

DOGMÁTICA E EFETIVIDADE: O PAPEL DA CIVILÍSTICA NO DESBRAVAMENTO DE ESPAÇOS DE LIBERDADES

Dogmatics and effectiveness: the role of legal scholarship in the clearance of spaces of freedoms

André Luiz Arnt Ramos

Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, associado ao IBDFAM e ao Instituto dos Advogados do Paraná, Visiting researcher junto ao Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2016). Advogado.

Resumo: A civilística brasileira, no bojo da dogmática crítica que ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988, alcançou patamar de relativo consenso em relação à incidência da princípio-ologia axiológica constitucional no Direito Privado. Este é sintoma típico do perfazimento da travessia entre o modelo (moderno) de Estado de Direito e o modelo (contemporâneo) de Estado Constitucional, a qual traz consigo um imperativo de releitura profunda das relações entre legislação e jurisdição. Este desdobramento, conquanto captado por alguns setores da comunidade jurídica especializada e de suma importância para o avanço na concretização (para além da enunciação) dos valores da pessoa, carece de tomada de consciência a respeito de sua grandeza e de enfrentamento incisivo, à vista do objetivo de promover, em concreto, a dignidade humana, mediante abertura e preservação de espaços de liberdades. Estes, no contexto das viragens que marcam a referida travessia, impescindem, pela renovação do sentido atribuído à segurança jurídica em função do rearranjo das relações entre legislação e jurisdição, da oposição de exigências argumentativas substanciais aos operadores do Direito em geral e a seus aplicadores em particular. Este trabalho, a partir do delineamento dos desafios colocados pela ruptura com o Estado de Direito e o achego ao Estado Constitucional em relação à concretização de uma autêntica dignidade às pessoas, indica caminhos possíveis para sua superação, mediante atuação progressiva da civilística contemporânea, no sentido de outorgar efetividade àquilo que se enuncia no plano da dogmática.

Palavras-chave: Dogmática. Efetividade. Civilística. Direito Civil e Constituição. Segurança jurídica substancial.

Abstract: Brazilian legal scholarship, in the midst of the critical dogmatism that gained momentum with the promulgation of the Federal Constitution in 1988, reached some level of consensus regarding the third-party effect of constitutional principles and fundamental rights. This is a typical symptom of the ongoing transition from (modern) *Rechtstaat* to (contemporary) *Verfassungsstaat*, which entails a deep need of rethinking the relations between legislation and jurisdiction. This deployment, whilst accounted for by some sectors of current legal scholarship and of the utmost importance, still lacks awareness of its great complexity and some incisive coping in the sight of promoting a true realization

of human dignity (beyond simple enunciation), by opening and preserving spaces of freedoms. These, in the context of the twists and turns that mark the aforementioned transition, especially in regard to the contemporary meaning attached to legal certainty, in the light of recent rearrangements of the relationship between legislation and jurisdiction, call for the opposition, by legal scholars, of substantial demands in terms of argumentation to jurists in general and judges in particular. This article departs from an outline of challenges posed by the downfall of modern *Rechtsstaat* and the rise of contemporary *Verfassungsstaat* in relation to the achievement of an authentic human dignity, by means of progressive work of legal scholars towards granting effectiveness to what is already stated and well established in the field of Dogmatics.

Keywords: Dogmatics. Effectiveness. Legal Scholarship. Constitutionalization of Private Law. Substantial Legal Certainty.

Sumário: **1** Introdução – **2** O problema em contexto: ângulos e parâmetros da ascendência do Estado Constitucional. A renovação da dogmática e sua necessária efetividade – **3** Direito Civil, Constituição e os desafios da civilística brasileira contemporânea – **4** Efetividade: o papel da literatura na abertura e preservação de espaços de liberdades – **5** Conclusão

1 Introdução

O compromisso da civilística brasileira com os valores constitucionais, mesmo consideradas posições alinhadas às concepções clássicas do Direito Civil e as variadas vertentes críticas às perspectivas do chamado Direito Civil-Constitucional, é indubitável. Múltiplos são os trabalhos voltados a, segundo variados pontos de partida e visões de mundo, defender novos ou velhos valores fundamentais na seara civil, à vista de seu *Leitmotiv*: a dignidade humana. Não obstante este compromisso assumido e levado a efeito pela dogmática no plano enunciativo, sua efetivação, no complexo contexto da contemporaneidade, carece ainda de atuação incisiva por parte dos autores especializados, sobretudo no que diz respeito à abertura e à preservação de espaços de liberdades, nos quais se permita, às pessoas, realizar, por si mesmas, a dignidade que lhes é reconhecida (não concedida) pela ordem constitucional e pelos destinatários das normativas oficiais de um modo geral.

Este trabalho propõe a indicação, no contexto da travessia realizada pelo Direito Brasileiro entre os modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional, do principal desafio à concretização de espaços de liberdades indispensáveis à concretização da autêntica dignidade da pessoa humana, para, posteriormente, indicar caminhos possíveis para sua superação, mediante atuação progressiva da civilística contemporânea, de modo a tornar reais e efetivas as enunciações levadas a efeito no plano dogmático.

2 O problema em contexto: ângulos e parâmetros da ascensão do Estado Constitucional. A renovação da dogmática e sua necessária efetividade

A fragilidade humana frente ao Estado e seus mecanismos institucionais foi posta a desnudo pelas turbulentas experiências que marcaram o século XX. A ascensão e queda dos totalitarismos abalaram as calibrações entre poder e direito, entre *voluntas* e *ratio*, próprias do modelo¹ moderno de Estado de Direito. Desafiaram, então, a formulação de uma nova resposta, conquanto provisória, para esta tensão que atravessa toda a cultura político-jurídica ocidental.² Esta, no clima histórico do segundo pós-guerra, emergiu como um novo constitucionalismo, pautado por valores substantivos³ informadores de uma recompreensão da própria noção de democracia, agora impassível – em contraste com suas acepções procedimentais –⁴ de redução ao princípio majoritário. Exsurgia, então, um renovado desenho constitucional, fundado na convicção de que “a democracia é a consequência organizacional da dignidade humana, não mais, nem menos”⁵ e,

¹ “Modelo constitucional”, conquanto não corresponda, exatamente, a uma expressão valorativa, comporta pontual esclarecimento: “Por ‘modelo constitucional’, queremos dizer o conjunto de crenças médias, dos intérpretes, da classe política e dos cidadãos, a determinar a vida concreta da Constituição, dando-lhe significado” (FIORAVANTI, Maurizio. La trasformazione del modello costituzionale. *Studi Storici*, Roma: Carocci, ano 42, n. 4, p. 814, out./dez 2001). Tradução livre. No original: “Per ‘modello costituzionale’ intendiamo quel l’insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente”.

² COSTA, P. Democracia política e estado constitucional. In: COSTA, Pietro (Org.). *Soberania, representação, democracia: ensaios sobre a história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235.

³ Tradução livre: “Algum limite substancial, com efeito, é necessário para a sobrevivência de qualquer democracia. Sem limites relativos aos conteúdos das decisões legítimas, uma democracia *não pode* (ou, ao menos, *pode não*) sobreviver. Em teoria, sempre é possível que, com métodos democráticos, suprima-se, por maioria, os próprios métodos democráticos: não apenas os direitos de liberdade e os direitos sociais, mas também os direitos políticos, o pluralismo político, a divisão de poderes, a representação. Em outras palavras: todo o sistema de regras que constitui a democracia política” (FERRAJOLI, L. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. In: FERRAJOLI, Luigi et al (Orgs.). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 79). No original: “Sin límites relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* (o al menos *puede no*) sobrevivir. En teoría, siempre es posible que con métodos democráticos se supriman, por mayoría, los propios métodos democráticos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, en otras palabras, todo el sistema de reglas que constituye la democracia política”.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional y derechos fundamentales*. La rigidez de la constitución y sus garantías, cit., p. 75.

⁵ HÄBERLE, Peter. *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, n. 3, v. 78, p. 298-312, 1995. Tradução livre. No original: “Demokratie ist die organisatorische *Konsequenz* der Menschenwürde, nicht mehr, aber auch nicht weniger”.

por simetria, articulado numa “democracia que se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e invioláveis da pessoa”.⁶

Este novo modelo de organização política, no bojo do Estado Moderno europeu, que faz rebrotar a supremacia constitucional como garantia de limite, de inviolabilidade de uma esfera de decisões fundamentais. Isto no sentido de, após a guerra, “implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial”.⁷ O Direito brasileiro também se insere nesta travessia, ainda que, por contingências históricas, o afloramento do Estado Constitucional, ao menos na dimensão formal, tenha operado apenas com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim, ainda nos esquadros do Estado Moderno, vislumbram-se quatro diferenças bastante substantivas entre o ascendente Estado Constitucional e o descendente Estado Nacional de Direito,⁸ as quais, longe de aniquilar dúvidas, inauguram um novo patamar de problemas para estudiosos e operadores do Direito em geral.

O primeiro contraste diz com o vértice do ordenamento, colonizado por enunciados de baixa densidade normativa e elevada carga axiológica, os quais, carentes de hipótese de incidência, escapam à mecânica subsuntiva das regras⁹ e dependem, por isso mesmo, da atuação progressiva do legislador ou do juiz.¹⁰

⁶ COSTA, Pietro. *Democracia política e estado constitucional*, cit., p. 235.

⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. *RFDUFPR*, Curitiba, n. 58, p. 11, 2013.

⁸ “Com estas fórmulas, indicam-se tipos ideais que somente ostentam clareza conceitual na medida em que descontadas aproximações, contradições e incompatibilidades por si não contempladas” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011, p. 21). Tradução livre. No original: “Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno”.

⁹ O significante *subsunção*, por ser facilmente associável a uma superada abordagem formalista do fenômeno jurídico, tem seus sentido e extensão não raro bastante esgarçados. Seu emprego, aqui, não se dá em caráter avaliativo (para mal ou bem), mas apenas como indicativo da aplicação de determinada expressão que ordena, proíbe ou permite certa conduta a um determinado evento concreto, situado no tempo e no espaço, e protagonizado por indivíduos (BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean Derecho? Isonomía*, Ciudad de México, n. 18, p. 11-13, abr. 2003).

¹⁰ A propósito, sem embargo de estar-se a dizer o óbvio: “Os padrões constitucionais de validade substancial são identificáveis com a proteção de direitos fundamentais, como o princípio da igualdade, a imanente dignidade da pessoa humana, variados direitos civis e políticos, bem como os ‘direitos de bem-estar’, como os direitos à saúde, à educação, à assistência social e assim sucessivamente” (PINO, G. *The place of legal positivism in contemporary constitutional states. Law and Philosophy*. Heidelberg: Springer, n. 5, v. 18, p. 530, set. 1999). Tradução livre. No original: “The constitutional standards of substantive validity are mainly identifiable with the protection of fundamental rights, such as the principle of equality, the immanent dignity of the human being, various civil and political rights, as well as ‘welfare rights’, such as

Os princípios, cláusulas gerais e enunciados veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados, então, afiguram-se como âncoras da justiça individual, posto que “visam a deixar aberta a solução para um conflito de interesses a ser objeto de decisão pelo aplicador, mediante a consideração das razões privilegiadas pelos princípios que entrarem concretamente em conflito”.^{11 12}

A consagração da supremacia constitucional e o emprego de enunciados abertos pelos redatores das leis fundamentais determinam alteração profunda nas relações entre legislação e jurisdição,¹³ sem que se possa falar, como antes, no modelo de Estado de Direito, em patologias decorrentes de infringências à separação de poderes. Franqueia-se espaço, pois, à formulação de juízo de realidade quanto ao efetivo caráter criativo do exercício da interpretação e da judicatura,¹⁴ e de juízo de valor, quanto à salubridade e a normalidade da criação judicial do direito, dentro de determinados limites.¹⁵ Mais que isso: a lei, expressão máxima da juridicidade no Estado de Direito, torna-se submissa à normatividade constitucional,¹⁶ pelo que o princípio da legalidade – e seus desdobramentos sobretudo na seara da segurança jurídica – sofre grandes e profundos abalos.¹⁷

the right to health, to education, to social assistance and so on”. No mesmo sentido, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A utilidade dos princípios na aplicação do direito*. Disponível: www.civilistica.com, ano 2, n. 1, p. 2, 2013. Acesso em: 17 maio 2016.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *RDE*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 197, jan./mar. 2006.

¹² Isto porque – conquanto a transcrição diga mais com a noção de derrotabilidade normativa à luz da teoria do direito contemporânea – “uma vez incorporados os princípios às constituições com mais elevado grau de normatividade, eles passam a exercer um ‘efeito de irradiação’ sobre o ordenamento jurídico e, dessa maneira, atuam como as razões mais relevantes para a justificação das decisões que julgam contrariamente a aplicação de determinada norma jurídica em situações nas quais ela deveria se aplicar ordinariamente” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios*. Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho, v. 33, p. 88, 2010). Tradução livre. No original: “Una vez incorporados los principios a las constituciones con el más elevado grado de normatividad, ellos pasan a ejercer un «efecto de irradiación» sobre el ordenamiento jurídico y de esa manera actúan como las razones más relevantes para la justificación de las decisiones que juegan en contra de la aplicación de una determinada norma jurídica en situaciones en las que debería ser aplicada ordinariamente”.

¹³ É que o emprego de princípios e outros enunciados de baixa densidade normativa à resolução de casos concretos “deve obedecer a critérios específicos que visam a diminuir a arbitrariedade mediante a introdução de estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis” (ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras e a segurança jurídica*, cit., p. 197).

¹⁴ ORRÚ, Giovanni. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 13.

¹⁵ BULYGIN, Eugenio. *Los jueces ¿crean Derecho?*, cit., p. 25.

¹⁶ V. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 39.

¹⁷ A propósito: “Com efeito, a novidade que o constitucionalismo introduz na estrutura das democracias é que também o supremo poder legislativo se encontra juridicamente regulado e limitado, não apenas no que respeita às formas, que garantem a afirmação da vontade da maioria, mas também à substância de seu exercício, vinculado ao respeito de normas constitucionais específicas, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional y derechos fundamentales*. La rigidez de la constitución y sus garantías, cit., p. 78). Tradução livre. No original: “En efecto, la novedad

Assim: “Em Estados Constitucionais, portanto, a legislação mesma está *sub lege*, o que tolhe a aceitabilidade do *dogma* do legislador onipotente”.¹⁸

Nesta esteira, o princípio da igualdade preserva sua primazia, mas tem elasticados seus limites, bem como substituído seu centro de gravitação: no lugar do indivíduo da tradição oitocentista, entra a pessoa concretamente situada.¹⁹ Vale dizer: sob os auspícios da promoção dos direitos da pessoa e de sua colocação em patamar de dignidade social, afirmam-se a intangibilidade das liberdades pessoais e os direitos de feição social. Esta aparente duplicidade se reconduz a uma única matriz, afinada no diapasão de uma nova concepção do sujeito de direito e do princípio da igualdade,²⁰ o qual determina que “não somente ‘todos’ os direitos devem ser garantidos; estes devem ser também garantidos a todos”,²¹ a transparecer que se tenta superar a contradição entre uma igualdade formal e as concretas discriminações.

Enfim, a normatividade dos textos constitucionais, sobretudo os de maior carga valorativa, no Estado Constitucional, ganha sentido não apenas em relação ao direito interno, mas igualmente no plano supranacional, o qual também é timbrado pelo papel ativo e protagonista da jurisdição,²² amplamente revelado pelos crescentes diálogo e integração entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as Cortes Supremas de Estados Sul-Americanos,²³ a representar uma significativa diluição das fronteiras nacionais, no sentido de consolidação progressiva de valores fundamentais comuns, que orbitam em torno da pessoa concreta e historicamente situada (e não de uma figura abstrata e intangível, como o sujeito de direito da tradição iluminista, a soberania ou o interesse público).

que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales”.

¹⁸ PINO, Giorgio. *The place of legal positivism in contemporary constitutional states*, cit., p. 529. Tradução livre. No original: “In a constitutional state, then, legislation itself is *sub lege*, which no longer renders acceptable the ‘dogma’ of the omnipotent legislator”.

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática*, cit., p. 12-13.

²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática*, cit., p. 12.

²¹ COSTA, Pietro. *A democracia após os ‘totalitarismos’ – a democracia constitucional na segunda metade do século XX*. In: COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba: Editora da UFPR, 2012, p. 282.

²² COSTA, Pietro. *A democracia após os ‘totalitarismos’ – a democracia constitucional na segunda metade do século XX*, cit., p. 281 e ss.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin et al (Orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

A convergência destas quatro viragens no contexto da transição do modelo de Estado de Direito ao de Estado Constitucional, sobretudo na forte tônica nos intangíveis valores da pessoa e na fiança em enunciados de baixa densidade normativa, a demandar, para alcançar concretude, precisão de sentido na resolução de casos concretos,²⁴ põe em evidência o problema fundamental que se coloca à teoria e à prática do direito na contemporaneidade: o de encontrar um *ponto de equilíbrio* entre legislação e jurisdição.²⁵ Isto porque, se, de um lado, o exagero de disposições regulamentares trai a segurança formal que com elas se pretende, em função do fenômeno conhecido como *gincana de regras*,²⁶ de outro, “os princípios têm um rosto de Jânus: se, por um lado, visam a reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues”.²⁷ Este e os demais desafios colocados pelo advento do referido modelo arrostam o jurista e clamam pela enunciação de soluções aceitáveis, que não trariam ideais de justiça e de segurança.²⁸

Destarte, sem que a legislação perca sua essencialidade ao processo democrático, a jurisdição alcança o mesmo patamar, especialmente na condição de esfera deliberativa contramajoritária e protetiva dos valores substantivos decididos pelo *povo* da Constituição,²⁹ de modo que o princípio democrático se realiza

²⁴ BRAITHWAITE, John. Rules and principles: a theory of legal certainty. *AJLP*, Sidney: Australian Society of Legal Philosophy, n. 27, p. 49 e ss, 2002.

²⁵ A propósito: “Hoje, ainda com maior ênfase, a ética da confiança no direito positivado a equilibrar-se com a estabilidade de entendimentos jurisdicionais, os quais, por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões e alcança o sentido da segurança não apenas como garantia de legítimas expectativas, mas também como incidência material da legalidade constitucional” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 17).

²⁶ “Ao invés de restringir as possibilidades de aplicação com a criação de uma regulação cada vez mais precisa e específica, a proliferação de regras permite que qualquer atitude encontre um texto normativo para servir-lhe de justificação. Desta maneira, fica impossível controlar efetivamente o comportamento de seus destinatários. Como numa gincana de colégio, é possível partir de um determinado comportamento ou fato para tentar encontrar uma regra que o justifique, ou seja, que permita concluir por sua licitude à luz do direito. Por este motivo, somos levados a imaginar que talvez seja necessário pensar em maneiras diferentes de desenhar as instituições para obter segurança jurídica” (RODRIGUES, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. *Análisi e Diritto*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 136).

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 61.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid: Uned, n. 15, p. 32-33, 2000.

²⁹ Os direitos desempenham novo papel – não mais se colocam como expressão da vontade do Estado, mas como fundamento e condição de legitimidade do ordenamento. “Não estamos diante de uma reedição do jusnaturalismo, porque os direitos de que falamos são direitos enunciados por um preciso texto jurídico-positivo, como a constituição. (...) Enquanto fundamentos do ordenamento, aqueles direitos parecem imutáveis, não modificáveis por golpes de maioria subtraídos ao campo do decidível” (COSTA, Pietro. *A democracia após os ‘totalitarismos’* – a democracia constitucional na segunda metade do século XX, cit., p. 283-284).

também no ato de fundamentação da sentença pelo magistrado, pois, como dito, o princípio majoritário não mais se esgota na representação política; antes, diz respeito à preservação da intangibilidade dos referidos valores substantivos. É que, ainda no calor dos incêndios autocráticos dos noventa, constatou-se que os direitos fundamentais poderiam ser colocados em risco pela própria ‘democracia’, pelo que, no bojo da assim chamada *moralização* dos textos constitucionais,³⁰ confiou-se a tutela dos direitos fundamentais a instituições contramajoritárias.³¹

Todas estas transformações colocam em evidência o problema do sentido atribuído à segurança jurídica e, especialmente, da maneira com que ela se realiza na teoria e na prática do Direito contemporâneo. Por simetria, lança luzes sobre os desafios inerentes à promoção da razão de ser da própria ideia de segurança *no* direito: a liberdade da pessoa humana, cuja efetividade imprescinde, como se verá, da atuação proativa e intransigente da literatura jurídica.

3 Direito Civil, Constituição e os desafios da civilística brasileira contemporânea

A consolidação de modelo de organização política erigido segundo a forma do Estado Constitucional impacta, diretamente, na narrativa que circunda e dá sustentação ao ordenamento jurídico. Valoriza, ao menos no plano enunciativo, a construção de novas concepções de bem, ancoradas em consensos pretensamente estabelecidos em torno de determinadas ideias, bem como da difusão de compromissos em relação à perpetuação delas. É dizer: para além de recalibrar um aspecto imperial ou autoritativo, que remete à força subjacente às normativas estatais de um modo geral, renova o componente paidético do fenômeno jurídico em âmbito oficial, a não só qualificar a pessoa e sua dignidade como também permitir que ela se situe no universo normativo.³² O estabelecer deste diapasão, determinante da afinação, em seu tom, dos discursos inerentes à teoria e à prática do direito, opera-se pela via do enfeixamento das quatro viragens delimitadas, na travessia marginada pelos modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional.

³⁰ No sentido de infiltração, nas leis fundamentais, de diretrizes antes particulares à moral ou à ética e não, propriamente, ao Direito.

³¹ V. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a Constituição?*, cit., p. 56; e BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 94.

³² COVER, Robert. *The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*. New Haven: Yale Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 10-15.

Mas a consecução do compromisso constitucional de promoção e tutela das potencialidades da pessoa não prescinde da atuação progressiva da comunidade jurídica especializada, sobretudo na seara do Direito Privado, dada sua tradicional vocação à tutela e promoção dos valores da pessoa.³³ Isto nos limites das mudanças holísticas havidas no próprio Direito Civil, que toma ciência de seu pertencimento (e de sua subserviência) a um ordenamento constitucional, para chamar a si uma perspectiva funcional própria, referenciada pela principiologia axiológica de índole constitucional, a conformar-lhe, efetivamente e na acepção contemporânea, em “espaço privilegiado para a proteção da pessoa”,³⁴ no qual se valoriza menos a estrutura que função.³⁵

Assim, no novo colorido do Estado Constitucional (em oposição à mesmice do Estado legislativo), o despertar dos civilistas para o fato de que a centralidade do Direito Civil migrou para a Constituição produz a tomada de consciência para a releitura de seus institutos fundamentais à luz dos valores constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa concretamente situada – esta é, afinal, a grande tônica das democracias constitucionais da segunda metade do século XX, conforme esmiuçado na seção anterior. Via de consequência, a ênfase na autonomia do sujeito em abstrato, própria do legado do sistema oitocentista, cede espaço à promoção dos interesses da pessoa humana.³⁶ Vale dizer: para além do advento de um renovado Direito Constitucional Positivo (a integrar a constituição formal do Direito Civil), ganham força a principiologia axiológica de índole constitucional (conformadora da constituição substancial) e a atividade hermenêutica centrada

³³ AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1999.

³⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulth. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *RFDUFPR*, Curitiba: UFPR, v. 45, p. 102, 2006.

³⁵ “Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função. O estatuto jurídico do patrimônio redimensiona-se, sem perder a essência, embora ontologicamente se reinsira como outra terra na Constituição” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*, cit., p. 95). Ainda: “A função corresponde aos interesses de um certo instituto pretende tutelar, e é, na verdade, o seu elemento de maior importância, já que determina, em última análise, os traços fundamentais da estrutura” (SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. In: SCHREIBER, Anderson (Org.). *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245-246).

³⁶ “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente a uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico (...). Perde sentido o binário interioridade-exterioridade dos direitos fundamentais, que adquirem, também, feição prestacional. (...) Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa. De fato, modelos e conceitos não são o verdadeiro objeto do direito, mas, apenas, seu instrumento” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99).

na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações interprivadas, à vista não só das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força confessadamente jurígena dos fatos (constituição – *rectius*: constitucionalização – prospectiva).³⁷ Daí se afirmar que:

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica (...). Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social.³⁸

Destarte, o estabelecimento de *inputs* e *outputs* entre Codificação, Constituição e fatos põe-se como de índole dialógica, a qual abarca e encoraja a renovação dos significantes empregados no discurso jurídico (e.g.: relação jurídica, família, responsabilidade civil, empresa, propriedade e posse), à luz da axiologia constitucional e da ampliação de espaços de liberdades (civis e econômicas) que desobstruem o desenvolvimento das potencialidades individuais de todos e de cada um.³⁹ Isto sem que se eliminem os sentidos inseridos no Código, os quais, então, submetem-se a um verdadeiro rejuvenescimento interno.⁴⁰ Daí se franqueia espaço ao erigir de um novo sentido do Direito Civil, pela via do esforço da civilística:

Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou

³⁷ A respeito da tríplice constituição do Direito Civil, ver: FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*, cit., p. 2015.

³⁸ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *RFDUFPR*, Curitiba: UFPR, v. 60, n. 1, p. 199, jan./abr. 2015.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Supremo Tribunal Federal e a Virada de Copérnico. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/01-rbdcivil-volume-4-editorial.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015, v. 4, p. 6, abr./jun. 2015.

⁴⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 292, set./dez. 2015.

como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil.⁴¹

Neste passo, não se está a conceder uma *nova vulgarização*, consistente em “entrega ao Direito emotivamente criado pelos juízes, sem controle de legalidade e justificado em menores argumentos de conveniente equidade, quando não de propaganda”⁴² – também alcunhada de *carnevalização do Direito*.⁴³ Ao contrário (e é aqui que o desafio a que se referiu na seção precedente se coloca): a incidência principiológica não se circunscreve aos princípios conformadores de um paraíso hermenêutico do Direito Privado, mas uma ordem de ideias em que se arrostam diferentes sentidos próprios do governo jurídico das relações interprivadas, cuja calibragem é conseqüência da intensificação do diálogo (com renovados pontos de partida) entre a literatura especializada e os aplicadores do Direito. Trata-se, pois, do ingresso da civilística numa nova estação epistemológica.

Assim, bem ao contrário da temida vulgarização, confinadora das escrutinadas viragens no plano enunciativo, no domínio da dogmática acrítica: no campo (em desbravamento) do Estado Constitucional, reveem-se as relações entre Jurisdição e Legislação, de modo a romper a primeira das amarras da *boca da lei* (e, portanto, também da segurança jurídica em sentido formal, de predeterminação de hipóteses normativas, extraível a partir de interpretação literal) e permitir aproximação às contemporâneas teorias da interpretação e da decisão judicial, as quais se desdobram, com amparo na atuação prospectiva e criativa da literatura especializada, na promoção de segurança jurídica em sentido substancial (consistente na controlabilidade das razões de decidir invocadas para resolução de casos concretos, observados os limites da atuação de cada Corte e da unidade do sistema)⁴⁴ e nos conseguintes desbravamento e preservação de espaços de

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 207.

⁴² PERERA, Antonio Enrique. *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 86. Tradução livre. No original: “entrega al Derecho emotivamente creado por los jueces, sin controle de legalidad y justificado em menores argumentos de conveniente equidade, cuando no de propaganda”.

⁴³ É a expressão empregada por Konder: “De fato, o cenário aterrorador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização ou mesmo ‘carnevalização’ do Direito” (KONDER, Carlos Nelson. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*, cit., p. 205).

⁴⁴ À luz do exposto nas linhas precedentes, “Essa leitura se reflete na solução de casos concretos pelo Judiciário em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a

liberdades. É, pois, o aperfeiçoamento contínuo e dinâmico da trífrente constitucionalização que permite avançar na leitura das potencialidades do Direito Civil diante do horizonte aberto pela aproximação ao modelo de Estado Constitucional, inclusive no pertinente ao sentido haurido de suas transformações. Vale dizer: o desafio que se coloca, atualmente, é muito mais metodológico que de conteúdo.⁴⁵

Assim, parece seguro afirmar que o Direito Civil, como continente da “*disciplina positiva* da actividade de convivência da pessoa humana com outras pessoas”, corresponde à normatividade que “tutela os interesses dos *homens em relação com outros homens* nos vários planos da vida onde essa cooperação entre pessoas se processa, formulando as normas a que ela se deva sujeitar”.⁴⁶ Adquire, destarte, o *sentido de promotor da autonomia da pessoa no desenvolvimento de sua personalidade na vida-em-relação com outras pessoas*, a qual está sujeita à incidência direta da normativa constitucional, sobretudo em sua dimensão axiológica, no prisma da coexistencialidade, à luz das normativas hauridas de fatos sociais e das Constituições Democráticas. *E é neste prisma que se insere a renovada atribuição civilística, de promover a abertura e a conservação de espaços de liberdades, com vistas a viabilizar que, conscientemente ou não, a pessoa tenha condições de, por si mesma, inserir-se no mundo normativo conforme a maneira de viver que, autonomamente, eleja, segundo suas próprias concepções de bem;*⁴⁷ isto é: de laborar em benefícios de condições que permitam, às pessoas, decidir acerca dos rumos de suas próprias vidas, de serem elas mesmas, segundo elas mesmas, e não outras.

melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificada” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, cit., p. 99). No mesmo sentido: “quando o juiz decide o caso concreto e contribui, nessa medida, para a realização do direito, como agente activo da construtividade jurídica, ele está a dar vida e a concretizar toda a ciência jurídica que está a montante, onde a doutrina ocupa um lugar privilegiado” (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, cit., p. 293). Especificamente acerca do conteúdo da segurança jurídica e de sua realização no modelo de Estado Constitucional, cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122 e ss.; e MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

⁴⁵ “O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independentemente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, cit., p. 102).

⁴⁶ MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 58.

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección a la persona humana*. In: ADORNO, L. et al (Org.). *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 55.

4 Efetividade: o papel da literatura na abertura e preservação de espaços de liberdades

A imantação de textos normativos por forte carga valorativa é, certamente, um grande avanço no sentido da humanização do Direito no plano enunciativo. A assunção difundida de compromissos em torno destes valores, malgrado a imprecisão dos textos que os veiculam, representa, igualmente, valiosa conquista tributária da atuação conjunta de estudiosos, legisladores e operadores do Direito de um modo geral, a estimular a mediação entre a normação em abstrato e a realização do Direito em concreto. Esta efetiva concretização, contudo e especialmente no que diz com a promoção de espaços de liberdades permissivos da substanciação de uma dignidade autêntica, que parta da pessoa e não lhe seja imposta pela bondade dos bons, carece não tanto de ação estatal (legiferante, judicativa ou executiva), mas da formação, pela atuação progressiva e vanguardista da civilística, de *clusters* de liberdades – qualquer que seja a concepção de liberdade defendida, contanto que fundamentadamente.⁴⁸

A carência desta atuação – que não se resume à afirmação pura e simples de determinadas esferas intangíveis, mas exige, também, a defesa de mecanismos de controle à atuação do Estado e de poderes privados, no prisma da segurança jurídica substancial – é eloquentemente ilustrada pelo trato dispensado pelos Tribunais brasileiros a cláusulas gerais de primeira grandeza na vigente codificação civil. Assim, *e.g.*: buscas nas bases de dados do Superior Tribunal de Justiça mediante emprego da chave “boa-fé objetiva” conduzem ao encontro de milhares de resultados, nos quais, geralmente, esta cláusula geral foi empregada como mero recurso retórico (*rethorische Floskel*), como espécie de varinha de condão (*Zauberstab*) para a resolução de problemas complexos ou como atalho ao emprego de dispositivos com maior densidade normativa, que exigiria maior delonga na busca por soluções e o atingimento de resultado talvez não tão simpático aos apetites por justiça.⁴⁹ Este modo de proceder imuniza a atuação da Corte a qualquer possibilidade de controle externo, pois as razões de decidir por si empregadas se perdem na mística invocação de enunciado com baixa densidade normativa (de um dogma), sem a descarga da argumentação que lhe seria, pela natureza do

⁴⁸ É o que se defende, entre outros estudos, em: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La intervención del Estado en la libertad individual: liberalismo, paternalismo, bien común*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/%C3%81lvarez-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016; e PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

⁴⁹ SCHMIDT, Jan-Peter. Zehn Jahre. Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, Osnabrück: DBJV, n. 2, p. 34-47, 2014.

dispositivo referido, indispensável. Quer dizer: a pretexto de conferir efetividade à normativa da boa-fé objetiva, acaba-se por lhe confinar em enunciação dogmática. Isto à míngua de resposta à altura dos autores especializados, no sentido de exigir, sob os auspícios de uma acepção substancial de segurança jurídica, indispensável à realização da liberdade no Estado Constitucional, a adequação da atividade jurisdicional a exigências de verdadeiramente adequada fundamentação.

A civilística, portanto e apesar de reforçar a enunciação dos valores que informam o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e de enfatizar sua força normativa, tem se furtado a desempenhar seu papel, de não só arrostar a descontrolada hipertrofia da ação estatal (ancorada, em última análise, na violência) mediante desbravamento, na província do Direito oficial, de clareiras onde possam aflorar liberdades, como também assegurar que estas se preservem, mediante formulação de modelos dogmáticos que veiculem instrumentos e exigências de controle ao exercício do poder estatal, sobretudo no âmbito da atividade jurisdicional.

A(s) liberdade(s) de que se está a falar não guarda(m) correspondência com uma acepção preestabelecida e artificialmente consensual, mas com aquela que, mediante emprego de adequado esforço argumentativo, é advogada por cada autor especializado, segundo os pontos de partida por si assumidos. Assim, *por exemplo*, pode-se trabalhar com a acepção de liberdade negativa, cara ao liberalismo clássico, de Friedman⁵⁰ e Hayek,⁵¹ de liberdade positiva, destrinchada por Berlin,⁵² e de liberdade substancial, própria do liberalismo igualitário de Sen,⁵³ ou

⁵⁰ Friedman deriva sua concepção de liberdade da visão do “mercado enquanto um mecanismo e um espaço que não deve sofrer coações do estado” (SILVA, Rodrigo Almeida. *A liberdade nas perspectivas teóricas de Milton Friedman e Amartya Sen. Ciências sociais em perspectiva*. Cascavel: Unioeste, 10-19, p. 155-168, 2011). Assim, confere-lhe “um sentido individualista, de modo que propõe uma individualização dos papéis e das posições dos agentes dentro da estrutura do sistema. Os agentes precisam ter liberdade econômica e política para estabelecerem suas próprias escolhas, sem interferência de outros agentes ou instituições” (SILVA, Rodrigo Almeida. *A liberdade nas perspectivas teóricas de Milton Friedman e Amartya Sen*, cit., p. 157).

⁵¹ Em Hayek, a liberdade individual ou pessoal corresponde ao estado no qual uma pessoa não se sujeita à coerção pela vontade arbitrária de outros (cf. HAYEK, Friedrich August von. *Constitution of liberty: the definitive edition*. Chicago: University of Chicago Press, 2011, p. 58).

⁵² A rigor, a acepção de liberdade diz com o desejo e a possibilidade de o indivíduo ser senhor de si mesmo (BERLIN, I. *Two concepts of liberty*. In: BERLIN, Isaiah (Org.). *Four essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1971, p. 131).

⁵³ Em Sen, a noção de liberdade se associa diretamente à de capacidade, de modo que “enxerga a liberdade não somente enquanto a abertura estrutural do conjunto de leis e da economia para que cada indivíduo possa estabelecer suas escolhas, econômicas ou não. O autor funda uma visão de possibilidades reais de escolha, no sentido dos condicionantes e limites que permitem estabelecer tais preferências. As capacidades devem ser garantidas através de políticas públicas, para oferecer elementos que possibilitem os indivíduos a ampliarem seu conjunto de possibilidades reais. No entanto, as políticas públicas também são resultados do aumento da capacidade dos indivíduos (via crescimento do conhecimento), então essa é uma relação de mão dupla” (SILVA, Rodrigo Almeida. *A liberdade nas perspectivas teóricas de Milton Friedman e Amartya Sen*, cit., p. 162; SEN, Amartya. *Development as freedom*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2000).

de acepções comunitaristas, como as sustentadas por Sandel,⁵⁴ sem conceder à capitulação dócil da liberdade individual diante de um coletivismo sem face, caro aos totalitarismos identitários e expresso nos supertrunfos do interesse público e das razões de Estado. Só assim é que se verá o florescer e o frutificar de um vero e próprio personalismo ético,⁵⁵ de há muito defendido pela literatura civilista, mas perdido em meio aos contrastes hauridos, de um lado, da defesa intransigente de liberdades civis e do simultâneo combate às liberdades econômicas, e, de outro, da priorização destas em detrimento daquelas.

A transposição do silêncio ainda imperante na comunidade jurídica quanto à concreta instrumentalização dos institutos fundamentais de Direito Civil para a realização de liberdades (ou de espaços menos hostis a estas), conquanto de modo pulverizado e com alguma timidez, já parece ser um movimento em curso. Disto é exemplo o estudo que Pianovski propõe do acórdão pelo qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, pôs termo ao Recurso Especial nº 1.096.325/SP. Tratava-se de um dos célebres casos das pílulas de farinha – *i.e.*: de gestações indesejadas causadas pela ministração de anticoncepcionais sem princípio ativo (comprimidos para teste de maquinário), indevidamente postos no mercado pelo fabricante. O STJ, nesta ocasião, vislumbrou, por vias não muito iluminadas, a ocorrência de dano ao projeto de vida da gestante, que teve sua liberdade positiva (a liberdade de realizar e seguir um planejamento familiar, segundo a vontade da mulher ou do casal) ceifada por fato atribuível ao laboratório produtor do fármaco. Neste particular e após detida análise do acórdão e descrição do atual estado da arte da responsabilidade por danos,

⁵⁴ A acepção comunitarista de liberdade, defendida por Sandel, traduz-se não na autodeterminação individual, mas na participação do cidadão no autogoverno (*self-government*) – cf. SANDEL, Michael. *Democracy's discontent: America in search of a public philosophy*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1996, p. 4-5).

⁵⁵ Trata-se, no dizer de Francisco Amaral Neto, de “concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade” (AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *RIL*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n. 102, p. 214, abr./jun. 1999), a qual ganhou forte impulso com a inauguração formal, pela Constituição de 1988, do modelo de Estado Constitucional em solo brasileiro: “A Constituição da República, de 1988, como uma espécie de terceira dimensão do direito posto, na sua diretriz de incorporar o Direito Público e o Direito Privado, absorveu a ideia do personalismo ético com grande força. Sobre seu art. 1º, que contém os princípios fundamentais da República, embora sejam cinco os seus incisos, tem sido frequente a afirmação de que a dignidade da pessoa humana (é o inciso III) constitui a determinação por excelência de todo o texto constitucional” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil em favor de uma ética biocêntrica. *RFDUSP*, São Paulo: USP, v. 103, p. 116, jan./dez. 2008) – ressalvada a posição crítica do autor deste excerto, no sentido de que “talvez já estejamos em tempo (...) de ousar iniciar um movimento de revisão do tema, personalismo ético” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil em favor de uma ética biocêntrica*, cit., p. 116), para valorizar uma ética biocêntrica.

Pianovski crava: houve vilipêndio a uma liberdade positiva, “uma ‘liberdade vivida’, tomada como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal”.⁵⁶ Esta autêntica contribuição doutrinária, além de desnudar a carência de fundamentação do acórdão examinado quanto ao interesse jurídico que, em concreto, buscou-se tutelar, fornece, à comunidade jurídica, elementos permissivos do reconhecimento e da concretização do projeto de vida (significado como forma de concreção de uma *liberdade positiva*) na qualidade de interesse jurídico credor de tutela jurídica diferenciada.

Outra ilustração diz com o já referido peculiar tratamento dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422, CC), o qual é objeto de crítica bastante ácida de Schmidt. Este aprecia o acórdão pelo qual o STJ julgou o REsp 1.141.732/SP, no qual se discutia a possibilidade de constrição judicial de bem de família dado em garantia por fiador de escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, decorrente de contrato de trespasse. O cerne da disputa dizia com a medida da exceção à impenhorabilidade consagrada pelo art. 3º, V, Lei nº 8.009/1991, que fala na “execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. O fiador buscava escapar da literalidade do dispositivo, ao argumento de que ele se limitaria a crédito que favorece a família, não abrangendo, portanto, as situações em que o proprietário presta garantia a terceiros. Sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, a Terceira Turma desempenhou brilhante exercício de interpretação do dispositivo suscitado pelo recorrente,⁵⁷ de modo a alcançar a conclusão de que:

o imóvel em questão foi espontaneamente oferecido em garantia hipotecária pelos recorrentes, que estavam cientes dos riscos inerentes a esse ato, sobretudo que implicaria renúncia à sua impenhorabilidade, tendo o praticado assim mesmo, em benefício da entidade familiar, de sorte que inexistente ofensa ao art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 e, por via de consequência, justificativa para anular a constrição imposta ao bem.

⁵⁶ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. “O caso das ‘pílulas de farinha’ como exemplo da construção jurisprudencial de um ‘direito de danos’ e da violação da liberdade positiva como ‘dano à pessoa’ – Comentários ao acórdão no REsp 1.096.325/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.10.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2009, p. 300.

⁵⁷ Ao cabo de extensa fundamentação, arrematou a relatora: “o art. 3º, V, da Lei nº 8.009/91 traduz hipótese clara de ato tendente ao afastamento da impenhorabilidade: ao manifestarem a vontade de oferecer o bem de família em garantia hipotecária, os beneficiários evidenciam (...) sua intenção de liberar o bem da prerrogativa legal, desde que, em sintonia com o entendimento do STJ, a dívida tenha sido constituída em favor da entidade familiar”.

Não obstante a certa resolução da controvérsia pelo alcance desta asserção, arrematada a partir da interpretação de perceptivo legal com suficiente especialidade e densidade normativa, o STJ acresceu considerações acerca da boa-fé objetiva (que sequer integrava o espectro da discussão). Esta derivação é qualificada por Schmidt como emprego desta relevante cláusula geral na condição de mero recurso retórico, que, além de minar, progressivamente, sua relevância, por torná-la recorrente em raciocínios tautológicos (*tautologische Begründungen*), representa um atraso para a administração da justiça. Assim, após demonstrar que a invocação à boa-fé objetiva é totalmente inócua nos esquadros daquele julgado, Schmidt finaliza:

Espera-se que, com o decurso do tempo, os Tribunais brasileiros, tal qual fizeram os alemães, tomem consciência de que só se deve recorrer ao princípio da boa-fé quando ele realmente puder conduzir, decisivamente, a algum resultado, bem como de que é preciso abster-se de seu uso como recurso supérfluo ou como mero adorno decorativo. Isso vai poupá-los valioso tempo de trabalho na lida com volumes inimagináveis de casos a julgar.⁵⁸

Esta contundente crítica, para além de aproveitar à otimização do trabalho do Superior Tribunal de Justiça, é de grande valia para o controle da atuação da Corte no que diz respeito ao resguardo de liberdades. É que, muito embora a outorga de especial proteção ao bem de família mire à preservação de certas liberdades em face de poderes privados, sua perversão por determinadas práticas pode torná-la instrumentos de aniquilação de outras liberdades. Isto é: o proveito irresponsável (responsabilidade é o contraponto axiológico necessário de liberdade) da tutela legal do bem de família frustra a finalidade da constituição de garantia em benefício do filho do fiador, adquirente, no caso julgado pelo STJ, de estabelecimento comercial. Sem embargo da valia do caminho percorrido para alcançar esta conclusão (e do acerto em sua eleição), a Corte descuidou da grandiosidade de seu papel ao invocar, a esmo, a boa-fé objetiva. Ao assim agir, mais que prejudicar seu próprio funcionamento, deu margem à ampliação das recorrentes restrições a liberdades realizadas mediante simples enunciação da boa-fé objetiva ou outros

⁵⁸ SCHMIDT, Jan-Peter. Zehn Jahre. Art. 422 Código Civil – *Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis*, cit., p. 42. Tradução livre. No original: “Es bleibt zu hoffen, dass die brasilianischen Gerichte sich dieser Ein-sicht im Laufe der Zeit bewusst werden und ähnlich wie früher die deutschen dazu übergehen, das Prinzip der boa-fé nur noch dann anzuführen, wenn es das Ergebnis auch wirklich trägt, im Übrigen aber auf seine Verwendung als überflüssiges und potentiell irreführendes Schmuckwerk zu verzichten. Dies wird ihnen auch wertvolle Arbeitszeit bei der Bewältigung ihres unvorstellbaren Fallvolumens sparen”.

enunciados com baixa densidade normativa, sem as mediações necessárias a seu balizamento. O desnudar deste problema recorrente a partir de análise ponderada do acórdão em referência pelo autor alemão, portanto, chama atenção da comunidade jurídica a seu respeito e permite que se avance na exigência de um *plus* em qualidade de fundamentação na prestação da tutela jurisdicional sempre que entrarem (ou puderem entrar) em jogo enunciados com baixa densidade normativa.

Destarte (os exemplos mencionados confirmam), o atuar da civilística “como instância de orientação e reflexão produzida pelo conjunto dos juristas aos quais é reconhecida (...) autoridade na formulação de modelos dogmáticos (...) para explicar, confirmar, sistematizar, propor, e corrigir os modelos prescritivos (...) em vigor”,⁵⁹ à luz da dignidade da pessoa e das liberdades que lhe são indispensáveis, constitui etapa necessária ao espancamento de temores acerca da vulgarização do Direito Civil e da realização de seu sentido de promotor e curador de liberdades, no diapasão constitucional. Este esforço, para que rompa as fronteiras da dogmática e ingresse na seara da efetividade, impescinde, qualquer que seja o objeto de teorização, de uma postura séria e altiva em relação ao controle do exercício dos poderes públicos e, no bojo das dominantes estratégias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, também dos poderes privados. Especificamente no espectro da atuação estatal, renovada pela consolidação do modelo de Estado Constitucional, o principal dos muitos desafios postos diante da comunidade jurídica especializada é o de, a um só tempo, reconhecer criatividade no exercício da jurisdição e submetê-lo à crítica e a exigências fundamentadas e substanciais de controle. Deste modo, para além da defesa de esferas específicas de autonomia – relativa a atos de disposição do próprio corpo, diretivas antecipadas de vontade, eleição de regimes de bens e demais escolhas pessoais e patrimoniais no âmbito do tráfego jurídico, por exemplo –, a literatura tem a atribuição de submeter a judicatura ao crivo de exigências argumentativas bastantes à calibragem (com ampliações e restrições) destas posições e interesses jurídicos.

5 Conclusão

A civilística brasileira logrou êxito em deitar os alicerces indispensáveis ao erigir de um edifício normativo e dogmático a partir das linhas-mestras do Estado

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32.

Constitucional. A obra, conquanto de aparente consistência no plano enunciativo, carece de acabamentos na dimensão da efetividade, sobretudo no que diz com a defesa e a promoção de espaços de liberdades às pessoas, cuja dignidade se reconhece acima de qualquer dúvida. Este avanço, de imensurável relevância, imprescinde da oposição, por parte da comunidade jurídica especializada, de exigências argumentativas qualitativamente superiores aos operadores do Direito em geral e a seus aplicadores em particular. Assim é que se poderá concretizar a acepção substancial de segurança jurídica cara à releitura das relações entre legislação e jurisdição promovida pela travessia marginada pelos modelos de Estado de Direito e de Estado Constitucional, de modo a viabilizar o atingimento de um novo patamar de problemas (e de oportunidades) para o Direito Civil contemporâneo, ciente de sua instrumentalidade à realização do compromisso constitucional com a outorga de concretude à dignidade da pessoa, segundo as concepções de bem que lhe são particulares. O desafio, de efetivação dos enunciados difundidos pela dogmática no rico contexto axiológico do Estado Constitucional, está posto. Não o ignoremos.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 17-35, jan./mar. 2017.

Recebido em 18.05.2016
1º parecer em 03.10.2016
2º parecer em 06.10.2016