da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em o problema foi resolvido mediante a edição de lei.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, p. 213-214)

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 19.

dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que orientam os aplicadores do Direito a interpretar as normas desses sistemas em favor dos consumidores.<sup>32</sup> Agir assim é estender o alcance desses vetores interpretativos para além dos próprios limites ou mesmo criar, assim do nada, princípios ou técnicas que permitam tais práticas.

Tem-se como exemplo decisões judiciais marcadas pela “síndrome de Sherwood”. Os contratos de Direito Civil, em tese paritários, são o âmbito ideal para que os juízes se convertam em “Robins dos Bosques” e tirem dos ricos para dar aos pobres. Velhos axiomas como o *pacta sunt servanda*, que já foram devidamente flexibilizados pelos inegáveis avanços das teorias ligadas à alteração de circunstâncias, são antagonizados como se foram verdadeiros anátemas. A intervenção judicial nos contratos, que deveria ser exceção, torna-se a regra.

Uma das formas de análise externa do Direito, a Escola de Law and Economics, tem sido a principal adversária dessa desconsideração da firmeza dos contratos, fazendo-o não pelo apego a velhos princípios de origem medieval, mas em face do custo econômico dessa entropia judiciária. A sociedade paga por essas externalidades negativas, por meio da securitização do risco, do aumento das taxas de juros e do incremento dos custos contratuais, que serão distribuídos entre todos sob a forma de majoração dos preços de bens e dos serviços. O Direito Civil clássico que, durante muito tempo, soube jogar com a rigidez do *pacta sunt servanda* em contraponto aos mecanismos de solução dos efeitos advindos da alteração de circunstâncias, desde uma das primeiras técnicas que foi a cláusula *rebus sic stantibus*, torna-se mero espectador do embate entre a análise

---

<sup>32</sup> “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (Código de Defesa do Consumidor).

econômica do Direito (ligada à preservação da estabilidade da economia contratual) e os defensores da interpretação com base na “síndrome de Sherwood”.<sup>33</sup>

#### 4 DIREITO CIVIL, NEOCONSTITUCIONALISMO E APANPRINCIPIOLOGIA

A tradição jurídica de *civil law* não passou incólume ao processo de constitucionalização. Aqui se radicam diversas tendências, escolas ou pretensas escolas de pensamento jurídico e uma miríade de autores que utilizam o imenso “guarda-chuva” teórico da constitucionalização para sustentar a utilização de novos fatores de correção das normas de Direito Civil, sua interpretação conforme o texto constitucional ou a aplicação direta de suas normas às relações de Direito Privado.

Muitas vezes, encontram-se em estado de confusão ou de justaposição argumentos baseados em Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e *Drittwirkung*. É também nesse campo que se manipula a teoria dos direitos fundamentais para releituras impróprias de certas categorias jurídicas ou de princípios, como é o exemplo da função social da propriedade. A teoria interna dos direitos fundamentais é a mais comumente empregada para esses fins.

Não é objetivo com este artigo analisar aprofundadamente todas essas dilatações da constitucionalização e seus efeitos sobre a perda de referenciais teóricos do Direito Civil contemporâneo. Em outro lugar, fez-se o exame intensivo da ausência de rigor técnico em torno do que seja a constitucionalização e sobre o uso equívoco da teoria dos direitos fundamentais em torno de uma

---

<sup>33</sup>Cf. OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, p. 341, 459.

categoria privatística nuclear, que é a propriedade.<sup>34</sup> Importa, aqui, por agora, resumir alguns desses elementos de crítica à dogmática civilista contemporânea: a) usa-se com extrema promiscuidade o conceito de constitucionalização, sem que se saiba propriamente a que se refere, o que implica trazer para seus limites situações ou fenômenos jurídicos totalmente diferenciados ou incompatíveis, como interpretação conforme à Constituição, interpretação do direito ordinário sob a égide da supremacia constitucional, controle de constitucionalidade das leis, uso de princípios constitucionais para interpretar o Direito Privado, eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares; b) os direitos fundamentais devem ser compreendidos nos moldes da teoria externa, distinguindo-se entre seu conteúdo essencial e respectivos limites; c) não há como se admitir direitos fundamentais ilimitados; d) o exame da função social da propriedade, por exemplo, pressupõe o reconhecimento da distinção entre propriedade e função social.

Parte dos atritos causados pela tentativa de colonização do Direito Civil no marco da constitucionalização é decorrência, para além das razões sublinhadas alhures, da permanente busca por um elemento de correção para o Direito. Nesse sentido, o recurso à Constituição é explicável, embora seu barateamento pela dogmática brasileira tenha chegado a níveis intoleráveis.

Uma vez mais, deve-se recorrer à dicotomia entre análises internas e externas do fenômeno jurídico e a experiência constitucional alemã é bastante útil para esse fim.

A *débâcle* do regime nacional-socialista em 1945 e a reconstrução do sistema judiciário alemão, em torno do Tribunal Constitucional Federal, reforçou o caráter de centralidade à

---

<sup>34</sup>Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e constitucionalização do direito civil. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira. (Org.). *Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. v. 1, p. 118-142.

*Grundgezets* no ordenamento jurídico alemão. Aquilo que já se encontrava presente nas obras iniciais de Hans Kelsen converteu-se na busca pela centralidade do que os alemães chamam, literalmente, de “direitos de base”, “direitos básicos” ou “direitos-fundamento” (*Grundrechten*), e que, em português, traduziu-se literariamente por “direitos fundamentais”.

Essa recondução da ideia de *Constituição* para algo mais específico como os *direitos fundamentais* está na base de movimentos teóricos que estabeleceram hierarquias entre as normas constitucionais. É também da década de 1950 o pequeno ensaio de Konrad Hesse, juiz do Tribunal Constitucional Federal, intitulado “A força normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*), de 1959, que representou a virada histórica da ideia de Constituição como elemento de direção política do Estado para a Constituição como documento de eficácia jurídica *in re ipsa*, dotado da potencialidade de produzir efeito determinante e regulador da realidade social e histórica,<sup>35</sup> ainda que haja eventuais descompassos com a realidade política, com os tão conhecidos “fatores reais de poder”, de Ferdinand Lassalle.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Essa capacidade de determinação e regulação eficaz da realidade da vida histórica é o que Konrad Hesse denomina de força normativa da Constituição: *Inwieweit es der Verfassung gelingt, diese Geltung zu gewinnen, ist vielmehr eine Frage ihrer normativen Kraft, ihrer Fähigkeit, in der Wirklichkeit geschichtlichen Lebens bestimmend und regulierend zu wirken.* (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 17)

<sup>36</sup> Assim definidos pelo autor: “Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*, p. 18). É certo, para ele, que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*, p. 72)

Abandona-se o recurso à chamada “natureza das coisas” (*Natur der Sache*) como fundamento (de forte conteúdo naturalista) de suas decisões, quando não se pode apelar ao texto positivo das normas, e passa-se ao modelo de subordinação do ordenamento aos direitos fundamentais. Com isso, abrem-se as portas ao mundo dos princípios e, dada sua evidente abstração, às tentativas de solucionar as colisões entre eles e suas relações com as normas, continentes de elementos mandatórios *prima facie*.

Esse é o debate da segunda metade do século XX e que se estende no início do século XXI, não mais como um problema circunscrito à realidade jurídica alemã, mas, em larga medida, à jurisdição constitucional dos principais países do mundo contemporâneo.

O Direito Natural renascido no após-guerra teve seu momento como fator de correção do Direito Positivo. Ele é uma ferramenta muito antiga de análise externa do Direito e que, após o trauma nacional-socialista, obteve o favor de nomes como o de Gustav Radbruch.<sup>37</sup>

O Tribunal Constitucional Federal alemão faz uso dos direitos fundamentais como *ultima ratio* do processo de correção e de adequação do direito posto. Não é sem razão que a *Grundgesetz* dá legitimidade ativa para provocar o Tribunal diretamente quando houver violação de direitos fundamentais, por meio da *Verfassungsbeschwerde*.<sup>38</sup> A ampliação do catálogo de direitos fundamentais, especialmente quando eles avançam por campos virgens como os do Direito Privado, fez abrir a caixa de Pandora aos juristas, em eterna busca pelo Graal do “fator de correção perfeito”.

<sup>37</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 215-232.

<sup>38</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 151.

Disso decorrem consequências de variegado aspecto.

- O Direito Constitucional foi arrastado para dentro do rodamoinho de disputas privadas de relevância duvidosa, com todos os desagradáveis inconvenientes para si e para a Constituição, como o barateamento da dignidade e da importância das normas constitucionais, que se veem citadas em pequenos conflitos individuais, como a cobrança de uma dívida ou a definição dos danos pelo abaloamento de automóveis. Com isso, põe-se a perder a “identidade do Direito Privado”, forjada por sua antiga e respeitável história.<sup>39</sup>

- A existência de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na Constituição, o que é esperável dada sua natureza normativa específica, é campo fértil para a ação dos interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial. Se foi possível realizar demagogia judiciária com base em elementos do próprio Direito Civil, agora isso é feito com a invocação do texto constitucional.

Assim, tem-se o inconveniente de se arrastar para o Supremo Tribunal Federal uma plethora de casos insignificantes ou sem qualquer relevância para a harmonia e a uniformidade da Constituição. Essa também é uma possibilidade denunciada por Konrad Hesse: “O Tribunal Constitucional cai, assim, no perigo de converter-se no supremo tribunal dos conflitos jurídico-cíveis e de assumir, dessa forma, um papel que a *Grundgesetz* não lhe delegou.” E, ainda em seus termos, os diversos obstáculos processuais de acesso aos recursos dificilmente serviriam de contraponto eficiente a esse problema.<sup>40</sup> Além disso, tem-se

---

<sup>39</sup> HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*, p. 25.

<sup>40</sup> No original: *Das Bundesverfassungsgericht gerät dabei in die Gefahr, zum obersten Gericht in Zivilrechtsstreitigkeiten zu werden und damit eine Rolle zu übernehmen, welche das Grundgesetz ihm nicht übertragen hat.* (HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*, p. 25-26)

a abertura para o que se poderia chamar metaforicamente de “toque de Midas constitucional”, que é a conversão substancial de matérias eminentemente privadas em matérias constitucionais, como mero exercício de poder do Tribunal Constitucional de controle da jurisdição ordinária.

Certos conflitos que possuem notória conformação jurídica (exclusivamente, asseste-se) podem ganhar contornos jurídico-políticos com essa conversão judicial, o que não é conveniente para os privados. Veja-se o uso disso pelos juízes nacional-socialistas e seus deletérios efeitos.<sup>41</sup>

• No Brasil, a teoria argumentativa de Robert Alexy é que mais empolgou a dogmática nos últimos quinze anos. O apelo à ponderação e ao sopesamento tornou-se frequente, até mesmo na solução de casos de Direito Civil. A dignidade da pessoa humana tornou-se a chave para “ponderar” ou “sopesar” direitos fundamentais e seus princípios respectivos. É um jogo perigosamente simplificado que envolve desde a desconsideração das pautas axiológicas do legislador em prol da ponderação a ser feita pelo juiz até o sincretismo metodológico, colocando-se em uma mesma frase Robert Alexy e Ronald Dworkin, a despeito

---

<sup>41</sup> “Ao mesmo tempo, a complacência dos juízes alemães com os propósitos do regime nazista é sempre comparada desfavoravelmente à resistência mais bem-sucedida dos juízes italianos ao fascismo. Os juízes alemães, o argumento prossegue, optaram abertamente pela discricionariedade judicial em detrimento da certeza jurídica durante os anos 20, tanto para justificar sua utilização de cláusulas gerais como para seguir a teoria da ‘escola livre’ do direito, proposta por juristas. Os juízes italianos mantiveram sua abordagem tradicional de enfatizar a certeza jurídica e de exercer apenas um grau muito limitado de discricionariedade judicial. Quando veio a escuridão, os juízes alemães foram incapazes de defender a ordem legal com supedâneo na importância da certeza. Ao contrário dos italianos, eles haviam abertamente abandonado este princípio.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*, p. 88)

da incompatibilidade de seus modelos teóricos.<sup>42</sup> E, em justiça a ambos os autores, muito do que se escreve a respeito de suas teorias é destituído de qualquer fundamento em seus textos.

- As teorias argumentativas e o chamado neoconstitucionalismo, do modo como vêm sendo utilizados no Direito, em geral, e no Direito Civil, em particular, também servem para derruir a chamada “dignidade da legislação”.<sup>43</sup> Problemas de elevado alcance social deslocam seu fórum deliberativo dos grupos sociais organizados e de sua ágora própria, o Parlamento, para as sedes de juízos e tribunais, notoriamente deficitários em termos democráticos.<sup>44</sup> Alguns críticos contemporâneos desse deslocamento, como Juan Antonio García Amado, advertem que, muitas vezes, o emprego da chamada ponderação é um artifício para iludir e esconder as intenções de atores interessados no poder de mando, sem os desconfortos dos processos eleitorais.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> “Registre-se, apenas, o desconforto de serem encontradas citações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, especificamente sobre ponderação, conflito, regras e princípios, como se houvesse franca uniformidade de pensamento entre esses autores.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência* (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, p. 83)

<sup>43</sup> E não somente. Até mesmo os positivistas de extração anglo-americana são admitidos no rol dos que aceitam a perda da relevância da legislação: “Nossa expectativa é de que a legislação esteja no centro da tradição positivista da jurisprudência. Contudo, no caso, temos a legislação sendo apresentada como um aspecto contingente e filosoficamente periférico da lei em uma das principais teorias positivistas do nosso tempo.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 20-21)

<sup>44</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: 2009. p. 186-196 (limites institucionais).

<sup>45</sup> Os termos por ele usados são extremamente duros, conforme tradução livre: “[...] parece-me que muitas das teses do chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo dos direitos tornam extremamente funcionais a uma jurisprudência muito propensa à extrapolação, à demagogia e à política mais descarada, e a uma casta professoral ansiosa por legislar sem passar pelas urnas e muito dada aos jogos de mão, que transmutam preferências pessoais em postulados pseudocientíficos, como de modo tão perspicaz se vê em Kelsen, sempre tão insultado por seus colegas mais ambiciosos.” (GARCÍA AMADO Juan Antonio. *Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo*. In. CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, p. 263-264, tradução nossa)

• Há ainda o problema da “principiologia” e a proliferação de princípios, como tem denunciado Lenio Luiz Streck como o fenômeno do “panprincipiologismo”, de molde a facilitar o abandono de certos parâmetros de segurança e de certeza jurídica por uma discricionariedade judicial abusiva.<sup>46</sup> No Direito Civil, seguindo-se sua enumeração puramente exemplificativa, haveria princípios como: a) “absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente”, cuja finalidade, em um “universo jurídico calcado no protagonismo judicial e no sujeito solipsista”, seria o de permitir a determinação de certas políticas públicas conforme a preferência do intérprete, excluindo-se a “condição de deliberação democrática em benefício da centralização desses direitos nas escolhas dos juízes”<sup>47</sup>; b) “afetividade”, de larga utilização no Direito de Família contemporâneo, cuja elevação a princípio “escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais (sem levar em conta os problemas relacionados pelo ‘conceito’ de afetividade no âmbito da psicanálise, para falar apenas nesse campo do conhecimento)”<sup>48</sup>.

No que se refere ao “princípio da afetividade, impressiona a variedade de acepções que ele assume na doutrina. É um claro exemplo de que “o rei está nu”, mas sem que a haja uma criança corajosa, no meio da multidão, para o dizer. Se, como princípio, a afetividade representa tudo o que dela se afirma, ela nada representa. Vejam-se alguns exemplos dessa criatividade conceptual: a) afetividade como

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 475-496 (especialmente).

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 479-480.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 480.

meio de execução da dignidade humana nas relações familiares, com o objetivo de “assegurar aos seus membros o direito a um ambiente sadio e harmonioso, isto para que as crianças, seres humanos em formação, se desenvolvam como cidadãos dotados de valores éticos e morais”<sup>49</sup>; b) elemento caracterizador, em substituição à vontade, das relações jurídico-familiares;<sup>50</sup> c) “na atualidade, a ideia de família está ligada à de espaço de realização pessoal, no qual a afetividade se expande e a personalidade se desenvolve, independentemente do casamento institucional”<sup>51</sup>. Na jurisprudência, persiste idêntico sincretismo terminológico. Encontra-se o princípio da afetividade para fundamentar: a) a formação de vínculos de parentesco, além dos naturais e legais, com base na chamada convivência socioafetiva<sup>52</sup>; b) a indenização por dano moral, em razão de ofensa à “afetividade da pessoa”, quando há disparo indevido do alarme contra furto em estabelecimento comercial.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> CARDOSO, Alenilton da Silva. A funcionalização social do direito privado. *Revista Forense*, p. 17.

<sup>50</sup> FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, p. 148.

<sup>51</sup> GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial? *Revista Forense*, p. 445.

<sup>52</sup> “Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também ‘parentescos de outra origem’, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.” (TJRJ, REsp. 1000356/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 25 maio 2010, *DJe* 7 jun. 2010)

<sup>53</sup> TJAP, Ap. n. 2.080/2005, Rel. Des. Carmo Antônio, j. 19 maio 2005, *RF* 383/410.

São diversos os “princípios” que se invocam em Direito Civil, além dos nominados. Mais que o abuso em sua invocação, tem-se o problema da confusão terminológica, com conceitos jurídicos indeterminados, doutrinas, cânones hermenêuticos e cláusulas gerais que se convertem ou se reconvertem em princípios.

De outro lado, existe a questão do uso inadequado dos princípios em sua conexão com a técnica dos direitos fundamentais. Tal desvio se opera em dois níveis: a) imputa-se ao Direito Civil o compromisso com valores socialmente ultrapassados, mas que, após um exame perfunctório na doutrina de cada período histórico, é insubsistente e insusceptível de comprovação. É o caso do conceito de propriedade em sua correlação com os ordenamentos constitucionais brasileiros de 1824-1988; b) a função social, um dos “princípios” mais fortemente manejados sem rigor teórico, serve de instrumento para diversas posições jurídicas incompatíveis com o núcleo essencial e com os limites do direito de propriedade. Em ambos os casos, teve-se a oportunidade de demonstrar o erro da associação do Direito Civil clássico com interpretações estéreis e ultraindividualistas do direito de propriedade, ainda que se observado sob a óptica constitucional.<sup>54</sup>

A dignidade da pessoa humana é outra vítima dessa guerra *panprincipiológica*, senão a maior de todas. Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo conexão direta com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação, como bem assinala Jorge Miranda.<sup>55</sup> Dá-se, contudo, sua banalização e seu emprego como reforço argumentativo, fundamento-berloque ou, como afirma João Baptista Villela, essa “tornou-se um tropo oratório que tende à

<sup>54</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

<sup>55</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 199.

flacidez absoluta”.<sup>56</sup> Se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será. Para não se esquecer que ela serve de fundamento dos discursos daqueles que defendem e dos que atacam o direito ao aborto e à eutanásia.<sup>57</sup>

O quadro na jurisprudência é desalentador. A prova disso baseia-se em dados empíricos. Em pesquisa realizada apenas em um periódico jurídico, a *Revista dos Tribunais*, compreendida entre 1995 e 2010, foram coletados 217 acórdãos nos quais a expressão “dignidade humana” é encontrada como fundamento da decisão adotada<sup>58</sup>.

O objeto desses julgados é também muito diversificado: a) saúde; b) relações de trabalho; c) *habeas corpus*; c) mensuração

<sup>56</sup> Confira-se a íntegra da citação: “Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura.” (VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina, p. 562)

<sup>57</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidade de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, p. 159.

<sup>58</sup> Os tribunais com os respectivos quantitativos de acórdãos são os seguintes: 1) STF (23 ac.); 2) STJ (25 ac.); 3) TRF-1ª Região (4 ac.); 4) TRF-2ª Região (4 ac.); 5) TRF-3ª Região (2 ac.); 6) TRF-4ª Região (6 ac.); 7) TRF-5ª Região (2 ac.); 8) TJAC (3 ac.); 9) TJAP (4 ac.); 10) TJDF (8 ac.); 11) TJES (2 ac.); 12) TJGO (3 ac.); 13) TJMA (1 ac.); 14) TJMT (3 ac.); 15) TJMS (6 ac.); 16) TJMG (10 ac.); 17) TJPA (4 ac.); 18) TJPB (1 ac.); 19) TJPR (5 ac.); 20) TJPE (1 ac.); 21) TJPI (3 ac.); 22) TJRN (5 ac.); 23) TJRS (7 ac.); 24) TJRO (5 ac.); 25) TJSC (5 ac.); 26) TJSP (48 ac.); 27) TJMSP (1 ac.); 28) TAMG (5 ac.); 29) TAPR (1 ac.); 30) TARJ (1 ac.); 31) TARS (1 ac.); 32) TAcim.SP (10 ac.); 33) 1º TACiv.SP (6 ac.); 34) 2º TACiv.SP (2 ac.).

da pena; d) liberdade; e) direitos fundamentais; f) ordem pública; g) descumprimento de preceito fundamental; h) jurisdição e competência; i) violência contra a mulher; j) prisão preventiva; k) ampla defesa e contraditório.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Privado tem sua História, sua metodologia, seus princípios e suas funções no que se poderia chamar de “divisão do trabalho” entre as diversas províncias jurídicas. Não é adequado fazer o transplante desses elementos do Direito Público para o Direito Privado. O estatuto epistemológico do Direito Privado não se coaduna com essa transposição, porque desnecessária e imprópria. Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o Direito Privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se ajustam aos seus fins.

A entropia é uma palavra de diferentes acepções, mas que significa, nas Ciências Biológicas, a medida da desordem de um sistema. O Direito Privado é entrópico nesse sentido. A criatividade, a destruição, a transformação e a liberdade pautam a realidade que o Direito Privado tenta regular. O mundo das famílias, das empresas, dos negócios e da propriedade é, assim e somente, um conjunto de regras adaptadas a esse modo entrópico de organização das relações sociais é hábil (ou útil) para responder às necessidades de seus atores.

No clássico filme *O poderoso chefão* (ou “O padrinho”, em Portugal), de Francis Ford Coppola, o jovem (e futuro mafioso) Vito Corleone é um excelente empregado de uma pequena loja no bairro italiano. O dono é visitado pelo mafioso local, que exige um emprego para seu sobrinho. Apesar das objeções, o dono do

estabelecimento cede às pressões e comunica constrangido a Vito Corleone, pai de família e dependente daquele salário para sobreviver, a perda de seu emprego. Em outra cena, o empregador corre e alcança Vito para lhe entregar uma caixa com alimentos, uma espécie de indenização, recusada dignamente por ele. Assim, começa sua trajetória na vida do crime. É lamentável e censurável. Mas, sem mafiosos e esses elementos melodramáticos, todos os dias pessoas são demitidas e contratadas por critérios extremamente subjetivos e por razões que nunca seriam captáveis pelos princípios ou pelos parâmetros do Direito Constitucional, por exemplo. Seria o caso de se exigir a aplicação do dever de fundamentar as decisões, presente na Constituição, para tais fatos da vida privada? Evidentemente que não. Prevalece, no mundo real, a “cláusula Vito Corleone”, para se usar de uma metáfora cinematográfica.

O nepotismo é prática abolida do ambiente público. Há o art. 37, *caput*, da Constituição, com o princípio da impessoalidade, e a Súmula Vinculante STF n 13, que proíbe o nepotismo na Administração Pública. Ninguém discute as vantagens desse modelo na esfera estatal. O que dizer da gestão de grandes empresas privadas, baseadas no critério dos laços de sangue? Quem contesta a sucessão familiar nos grupos econômicos? No programa jornalístico de maior audiência da televisão brasileira, que muitas vezes denunciou o nepotismo no Governo brasileiro, a bancada de âncoras é ocupada por marido e mulher, assim como muitos dos atores são filhos ou casados com colegas de profissão, diretores ou produtores da radiodifusora. Perderia em legitimidade a televisão por favorecer o nepotismo em seus quadros ou isso é uma decorrência do regime privado de sua organização, pautado na liberdade dessas escolhas?

Esses exemplos demonstram a falácia da transposição pura e simples de dois princípios constitucionais para o Direito

Privado. Essas escolhas são irracionais, entrópicas e de altíssima subjetividade. E devem ser assim. Os efeitos são positivos para a sociedade. O mundo privado se constrói e autodestrói permanentemente. A televisão que abriga artistas em “família” obtém ótimos índices de audiência. E, por outro lado, outra grande empresa de radiodifusão brasileira quase foi à bancarrota pela administração fraudulenta de uma instituição financeira integrante de sua *holding*, a cargo de dezenas de parentes de seu acionista-controlador. Na esfera privada, essas escolhas não podem ser medidas pelos padrões do Direito Público. O sucesso ou o fracasso desses empreendimentos é que determinará a continuidade dos respectivos modelos. E, com essa “destruição criativa”, parafraseando Alois Schumpeter, embora em um sentido diferente, constroem-se novas riquezas e outras desaparecem.

Antes que se tente confundir as teses aqui defendidas com um “canto do cisne” do Direito Civil Oitocentista ou com um apelo no estilo de Juliano, o Apóstata, de retomada da religião pagã, é preciso registrar que não se desconhece a incompetência do Direito Privado (e de seus estudiosos) em compreender as transformações sociais e não oferecer mecanismos de adaptação aos novos tempos, por meio de novos institutos jurídico-privados. Foi essa miopia que permitiu o surgimento do Direito do Trabalho (com base nos contratos de locação de mão de obra), do Direito do Consumidor (sob a base contratual civilística) e das leis de locação predial urbana.

Não se ignora que as relações no mundo privado são marcadas, em diversos casos, pela assimetria entre as partes. O fenômeno da vulnerabilidade de diversos agentes é inegável, e eles não podem ser deixados entregues à própria sorte, como se a “mão invisível” do mercado tudo fosse capaz de resolver. Os grandes grupos econômicos podem ser tão nocivos aos privados

quanto o Estado, em muitas situações.<sup>59</sup> No reconhecimento da entropia do mundo privado, não se deseja o retorno aos tempos de 1929. A tragédia da crise econômica de 2008 é uma prova de que a atuação *regulatória* (e portanto *ex ante*) foi ineficaz, o que deu margem a diversos questionamentos judiciais, que levarão para o campo da indeterminação. A autonomia privada não se ressentiu da regulação *ex ante*. Ela é mais do que necessária, porque define as regras do jogo antes de seu início.

A posição aqui sustentada diz respeito a problemas de caráter epistemológico, da falta de rigor e de coerência no desempenho do papel (essencial) dos doutrinadores e na renúncia às soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o Direito Privado pode e tem condições de oferecer. O risco está, ainda, no que advertiu Konrad Hesse, citando Alexis de Tocqueville, na perda da capacidade humana de “configuração responsável e autônoma da própria vida”,<sup>60</sup> não por um Estado todo-poderoso e ditatorial, mas pelo Estado excessivamente protetivo, que acostuma os homens com sua mão bondosa, quando, na verdade, os escraviza em uma gaiola de ouro.

Em Portugal ou na Alemanha, para se ficar com esses dois exemplos, muitos avanços na tentativa de adaptar a tradição de *civil law* e o Direito Civil clássico às exigências de nosso tempo foram obtidos, apesar de alguns embaraços, sem que, para isso, se fizesse necessário abandonar dois mil anos de experiência jurídica<sup>61</sup> sem

---

<sup>59</sup> Como salienta Jorge Reis Novaes em relação aos excessos da teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais em relação aos privados. (Cf. NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 68-116)

<sup>60</sup> HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*, p. 35.

<sup>61</sup> Embora, na própria Alemanha, já se sintam os efeitos da crise histórica divisão de funções entre a doutrina e a jurisprudência, pela qual competia a primeira a “tarefa de projetar a compreensão geral das normas individuais em relação à totalidade do Direito e assim dar em caráter geral à jurisprudência a ajuda necessária para que reflita sobre as regras gerais teóricas em sua aplicação em um caso concreto”. (EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *Modernisiertes Schuldrecht*. Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, p. 14)

qualquer vantagem para o Direito ou para a sociedade. Muitas das questões relativas ao Direito Civil, aqui expostas, são comuns ao Direito Constitucional, no que se refere ao abandono dos fóruns de deliberação democrática, da perda da dignidade da legislação e da busca pelo Santo Graal da judicialização de políticas públicas e de agendas morais, que deveriam ser implementadas ou decididas nas esferas adequadas e legítimas. Nesse ponto, os dois elementos da tradição de *civil law* se unem nas mesmas adversidades.

**Epistemological statute of contemporary *Civil Law* based on its tradition and in view of neoconstitutionalism and principles**

**Abstract:** Classical Civil Law, in agreement with its tradition, has received criticism for alleged commitments to other legal interpretations inconsistent with social values and elements. Neoconstitutionalism, loss of dignity of the law, and overexpansion of the principles are elements that contend the autonomy and epistemological statute of Civil Law. Specific differentiation of functions and the impossibility of unconditional and simple application of Public Law principles must be taken into consideration when reading contemporary Civil Law.

**Key words:** Principles. Contracts. Marriage. Assignment of roles. Activism.

## REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *Direitos constitucionais fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Ementa civil e processual civil. Dano moral. Disparo de alarme antifurto. Mercadoria revistada na presença de outros consumidores. 1) Reconhece-se o constrangimento ao consumidor que não deu causa ao disparo de alarme de segurança indicador de furto, utilizado por loja de departamentos. 2) A indenização por dano moral deve ser compatível com cada caso concreto, cujo *quantum* não deve destoar irrazoavelmente da média do que vem sendo decidido na esfera do Poder Judiciário local. 3) Recurso parcialmente provido. Apelação n. 2.080/2005. Rel. Des. Carmo Antônio. Rio Branco, 19 maio 2005. *RF* 383/410.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico; atos jurídicos lícitos; atos ilícitos: artigos 104 a 188*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, v. 28, n. 99, p. 7-14, set. 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família e o código civil de 2002: algumas considerações gerais. *Revista Forense*, v. 98, n. 364, p. 151-161, nov./dez. 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma – Processual civil – Embargos de declaração – Caráter infringencial – Recebimento como agravo regimental – Fungibilidade recursal – Possibilidade – Protesto indevido de duplicatas – Danos morais – *Quantum* indenizatório razoavelmente estabelecido à espécie. Embargos de declaração no Agravo de Instrumento n. 811523/PR. Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, 25 mar. 2008, *DJe* 22 abr. 2008.

CARDOSO, Alenilton da Silva. A funcionalização social do direito privado. *Revista Forense*, São Paulo, v. 409, p. 3-26, 2010.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*. München: Vahlen, 2002.

FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, p. 137-158, nov./dez. 2007.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *Revista Forense*, v.98, n. 360, p. 35-50, mar./abr. 2002.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à socialidade. *Revista de Direito Privado*, n. 27, p. 32-63, jul./set. 2006.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial? *Revista Forense*, v. 106, n. 411, p. 439-446, set./out. 2010.

HARKE, Jan Dirk Harke. *Allgemeines Schuldrecht*. Heidelberg: Springer, 2010.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg: Müller, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. 1. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LECLERC, Frédéric. *Droit des contrats spéciaux*. Paris: LGDJ, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 11, n. 42, p. 30-70, abr./jun. 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATIAS, João Luís Nogueira; ROCHA, Afonso de Paulo Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. 4.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidade de la persona: núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 13ª Câmara Cível. União Civil entre pessoas do mesmo sexo – Ação possessória – Reintegração de posse – Inadmissibilidade – Relação homoafetiva com *intuitu familiae* que descaracteriza comodato – Impossibilidade de interpretação restritiva do art. 226, § 3.º, da CF – Princípios e normas gerais constitucionais que devem ser observados. Apelação Cível n. 2008.001.2050-9. Rel. Des.

José de Samuel Marques. Rio de Janeiro, 6 ago. 2008. *DORJ* 13 out. 2008, *RT* 879/354.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Homossexualismo – União estável – *Sociedade de fato* – *Reconhecimento* – Integralidade dos bens. Descabimento – Esforço comum da formação do patrimônio. Apelação Cível n. 10.704/2000. Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte. Rio de Janeiro, 7 nov. 2000. *DORJ* 3 maio 2001, *RT* 791/354.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Direito das Famílias. Ação anulatória do segundo assento de nascimento da primeira apelante proposta pelo filho biológico dos pais afetivos em falsidade ideológica. Sentença de procedência. Primeiro apelo pela reforma pretendendo a prevalência do vínculo afetivo. Acolhimento. Reforma da sentença para julgar improcedente a pretensão anulatória e, de ofício, tornar insubsistente o primeiro assento de nascimento. Recurso Especial n. 1000356/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rio de Janeiro, 25 maio 2010. *DJe* 7 jun. 2010

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Constituição, ordenamento e conflitos normativos: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821, p. 80-98, mar. 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e constitucionalização do direito civil. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira. (Org.). *Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. v. 1, p. 118-142.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Sucessão – União homossexual – Pretensão de habilitação na qualidade de herdeiro e meeiro do *de cuius* – Inadmissibilidade – Direitos atinentes à união estável restritos ao companheiro sobrevivente de união entre homem e mulher – Inteligência do art. 226, § 3º, da CF. Agravo de Instrumento n. 266.853.4/8. São Paulo, 28 nov. 2002, *RT* 812/220.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Tradução do alemão por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 6.

VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: A tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Epistemologia e metodologia do direito*. Campinas: Millenium, 2010. p. 113-116.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Enviado em 9 de outubro de 2010.

Aceito em 11 de dezembro de 2010.