

# *Revista Brasileira de Direito Civil*

**IBDCivil**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

**Volume 10**

**Out / Dez 2016**

**Qualis B1**

**Doutrina Nacional** / Anderson Schreiber / Carlos Nelson Konder / Luciana Dadalto /  
Carla Vasconcelos Carvalho / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Simone Tassinari  
Cardoso / Ísis Boll de Araujo Bastos

**Jurisprudência Comentada** / Renata de Lima Rodrigues

**Pareceres** / Ruy Rosado Aguiar

**Atualidade** / Paulo Franco Lustosa

**Resenha** / Gustavo Tepedino

**Vídeos e Áudios** / Stefano Rodotà

# SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

## UMA AGENDA PARA O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

### An agenda for the constitutional-civil law

Anderson Schreiber

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.  
Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise (Itália).  
Mestre em Direito Civil pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Carlos Nelson Konder

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professor de Direito Civil da PUC-Rio  
Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

#### Resumo

O presente artigo examina a metodologia conhecida como “direito civil-constitucional”, desde suas origens na Europa continental até o seu estado atual na experiência jurídica brasileira. Após descrever os argumentos de seus principais críticos, o artigo propõe uma agenda para o futuro da referida metodologia, incluindo a reforma do ensino do Direito Civil no Brasil, a revisão de novas e antigas dicotomias, a extensão do direito civil-constitucional aos campos próprios de atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, entre outros pontos.

#### Palavras-chave

Direito Civil; Constitucionalização; Metodologia.

#### Abstract

The present article examines the methodology known as “constitutional-civil law” (direito civil-constitucional), from its origins in continental Europe to its current status in Brazil. After describing the arguments of its main critics, the article proposes an agenda for the future of such methodology, including the reform of Civil Law teaching in Brazil, the revision of old and new dichotomies, the extension of constitutional-civil law to the application fields of Legislative and Judiciary Powers, among other points.

#### Keywords

Civil Law; Constitutionalization; Methodology.

#### Sumário

Introdução – 1. A metodologia civil-constitucional e seus críticos – 2. A construção de critérios e parâmetros para uma lógica argumentativa – 3. A interdisciplinariedade a serviço de uma perspectiva funcional – 4. A ilusão da consagração acadêmica e a urgente necessidade de reformulação do ensino do direito civil – 5. A ilha do direito empresarial e a necessidade de efetiva unificação do direito privado em torno dos valores constitucionais – 6. Superação dos “guetos” doutrinários centrados sobre a proteção dos vulneráveis: a constitucionalização como fenômeno geral e sistemático – 7. Conscientização do poder

legislativo e o suposto primado da política – 8. Papel do Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: o direito civil-constitucional como norte – 9. Conclusão.

## **Introdução**

A metodologia da constitucionalização do direito civil, referida mais comumente por “Direito Civil-Constitucional”, conta hoje, no Brasil, com enorme difusão e popularidade, sendo prestigiada não apenas pelas obras doutrinárias e trabalhos acadêmicos, mas também citada com frequência em decisões e acórdãos. No entanto, essa grande difusão nem sempre vem acompanhada do devido cuidado com as premissas que guiam esse método, o que enseja diversas críticas quanto à falta de rigor científico da metodologia, especialmente no tocante ao modo de aplicação concreta dos princípios constitucionais. Acredita-se que essas críticas não seriam formuladas se a metodologia fosse suficientemente conhecida e corretamente aplicada.

Assim, esse cenário impõe, de um lado, celebrar a grande acolhida que o método recebeu entre nós, reconhecido como instrumento para, sob a guarida da “Constituição cidadã” e o influxo da redemocratização, buscar no processo de interpretação e aplicação um Direito Civil que também seja “livre, justo e solidário”. Por outro lado, impõe também demonstrar que as críticas referem-se mais ao uso descuidado do método que à metodologia em si, destacando e aprofundando os pressupostos que devem ser levados em conta para garantir rigor científico às decisões.

Nessa linha, o presente artigo parte de uma apresentação geral da metodologia do direito civil-constitucional, e das premissas científicas desse método, com ênfase no franco diálogo com as críticas que lhe são opostas, para então traçar algumas perspectivas futuras para o direito civil-constitucional, com vistas à superação de eventuais dificuldades e objeções. Não se trata de apresentar prognósticos supostamente objetivos ou preditivos, mas sim um conjunto possível de esperanças, desejos e projetos, sob a perspectiva gramsciana de que “quem prevê, na realidade, tem um ‘programa’ que quer ver triunfar, e a previsão é exatamente um elemento de tal triunfo”.<sup>1</sup>

### **1. A metodologia civil-constitucional e seus críticos**

---

<sup>1</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, vol. 3, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 342.

O direito civil-constitucional é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não apenas para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também para reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares, de maneira a obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.<sup>2</sup>

Essa metodologia tem origem no contexto da Europa pós-guerra, quando diversas nações – especialmente aquelas submetidas a regimes autoritários derrotados no conflito – decidiram editar Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana. Esse movimento, contudo, se chocava frontalmente com as codificações civis, ainda inspiradas na ideologia individualista e patrimonialista que havia sido consagrada com a Revolução Francesa e as demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX.<sup>3</sup> Diante disso, a metodologia civil-constitucional defende uma efetiva reconstrução do direito privado à luz desses valores constitucionais, abandonando-se o misoneísmo habitual da doutrina civilista.<sup>4</sup>

A premissa fundamental dessa metodologia é a superioridade normativa da Constituição. Opõe-se, nesse sentido, à orientação mais tradicional da doutrina civilista brasileira, que ainda enxerga a Constituição como “carta política”, ou como norma de conteúdo meramente “programático”, que, como adverte Gustavo Tepedino, configura “verdadeira subversão hermenêutica”, que acaba por “relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e da regra consuetudinária”.<sup>5</sup>

A supremacia constitucional decorre do próprio estabelecimento do sistema democrático: a Constituição é instituída pela soberana Assembleia Nacional Constituinte, com vigorosa participação popular, enquanto a legislação infraconstitucional é produto de representantes ordinários do povo. Nesse sentido, destaca Pietro Perlingieri: “A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é

---

<sup>2</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12.

<sup>3</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 21.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional”.<sup>6</sup>

Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais.<sup>7</sup> Com tal abordagem, a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado.<sup>8</sup> Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade.<sup>9</sup>

Opõe-se, ainda, à chamada teoria dos microssistemas, que defende a existência de lógicas e valores autônomos nos diversos estatutos e leis especiais.<sup>10</sup> O reconhecimento da complexidade e das peculiaridades de certos setores não afasta, mas intensifica a necessidade de realizar, “por meio do controle de legitimidade, o uso e a aplicação dos princípios constitucionais também nas relações intersubjetivas”, como “garantia de sujeição aos valores fundantes do ordenamento jurídico”.<sup>11</sup>

Tendo em vista que os textos constitucionais em questão consagram um viés prioritariamente personalista, a superioridade normativa da Constituição e a unidade do sistema com base nesses valores conduziram ao que se costuma referir por primazia do “ser” sobre o “ter”, ou “despatrimonialização do direito civil”. Não se pode entender, contudo, se tratar de segregação entre os interesses ou mera primazia: trata-se de uma diferenciação de instrumentos normativos para a realização da dignidade da pessoa humana, como explica Pietro Perlingieri: “Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos

---

<sup>6</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., pp. 9-10.

<sup>7</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., p. 14.

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. *A trajetória da dicotomia público/privado* in *Revista trimestral de direito civil*, vol. 22, Rio de Janeiro, abr./jun, 2005, pp. 244-245.

<sup>9</sup> NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios* in Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 337-375.

<sup>10</sup> IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, Milão: Giuffrè, 1999, p. 126.

<sup>11</sup> PERLINGIERI, Pietro. *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale* in *Revista trimestral de direito civil*, vol. 31, 2007, pp. 75-86.

‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”.<sup>12</sup> Não há, assim, segregação entre os dois tipos de situação, mas funcionalização do *ter* ao *ser*.<sup>13</sup>

Essas premissas conduzem naturalmente a um novo modo de interpretar o direito civil, exigindo que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados: “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”.<sup>14</sup> Superado o dogma da subsunção e a concepção da interpretação como operação puramente formal, impõe-se uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto. Como leciona, ainda uma vez, Pietro Perlingieri:

O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade.<sup>15</sup>

A interpretação com fins aplicativos conduz à prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. Superada a matriz positivista de priorizar a análise estrutural dos institutos – a composição de seus elementos –, como forma de salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e direito ideal,<sup>16</sup> defendeu-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando do “como ele é” para o “para que ele serve”.<sup>17</sup> Sob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam

---

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34.

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., p. 19.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil – Parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

<sup>15</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 201.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 94.

a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais.<sup>18</sup>

Dessa forma, o direito civil-constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões: reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais.<sup>19</sup> Por meio dos princípios, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação.<sup>20</sup>

Isto importa também, no processo interpretativo, reconhecer a relatividade e historicidade dos institutos jurídicos. Os conceitos científicos e doutrinários do direito – como os de qualquer ciência, especialmente as sociais – são produtos de um determinado contexto histórico-cultural e a ele se referem.<sup>21</sup> Assim, uma interpretação que se pretenda funcional, deve levar em conta a distinção de significado e efeitos do instituto entre o contexto de sua origem e aquele em que se pretende sua aplicação. É necessário, como alerta Hespanha, reconhecer a espessura, autonomia e especificidade do passado, respeitando sua alteridade, que possui lógica e características peculiares.<sup>22</sup>

Esse cenário geral permite inferir algumas perspectivas que se desvelam para a metodologia civil-constitucional, como caminhos a serem trilhados para o seu desenvolvimento científico e sua aplicação prática mais rigorosa. Assume-se aqui o risco de apontar sete tendências que podem ser observadas para esse fim.

## 2. A construção de critérios e parâmetros para uma lógica argumentativa

O primeiro ponto é o paulatino desenvolvimento, pela doutrina, de critérios, parâmetros e *standards* para a aplicação de princípios e cláusulas gerais pela jurisprudência, de maneira a, respeitando a lógica informal e flexível própria da argumentação jurídica, reduzir o subjetivismo e a arbitrariedade na atividade interpretativa, sem, contudo, engessar a capacidade de adaptação, pelo magistrado, da norma às

---

<sup>18</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 671.

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., p. 16.

<sup>20</sup> KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, vol. 60, 2015, p. 193-213.

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-77.

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, 2ª ed, p. 43.

circunstâncias relevantes do caso concreto. Esse tipo de contribuição acadêmica é preferível à tradicional indicação de "elementos essenciais" e "requisitos de validade", cuja utilização, pautada por uma lógica formal do "tudo ou nada", adequa-se apenas à aplicação de regras, sem consideração de sua inserção no sistema, e guiada por uma lógica formal e subsuntiva, que deve ser superada.

Partindo da premissa da textura aberta da linguagem, segundo a qual os conceitos não são delimitados *a priori* e que os termos são utilizados não com base em características únicas em comum, mas meras “semelhanças de família”<sup>23</sup>, coloca-se a questão da segurança jurídica e do controle da atividade do intérprete. Nesse cenário, a cada vez mais recorrente utilização, pelo próprio legislador, de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios, leva à crítica de que o intérprete seria agraciado por uma enormidade de poder, que conduziria a arbitrariedades.

Assentado que a conduta metodológica do positivismo clássico não afasta esse risco, apenas o mascara, deve-se reconhecer que nossa atividade jurisdicional ainda não se encontra habituada à utilização dessa metodologia, e descurando da necessária fundamentação argumentativa que permite o controle interno das decisões, acaba por efetivar a visão pessoal do intérprete em lugar do preenchimento dos termos abertos com conteúdo jurídico, como exemplifica decisão histórica do STF:

Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.<sup>24</sup>

Reconhecida a inaplicabilidade do regime da lógica formal, silogística e subsuntiva, à hermenêutica jurídica, recorre-se ao regime da lógica informal e argumentativa. Trata-se de um modo de pensar, orientado por valores, pautado por uma racionalidade que também pode ser objeto de análise científica, eis que se vincula a uma pretensão de correção,<sup>25</sup> guia-se por postulados de razoabilidade,<sup>26</sup> e assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados,

---

<sup>23</sup> STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12-27.

<sup>24</sup> STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 111787, Relator: Ministro Aldir Passarinho, Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio, julgado em 16 de abril de 1991, publicação RTJ 136-03/1292.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2005, p. 212.

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado.<sup>27</sup> A hermenêutica revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação, impondo ao intérprete constrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência.<sup>28</sup>

Dessa forma, revela-se conveniente que a doutrina, em sua análise prospectiva, das potencialidades interpretativas da lei, e retrospectiva crítica dos significados atribuídos pelo Judiciário, sinalize critérios, parâmetros e *standards* para o recurso às cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios de forma coerente com o restante do ordenamento jurídico, em especial com a superioridade normativa do texto constitucional. A aplicação direta de normas de elevado grau de abstração exige um exercício de identificação de parâmetros a serem empregados na especificação concreta do seu conteúdo, de maneira que a uniformidade e a segurança serão tanto maiores quanto mais se tiver avançado no consenso em torno destes parâmetros.<sup>29</sup>

### **3. A interdisciplinariedade a serviço de uma perspectiva funcional**

A adoção da perspectiva funcional dos institutos jurídicos conduz a um segundo ponto, que seria a aproximação da doutrina do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a antropologia, a história e a economia. Somente trabalhando a interdisciplinariedade, sob a premissa de que os institutos jurídicos são todos criados com o objetivo de atuar sobre certa realidade concreta, será possível a adequada compreensão do sentido e alcance dos institutos.

A afirmação epistemológica da autonomia e independência da ciência jurídica, embora fundamental, acarretou historicamente em voltar os olhos dos juristas apenas para a teoria abstrata, desligada da realidade a que se destina e desconsiderando que o próprio direito é, também, uma experiência social, que se realiza na prática. Como sintetiza Perlingieri, em perspectiva crítica, “frequentemente o civilista leva em consideração o sistema e não o problema”.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Para mais informações sobre o tema consultar: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, São Paulo: Landy, 2004 e HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.

<sup>28</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 604-605.

<sup>29</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., p. 23.

<sup>30</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 138.

Sem prejuízo da individualidade da ciência do direito, a compreensão do fato social, do qual o direito se origina e ao qual se destina, será mais eficaz e completa se houver o recurso também a outras ciências, que, com métodos e perspectivas diversas, oferecem uma abordagem distinta para o mesmo fenômeno. Aspectos daquele problema social que permanecem invisíveis ao olhar da teoria do direito se desvelam quando há o recurso adequado a uma aproximação diferente.

Nesse sentido, Constantinesco, na seara do direito comparado, alerta que o adequado entendimento de um instituto jurídico não se limita a conhecer o instituto em sua singularidade, conforme as fontes, os instrumentos e a perspectiva de seu ordenamento de origem: é necessário também compreender como o instituto é construído, apresentado e justificado no seu ordenamento de origem, reintegrando-o nas relações que mantêm com os outros elementos, jurídicos e extrajurídicos daquele sistema. Somente a partir desse conhecimento e dessa compreensão mais ampla, envolvendo também os elementos extrajurídicos, é possível operar a comparação, identificando as semelhanças e diferenças, reais ou puramente conceituais, na dogmática ou na sua aplicação prática.<sup>31</sup>

O rigor neste processo, com o recurso a outras ciências, permite um conhecimento mais científico e genuíno daquele instituto, de maneira a evitar uma impressão superficial e, muitas vezes, equivocada. O instituto jurídico na dogmática (*Law in books*) pode diferir de sua efetiva aplicação prática (*Law in action*) e é fundamental que o civilista tenha uma compreensão ampla do segundo. Perlingieri dá o exemplo da permanência do mesmo Código Civil nos dois lados do muro de Berlim:

Em dois regimes politicamente heterogêneos foi mantido um código inspirado em um regime diverso de ambos. O que leva a compreender que as técnicas adotadas nos códigos podem ser funcionalizadas, sob alguns aspectos, a objetivos diversos. As escolhas ideológicas de fundo eram diversas, e diversas eram as funções que os dois distintos ordenamentos atribuíam àquelas técnicas.<sup>32</sup>

Não se trata somente de um movimento – reconheça-se, salutar – de valorizar o estudo da jurisprudência e dos precedentes, muito ligado ao intercâmbio entre as famílias romano-germânica e anglossaxã. Embora o exame das decisões judiciais seja mais apto a revelar o real significado dos institutos jurídicos no contexto objeto de estudo, revelando sua atuação na prática, isso não é suficiente. Deve-se levar em conta a

---

<sup>31</sup> CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Il metodo comparativo*, Torino: Giappichelli, 2000, 2ª ed., pp. 198- ss.

<sup>32</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 241.

complexidade, o dinamismo e a heterogeneidade presente em cada Judiciário e, especialmente, deve-se lembrar que parte significativa das relações sociais permanecem alijadas do acesso ao “direito oficial” ou “estatal”, e por isso as disputas são resolvidas por outros meios.

Em especial, ao jurista brasileiro, incumbe levar em conta as peculiaridades da realidade nacional, sob o risco de persistir na importação descuidada de institutos estrangeiros e na defesa de “ideias fora de lugar”, desconsiderando as peculiaridades da trajetória histórico-social do Brasil na aplicação de categorias norte-americanas e europeias. Nesse sentido, já foi observado que o maior pecado das atuais faculdades de direito é a sua desatenção aos reais problemas da sociedade brasileira.<sup>33</sup> De fato, é imperioso que as próprias atividades de ensino e pesquisa incutam a consideração das reflexões de outras ciências na atividade diuturna do civilista.

Essa perspectiva mais ampla permite não apenas compreender o alcance do instituto, mas também levar em conta o impacto das decisões que o aplicam. Isto não significa, advirta-se, submeter-se a uma perspectiva puramente econômica (tão unilateral e abstrata quanto o positivismo clássico), de tornar o direito refém de escolhas supostamente racionais e guiadas exclusivamente por um critério de eficiência.<sup>34</sup> Mas importa reconhecer que as decisões também se integram na experiência social mais ampla, com repercussões culturais, educacionais e, também, econômicas, que devem ser levadas em consideração.

Neste sentido, parte-se do pressuposto de que o direito é um sistema, que demanda coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica.<sup>35</sup> Por conta disso, o sistema exige a sua constante renovação através da introdução de elementos extraídos da realidade social:

Com efeito, sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de ‘auto-referência absoluta’.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., p. 451.

<sup>34</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 106.

<sup>35</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104.

<sup>36</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 162-163.

No entanto, este processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, o que levaria à implosão do próprio pressuposto de sistematicidade. Necessariamente o processo de abertura deve ser viabilizado pelos próprios elementos do sistema: além do direito positivo, mas através do direito positivo. Se, de modo geral, o reconhecimento da textura aberta da linguagem já favorece esta abertura mediada no processo de interpretação, isto se revela ainda claro quando se trata da utilização da estrutura normativa de princípios, postulados argumentativos que propiciam a abertura do sistema através da interseção com fundamentos éticos, sociais e culturais.

#### **4. A ilusão da consagração acadêmica e a urgente necessidade de reformulação do ensino do direito civil**

A metodologia civil-constitucional encontra, como já se destacou, grande acolhida no âmbito acadêmico, em especial em programas de Mestrado e Doutorado em atividade Brasil afora. Essa circunstância suscita dois riscos: o primeiro, uma certa alienação do estudioso da metodologia civil-constitucional, que convicto das premissas metodológicas de sua própria compreensão do fenômeno jurídico, deixa de compreender que a realidade que o cerca é caracterizada por uma pluralidade de visões que conduzem, não raro, a resultados concretos diametralmente opostos. A percepção de que “ainda há muito por fazer” afigura-se aqui essencial, de modo a afastar o perigo – que será examinado mais adiante – de que a edição de novas leis, posteriores à Constituição, torne menos frequente (para alguns críticos, até desnecessário) o constante retorno ao texto constitucional, propagando-se uma visão equivocada segundo a qual a constitucionalização do Direito Civil reduz-se a uma questão temporal, exigível apenas atualizar textos “pré-constitucionais”.

O segundo risco consiste na autêntica ilusão de que a consagração de uma metodologia em sede de Mestrado e Doutorado repercute naturalmente sobre a graduação, por meio da atuação de docentes formados sob essa perspectiva, de tal modo que o curso de graduação em Direito pode prosseguir em seu formato tradicional, com o emprego das velhas técnicas de ensino. Uma efetiva consolidação da metodologia civil-constitucional no âmbito acadêmico depende, contudo, de uma reformulação mais ampla, que não se limite à apresentação pontual da incidência dos valores constitucionais em certos institutos mais candentes – como tende a ocorrer no âmbito de programas de pós-graduação, voltados, em última análise, à apresentação e defesa de teses e dissertações que, por necessidade

ontológica, se limitam a um recorte temático específico dentro da ampla seara do Direito Civil –, mas que promova, ao contrário, uma abrangente releitura da disciplina civilista e, ainda, uma reordenação sistemática dos próprios temas de que a mesma se ocupa, com uma atualização das grades curriculares e ementas dos cursos de graduação, ainda extremamente centradas sobre a estrutura do Código Civil (em alguns casos, do Código Civil de 1916).

Cumprir promover, assim, uma ampla reformulação de programa à luz dos interesses privilegiados pela Constituição da República, mas também superar a velha estrutura discursiva do curso de Direito, em que os alunos aparecem como meros receptores de informação – quase sempre, uma informação vestida de revelação sagrada, inquestionável à luz da longa tradição herdada dos romanos e dos numerosos argumentos de autoridade, típicos de uma ciência jurídica transposta da Europa para um Brasil ainda colonial.<sup>37</sup> Aos estudantes é preciso atribuir papel de maior autonomia e participação na busca das soluções jurídicas para os conflitos concretos e, em perspectiva ainda mais ampla, para os problemas socioeconômicos que afligem a realidade brasileira, em sintonia com o papel ativo que a metodologia civil-constitucional atribui ao intérprete, em tudo divergente da mecânica condição de “*bouche de la loi*” que se lhe reservava outrora.<sup>38</sup>

A universidade pública, como gênero, assume especial papel nesse projeto, representando o primeiro *front* das aspirações democráticas e aquele mais genuinamente comprometido com uma formação científica que se mostra, a um só tempo, conhecedora e transformadora da realidade social. Se a metodologia civil-constitucional exige, por um lado, do civilista postura mais ativa na construção de uma sociedade mais “livre, justa e solidária”, como quis o Constituinte brasileiro, exige também daquele que leciona o Direito Civil em salas de aula a propagação dessa responsabilidade na transformação do presente e na implementação do projeto constitucional.

## **5. A ilha do direito empresarial e a necessidade de efetiva unificação do direito privado em torno dos valores constitucionais**

Outro desafio que se impõe num futuro próximo é o avanço e a consolidação da metodologia da constitucionalização das relações privadas sobre o campo empresarial. A doutrina empresarialista brasileira parece, ainda, apegada à velha tradição

---

<sup>37</sup> FREIRE, Gilberto. *Americanidade e Latinidade da América Latina? Crescente Interpenetração e Decrescente Segregação*, Brasília: UnB, 2003, p. 17-34.

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*, cit., pp. 448-453.

dos atos de comércio, que refletia uma visão estática e puramente estrutural das relações comerciais, indiferente à função que a empresa, como atividade produtiva, desempenha na vida social, função que é, a um só tempo, resultado e justificativa da tutela das relações empresariais.

Ao fechar os olhos para a profunda transformação promovida pelo reconhecimento do caráter normativo das normas constitucionais, a doutrina comercialista – permita-se o termo anterior, já que a mudança terminológica ainda não parece acompanhada de uma modificação substancial – nacional procura preservar o espaço de liberal-individualismo tão característico de uma visão vetusta dos negócios, em que cada contratante deve atuar pensando exclusivamente nos seus próprios ganhos, ainda que isso represente frustrar a própria finalidade do contrato celebrado. Ainda há forte resistência à influência transformadora da boa-fé objetiva nas relações empresariais – resistência que se afigura intensamente contraditória, tendo em vista que o próprio conceito representa fruto da construção jurisprudencial germânica em casos envolvendo acordos celebrados entre comerciantes, atentos à confiança na palavra dada por homens de negócios.

Deve-se rejeitar, nessa direção, uma nova *summa divisio* que vem sendo cada vez mais propagada no âmbito interno do direito privado e que se consubstancia na rígida dicotomia entre contratos civis e contratos empresariais. Tal dicotomia não encontra amparo no tecido normativo brasileiro, que trata dos contratos de modo unificado, e ameaça a abrangência da constitucionalização, ao isolar as relações interempresariais em círculos imunes à incidência dos valores constitucionais e à atuação das cláusulas gerais, como se, na ilha do direito de empresa, continuasse a prevalecer um liberalismo de mercado, imune a intervenções jurídicas e a todas aquelas novéis construções inspiradas na tábua axiológica da norma fundamental da ordem jurídica brasileira.

Circula atualmente no Congresso Nacional um Projeto de Código Comercial cujo texto começa por afirmar sua absoluta imunidade à influência de princípios expressos ou implícitos da ordem jurídica brasileira, criando uma espécie de “mundo à parte” no sistema jurídico nacional:

Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei.

Toda essa resistência ao influxo das noções jurídicas que modificaram a visão do contrato na realidade contemporânea e já foram incorporadas explicitamente pelo

direito positivo deve ser superada em prol de uma efetiva unificação do direito privado em torno da Constituição.

## **6. Superação dos “guetos” doutrinários centrados sobre a proteção dos vulneráveis: a constitucionalização como fenômeno geral e sistemático**

Ainda na mesma direção, impõe-se desvincular, definitivamente, a metodologia da constitucionalização de ranços e preconceitos que limitam a sua aplicação a situações de desigualdade, vulnerabilidade, dependência ou fragilidade, como que a constituir uma espécie de “direito civil dos pobres e oprimidos” ou “direito civil robinhoodiano”, distinto e destacado da dogmática do direito civil em geral. Essa abordagem, que encontra sua origem no movimento consumerista dos anos 90 – a qual, como é natural, buscou aplicar a metodologia da constitucionalização ao que lhe interessava mais de perto, qual seja, a tutela do consumidor como personagem vulnerável no mercado de produtos e serviços –, acaba, quando alçada a patamares mais gerais, revelando-se excludente, na medida em que, no exterior das categorias reconhecidas como dignas de especial proteção, o direito civil continuaria a ser a “terra sem lei” da vontade dos economicamente mais fortes.

Em outras palavras: a aplicação das normas constitucionais não pode se exaurir na tutela dos vulneráveis nas relações privadas, especialmente quando já protegidos por lei especial – hipótese na qual a aplicação das normas constitucionais acaba por se revelar, a rigor, indireta –, mas deve permear todas as relações, inclusive aquelas caracterizadas pelo equilíbrio entre os contratantes. É preciso reconhecer a unicidade e sistematicidade do processo de constitucionalização do direito civil, que, sem embargo de proteger com mais intensidade as pessoas que se encontram em situação de particular necessidade, não o faz por eleger destinatários específicos, mas porque os instrumentos jurídicos que sustentam essas situações de necessidade afiguram-se, forçosamente, mais distantes dos valores constitucionais, expressamente amparados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Na mesma direção, a proliferação de estatutos protetivos no Brasil (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc.) não deve ser encarada como a oportunidade para a construção de novos “guetos” doutrinários, ancorados em “lógicas próprias”, permeadas por princípios e conceitos setoriais. A unidade do ordenamento centrado sobre a Constituição da República impõe que

as normas especiais se insiram no sistema jurídico unitário, atendendo aos conceitos gerais que o embasam, evitando-se o desenvolvimento de uma terminologia setorial e, conseqüentemente, de uma hermenêutica setorial, distinta daquela aplicada à ordem jurídica em sua totalidade. Aos chamados Estatutos não compete, portanto, reescrever as noções fundantes do sistema jurídico ou desenhar seus princípios próprios e autônomos, mas realizar o projeto constitucional em dado campo específico, sempre atendendo à necessidade de preservação do caráter sistêmico da ordem jurídica. Defender o contrário significaria atribuir aos Estatutos a condição de microssistemas, fechados sobre si mesmos, imunes à influência do todo. Pior: seria dar margem, em um sistema político plural, caracterizado pela influência de ideologias e visões contraditórias, ao surgimento de Estatutos guiados por lógicas antagônicas, com antinomias que não se poderiam resolver senão à luz das normas constitucionais, bastando pensar, a título ilustrativo, no exemplo da arbitragem nas relações de consumo – questão contemplada, a um só tempo, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Arbitragem, em perspectivas absolutamente distintas.<sup>39</sup>

Outro exemplo mais recente que merece menção é o do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), diploma que, apesar das boas intenções que lhe serviram de inspiração, incorreu em equívocos significativos ao introduzir alterações drásticas no regime das incapacidades e na disciplina da curatela sem a devida preocupação sistêmica. Com isso, acabou por atrair críticas e, pior, por perder a oportunidade de promover uma genuína reforma da incapacidade, que se mostrasse atenta ao perfil funcional e dinâmico do instituto. Resultou, assim, em novo sistema tão estático e puramente estrutural quanto o anterior, que pode vir, inclusive, a reduzir a proteção reservada pela ordem jurídica às pessoas com especiais necessidades na vida social.<sup>40</sup>

## **7. Conscientização do Poder Legislativo e o suposto primado da política**

Justamente para evitar ou mitigar o risco de normas fragmentárias, calcadas em lógicas setoriais, cumpre conscientizar o Poder Legislativo, em suas três esferas federativas, acerca da importância de um compromisso metodológico, que permita uma efetiva concretização dos valores constitucionais nas relações sociais. Impõe-se, nesse

---

<sup>39</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 635.

<sup>40</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia e SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: Uma Análise da Incapacidade Civil. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 9, n. 3, Rio de Janeiro: E-publicações.uerj.br.

sentido, a expansão da metodologia civil-constitucional do campo interpretativo em sentido estrito (doutrina e jurisprudência) para o campo legislativo, com uma maior conscientização da classe política acerca da importância de que os objetivos sociais e econômicos sejam perseguidos por meio de normas que tutelem e promovam os valores constitucionais.

Se, por um lado, parece superado o tempo das reformulações gerais expressas em codificações mais ou menos abrangentes – embora, vez por outra, ressuscitem no já mencionado e desconcertante exemplo do projeto de Código Comercial –, parece, por outro lado, que “o legislador”, personagem que se revela plural e multifacetado na realidade política contemporânea, começa a perceber as vicissitudes de um tecido normativo composto de “normas de ocasião”, inspiradas em ideologias particulares e, não raro, contraditórias entre si.<sup>41</sup>

A necessidade de que o Poder Legislativo se conscientize e adira ao processo de constitucionalização do direito privado parece fundamental para que construções arduamente erigidas pela doutrina e pela jurisprudência não desabem com “uma penada” do legislador, sedimentando-se uma base normativa infraconstitucional que possa perdurar, engrandecer e inspirar as novas intervenções legislativas no campo das relações privadas. Ao Congresso, às Assembleias Legislativas Estaduais, às Câmaras Municipais de Vereadores e a todos os órgãos incumbidos da criação normativa deve restar claro que o primado em nosso sistema jurídico não é da política, mas da Constituição. Ao legítimo exercício da política se reserva o precioso (e, diga-se, insubstituível) papel de viabilizar democraticamente a realização do projeto constitucional – e, no exercício do Poder Constituinte Derivado, modificá-lo –, mas não a tarefa de legislar ordinariamente em direção contrária à sua substância e sentido. De outro lado, o manejo de ações declaratórias de inconstitucionalidade deve ser mais responsável, servindo ao seu efetivo propósito jurídico, e não a tentativas de retardar a eficácia ou lançar sombra de suspeita sobre frutos legítimos do exercício regular da função legislativo, como infelizmente vem se tornando cada vez mais frequente no Brasil.

## **8. Papel do Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: o direito civil-constitucional como norte**

---

<sup>41</sup> TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista brasileira de direito civil*, vol. 5, 2015, p. 6.

Por fim, no que toca ao papel da Corte Constitucional, é preciso que o nosso Supremo Tribunal Federal seja imbuído do espírito da constitucionalização do direito civil, libertando-se das amarras do pensamento romanista, que durante muitos anos influenciou as decisões daquele colegiado, procurando remeter as categorias de direito civil a uma experiência jurídica pretérita, que pouco ou nada tem com os problemas do Brasil contemporâneo. A supervalorização do romanismo na técnica das decisões judiciais não encontra respaldo em uma abordagem metodológica caracterizada pela historicidade dos conceitos jurídicos. Do romanismo exacerbado advém o apego férreo à categorização abstrata desconectada da realidade social, cujos malefícios se estendem a todas as espécies de decisões judiciais, em campos os mais diversos que vão do direito civil ao direito penal.

Assim, temas profundos e complexos como o exercício da liberdade de expressão e sua ponderação perante outros interesses juridicamente protegidos pela Constituição da República não podem ser discutidos à luz de silogismos estruturais, como se viu no célebre voto que concluía inexistir racismo na publicação de obras antisemitas pelo fato do judaísmo não ser “raça”.<sup>42</sup> A simplicidade da conclusão, calcada em raciocínio categorial, destoa da complexidade do problema, revestindo em uma sacralidade lógica a insuficiência do conteúdo substancial alcançado por meio daquela abordagem. Registre-se que igual sacralidade pode ser obtida pelo extremo oposto ao dogmatismo categorial: o abandono de qualquer compromisso dogmático em prol de noções vagas extraídas da sabedoria popular, proclamadas por vezes de modo poético, mas sem amparo no sistema jurídico, para ocultar, a rigor, visões puramente pessoais acerca de temas de interesse nacional.

Aqui, compete ao Supremo, como guardião da Constituição, resistir à tentação de ser guiado pela chamada “opinião pública”, noção que, além de difusa, imprecisa e oscilante, reflete, necessariamente, o interesse das entidades empresariais que se arvoram na condição de veículos da referida “opinião” e que não podem deixar de ter, como empresas que são, seus próprios interesses econômicos, atrelados àqueles de seus controladores e patrocinadores. A preservação do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, se exige, de um lado, diálogo com a sociedade, exige, de outro, a aplicação da norma jurídica, interpretada à luz da Constituição e não de impressões divulgadas nas redes televisivas, frequentemente sem o conhecimento integral dos fatos e circunstâncias que permeiam cada processo judicial.

---

<sup>42</sup> Decidiu nesse sentido o STF no Habeas Corpus nº 82.424 de 2003.

Adquire nova dimensão nessa perspectiva o chamado “ativismo judicial”, a ser encarado não como atuação exorbitante do magistrado, em desrespeito à separação de Poderes consagrada no texto constitucional, mas sim como atuação comprometida com a realização concreta dos valores constitucionais. Deixa assim o julgador o papel passivo de quem, na assepsia do seu gabinete, limita-se a dizer se foi a norma respeitada ou não, para passar a participar ativamente da solução da demanda, por meio da concretização dos resultados perseguidos pelo Constituinte. Abandona assim a posição de simplesmente “dizer o Direito” (jurisdição) para aplicá-lo de modo efetivo, acompanhando muitas vezes a implementação dos resultados comandados pela norma, como um verdadeiro “administrador” do conflito.

Essa profunda mudança de papel não pode ser guiada por meras convicções pessoais ou opiniões particulares, sob pena de resultar em intolerável casuismo. Tampouco pode ser direcionada à realização da chamada opinião pública ou de interesses ocasionais de setores sociais e econômicos específicos. Deve, muito ao contrário, ter como norte os parâmetros constitucionais, trazidos para as relações concretas, por meio de uma interpretação aplicativa, calcada em sólidas premissas metodológicas e controlada em seu caráter argumentativo, quer pelo próprio tribunal do qual emana, quer pela doutrina que exerce importante e indispensável tarefa na revisão crítica das decisões judiciais.

## **9. Conclusão**

Antever o futuro do direito civil-constitucional talvez não seja impossível, mas apenas arriscado. Prognósticos não costumam combinar com a análise jurídica, pautada pelos dados do presente. A historicidade dos institutos jurídicos – bem recuperada pelos cultores da metodologia civil-constitucional – não deixa de se aplicar, em larga medida, à própria corrente metodológica, sujeita às transformações do contexto sociocultural no qual se insere. Ingressar em exercícios de futurologia representaria, portanto, a antítese do que o direito civil-constitucional vem, em parte, defender. Ainda assim, é possível esboçar uma agenda para o futuro, que, longe de consubstanciar uma soma de palpites sobre o amanhã, exprima – dentre outros possíveis – um conjunto de esperanças, desejos e projetos que, a partir das conquistas já alcançadas, recaem sobre a metodologia civil-constitucional.

Nesse sentido, os pontos desenvolvidos no presente artigo, mais que compor qualquer previsão futura sobre a constitucionalização do direito civil em nosso país, podem servir de agenda para o debate metodológico que se mostra tão necessário quanto

relevante. O que se está a propor, como já lembrava a célebre frase de Hannah Arendt, “é muito simples: trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo”.

Recebido em 22/09/2016

1º parecer em 10/10/2016

2º parecer em 19/10/2016