

“Um livro sumamente útil para entender os limites e as possibilidades das concepções normativistas para a reforma do Estado e do Judiciário.”

Luis Alberto Warat - Professor Titular da Universidade de Brasília; Presidente da ALMMED – Associação Latino-americana de Mediação, Metodologia e Ensino do Direito.

“Das transformações do Estado contemporâneo à reforma do Poder Judiciário; do direito à privacidade ao binômio meio ambiente e institucionalismo; da crítica ao sistema penitenciário às relações entre direito e filosofia; debates sobre terrorismo, constitucionalização do direito civil e direito urbanístico. Em *Constituição, Estado e Direito – reflexões contemporâneas*, todos estes temas e recortes significam pesquisa consistente, atualidade em debate e adequada interdisciplinaridade.”

Gisele Guimarães Cittadino - Diretora do Centro de Ciências Sociais e Professora da Graduação e Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC/RJ.

“A obra abrange um horizonte temático que, apesar da variedade dos temas abordados, se torna indispensável para todos aqueles que pretendam, a partir da academia ou da operacionalidade do direito, compreender a estrutura e as funções do Estado Constitucional.”

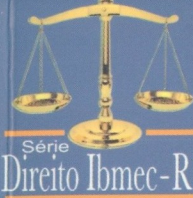
Sérgio Urquhart de Cademartori - Professor do doutorado da Universidade de Granada e Professor Associado da Universidade Federal de Santa Catarina.

“Em consonância com o debate contemporâneo sobre o tema da reforma do Estado, a coletânea de artigos ganha harmonia a partir do olhar competente dos organizadores. A obra proporciona a leitura útil ao aluno dos cursos de direito, pois aborda de modo didático matérias que estão sendo discutidas na atualidade. Textos com linguagem acessível e abordagem interdisciplinar contribuem decisivamente para a formação jurídica sensível aos conflitos sociais.”

Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Professora Visitante e Pesquisadora da UFRJ; Pesquisadora da PUC/RJ; Diretora do Centro de Pesquisa e Documentação da OAB/RJ; Membro titular do Comitê de Assessoramento de Antropologia, Arqueologia, Ciência Política, Direito, Relações Internacionais e Sociologia (CA-CS) do CNPq.

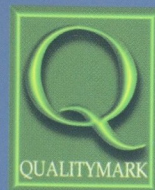
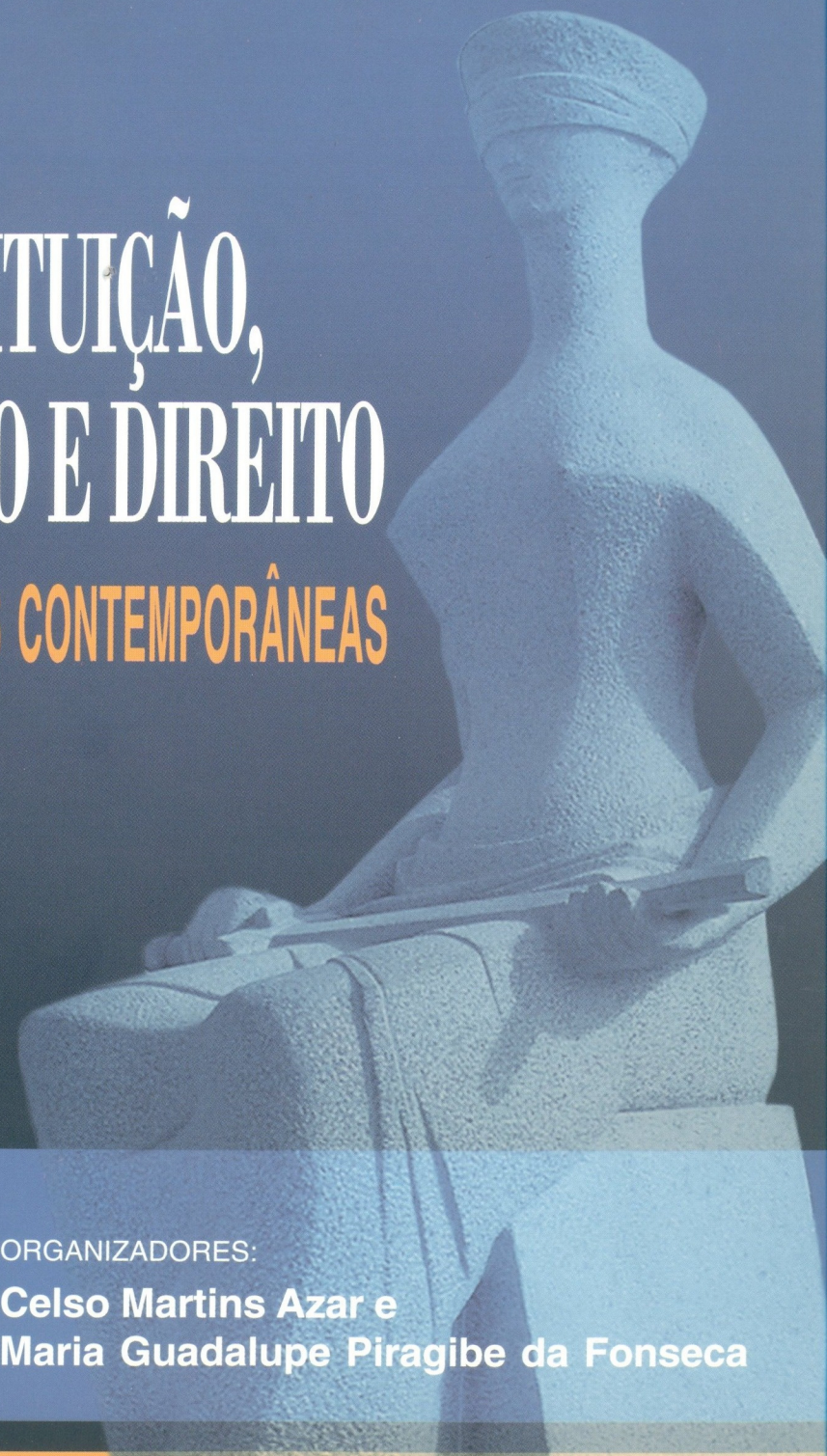
Direito

ISBN 978-85-7303-831-6



CONSTITUIÇÃO, ESTADO E DIREITO

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS



ORGANIZADORES:

**Celso Martins Azar e
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca**

Todos os direitos desta edição reservados à Qualitymark Editora Ltda.
É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, ou parte do mesmo,
sob qualquer meio, sem autorização expressa da Editora.

Direção Editorial
SAIDUL RAHMAN MAHOMED
editor@qualitymark.com.br

Produção Editorial
EQUIPE QUALITYMARK

Capa
RENATO
Artes & Artistas

Editoração Eletrônica
ARAUJO EDITORAÇÃO

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

C775

Constituição, Estado e Direito : reflexões contemporâneas / [organizadores]
Celso Martins Azar Filho, Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca – Rio de Janeiro :
Qualitymark, 2009.

260p. – (Série Direito / Ibmec-RJ; 1)

Pesquisas realizadas por professores e alunos do curso de Direito da Faculdade de
Ciências Aplicadas / Ibmec-RJ

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7303-831-6

1. Estado. 2. Direito – Miscelânea. I. Azar Filho, Celso Martins II. Fonseca, Maria
Guadalupe Piragibe da III. Título.

08.3830

CDU: 34

2009

IMPRESSO NO BRASIL

Qualitymark Editora Ltda.
Rua Teixeira Júnior, 441
São Cristóvão
20921-405 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 3860-8422/3295-9800

Fax: (0XX21) 3295-9824
www.qualitymark.com.br
E-mail: quality@qualitymark.com.br
QualityPhone: 0800-263311

Sumário

1. O Moderno Estado de Direito:
Um Balanço 1
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca
2. A Reforma do Judiciário e o Novo Perfil
do Recurso Extraordinário 13
José Carlos Vasconcellos dos Reis
3. Judiciário e Reforma do Estado:
Alguns Impasses 47
Frederico Maia Mascarenhas
4. Uma Análise da Constitucionalidade
da Reforma do Estado Brasileiro 59
Fábio de Oliveira
5. Liberdade de Expressão e Direito à Privacidade:
Um Desafio à Harmonia e à Inteiraza na Ordem
Constitucional Pátria 79
José Eduardo Junqueira
6. Repensando a Gestão Pública Local 101
Maria Cristina Ortigão Sampaio Schiller
7. As Versões Políticas do Estado:
Direitos Fundamentais e Criminalidade 123
Aderlan Crespo
8. Epimênides e a *Constituição de Atenas* 137
Paula Campos Pimenta Velloso e Celso Martins Azar Filho
9. Desumanização e Neutralização Coletiva no Espaço
do Estado: Uma Abordagem Metafórica do Sistema
Penitenciário – da Literatura à Criminologia 157
Roberta Duboc Pedrinha

10. O Terrorismo Internacional: Sistemas de Combate a um Crime Indefinível	183
<i>Denise de Souza Soares</i>	
11. Desafios da Constitucionalização do Direito Civil	209
<i>Carlos Nelson Konder</i>	
12. Tópicos de Direito Processual e Civil Urbanístico	225
<i>Luigi Bonizzato</i>	

Carlos Nelson Konder

Doutorando e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor de Direito Civil da PUC-RIO e do Ibmec-RJ. Membro do conselho assessor da Revista Trimestral do Direito Civil – RTDC.

Resumo

O ensaio trata da metodologia da constitucionalização do direito civil. A partir da contextualização das transformações da interpretação e aplicação do direito civil, apresenta as características desse método e as críticas que ele sofreu, concluindo com os desafios que ele enfrenta hoje.

Palavras-chave

Direito Civil-constitucional; Autonomia Privada; Fundamentação das Decisões.

Sumário

1. Introdução. 2. Contextualização histórica. 3. O método da Constitucionalização do Direito Civil. 4. A consolidação do método no nosso direito. 5. Críticas, problemas e desafios. 6. O primeiro desafio atual: autonomia privada. 7. O segundo desafio atual: excesso de poder ao juiz. 8. Em busca de soluções: a fundamentação das decisões.

1. Introdução

É recorrente no âmbito do direito – especialmente no direito civil – iniciar qualquer estudo científico por meio de certo alarde acerca das profundas transformações pelas quais passou nossa sociedade nos últimos tempos. Ainda que, de fato, a velocidade da evolução dos costumes tenha se acelerado, o clamor sobre “novos tempos” é exageradamente destacado e freqüente. A intensidade destas alertas tem uma explicação clara: especialmente entre os civilistas encontra-se arraigada uma metodologia arcaica, que é inculcada subrepticamente através da veneração do direito romano desde o ensino de graduação e que, posteriormente, sofre para ser expurgada da mentalidade dos pesquisadores.

Constata-se, assim, que embora o direito positivo tenha evoluído – ainda que não o suficiente – o método pelo qual os civilistas lidam com ele ainda é antiquado. Os alertas quanto às transformações sociais são, portanto, proporcionais à intensidade com que ainda restam impregnados os métodos tradicionais, sob a falsa convicção de que basta que o direito positivo evolua, restando a metodologia atemporal, como uma teoria pura, refratária a alterações históricas.

Como afirma Pietro Perlingieri:

“Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. [...] É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos”.¹

A constatação, que pode parecer evidente à primeira vista, serve para destacar que não apenas os enunciados normativos se modificam, mas que igualmente a forma de interpretá-los e aplicá-los deve se transformar, sob pena de não serem plenamente aproveitados. Esta obsolescência da metodologia tradicional pode ser exemplificada com alguns casos analisados recentemente pelo nosso Superior Tribunal de Justiça.

¹ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.ºs 6 e 7, 1998/1999, p. 63-64.

No primeiro semestre de 2007, o STJ se manifestou acerca dos efeitos jurídicos da cirurgia de mudança de sexo em transexuais. Já se encontrava consolidada a autorização para a cirurgia de transgenitalização, admitida em nosso ordenamento através de resolução do Conselho Federal de Medicina, mas as suas conseqüências jurídicas ainda eram controversas, especialmente no tocante à modificação do registro do sexo. Sob o argumento da proteção à veracidade do registro e da proteção à segurança jurídica, nossa jurisprudência superior se firmou no sentido de não autorizar a retificação do registro, mas tão-somente admitir a averbação, com a necessária referência à situação anterior e à causa da alteração.²

Em outra decisão, o STJ condenou uma academia a indenizar um judoca que, na prática da atividade, sofreu acidente que o deixou tetraplégico. Ele estava treinando com um colega num tatame em que mais quatro duplas de judocas treinavam também quando, ao esquivar-se de um golpe, caiu de costas no tatame. Logo em seguida, o professor, ao receber um golpe de outro aluno com quem treinava, caiu em cima da vítima, causando o traumatismo. Embora o relator tenha mantido a decisão da Justiça carioca, que negava a indenização por entender que o ocorrido não passou de um lamentável acidente, uma fatalidade – o chamado caso fortuito –, prevaleceu na corte o entendimento a favor da condenação, sob os mais diversos fundamentos: culpa do professor, atividade de risco, violação do dever de segurança, defeito do serviço...³ Enfim, condenaram a academia ao pagamento de danos morais (cem mil

² O fundamento transparece na própria ementa da decisão: “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminho no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 678933, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 22/3/2007, publ. 21/5/2007). Para uma perspectiva crítica da decisão, v. Thamis Ávila DALSENTER, *Transexualidade: A (In) Visibilidade Imposta pelo Judiciário*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 31, jul./ago. 2007, no prelo.

³ Na ementa prevaleceu o fundamento consumerista: “Indenização. Vítima de acidente ocorrido durante treinamento de judô, ministrado por preposto da recorrida, que a deixou tetraplégica. Acidente ocorrido em virtude de negligência do professor. Comprovados a conduta, os danos e o nexo de causalidade, presente o dever de indenizar da recorrida que responde pelos atos do seu preposto. Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 3º Aplicação. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (STJ, 3ª T., REsp. 473085, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 14/6/2004, publ. RDR 33/348).

reais) e materiais (um salário mínimo mensal e reembolso das despesas médicas).

Em uma terceira decisão, o STJ afastou a possibilidade de responsabilização do pai, a título de dano moral, em virtude do abandono afetivo do filho. No caso, o filho mantinha contato com o pai até os seis anos de maneira regular, mas após o nascimento de sua irmã, fruto de novo relacionamento, teria ocorrido o afastamento do pai. Embora continuasse a receber a pensão, o filho alegou que tinha tentado se reaproximar, buscando amor e reconhecimento, mas só recebeu abandono, rejeição e frieza, inclusive em datas importantes, como aniversários, formatura no ensino médio e por ocasião da aprovação no vestibular. A primeira instância julgou improcedente o pedido por falta de comprovação dos danos sofridos, mas o Tribunal de Alçada de Minas Gerais reverteu a decisão e reconheceu, por maioria, o direito à indenização por dano moral, condenando o pai a pagar 200 salários mínimos. No STJ, o único a partilhar este entendimento foi o ministro Barros Monteiro, que considerou que a destituição do poder familiar não interfere na indenização e afirmou que “ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho”. Os demais ministros, contudo, entenderam que a lei apenas prevê, como punição, a perda do poder familiar. Foi considerado ainda que, por maior que seja o sofrimento do filho, a dor do afastamento, o Direito de Família tem princípios próprios, que não podem ser contaminados por outros, com significações de ordem material, patrimonial.⁴

Nenhum destes três casos tem uma resposta fácil; talvez se possa afirmar, dependendo do marco teórico adotado, que sequer tenham uma única resposta certa. Mas certamente se constata que o recurso à metodologia mais tradicional tornará ainda mais árdua a tarefa de obter soluções – ao menos soluções compatíveis com os valores socialmente partilhados hoje. Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo uma apresentação didática da metodologia da constitucionalização do direito, enunciando, ainda que de forma superficial, suas principais características e seus principais desafios, sob a convicção de que, apesar de seus problemas, ela é a metodologia mais adequada para o direito civil contemporâneo.

⁴ STJ, 4ª T., REsp 757411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 29/11/2005, publ. RT 849/228.

2. Contextualização histórica

Se, de fato, a metodologia é também, como qualquer aspecto do direito, um reflexo do contexto histórico-social que a enseja, é fundamental entender o ambiente em que se originam as formas de pensamento, de modo a identificar os valores que a inspiram. Para tanto, como afirma Antônio Manuel Hespanha, é imprescindível reconhecer a espessura, autonomia e especificidade do passado e respeitar sua alteridade.⁵ Somente identificando sua lógica e suas características próprias é possível proceder a uma contextualização sem incorrer no equívoco da unilateralidade da leitura teleológica da história do direito.

Nesse sentido, embora as raízes do direito civil costumem ser fincadas no direito romano (mais precisamente, na sua releitura por parte de glosadores e pós-glosadores), o grande berço do direito civil contemporâneo é encontrado nos séculos XVIII e XIX. Naquele momento foram formulados os conceitos e institutos mais importantes, como contrato, propriedade, direito subjetivo, personalidade, ou ao menos receberam a forma pela qual os identificamos até hoje.

Ainda sob a influência do jusnaturalismo filosófico, o modelo é todo centrado no indivíduo e na racionalidade. Sendo racional, suas escolhas, voluntárias, são sempre corretas e, portanto, intocáveis pelo Direito. O sistema, conseqüentemente, é voluntarista: somente uma perturbação da sua vontade – um vício do negócio – pode justificar sua invalidação. A liberdade é concebida do ponto de vista exclusivamente formal e limitada apenas a partir do exterior, manifestada essencialmente pela figura jurídica fundamental do direito subjetivo.⁶ Toda intervenção estatal na esfera privada é excepcional, o que justifica o rigor nas dicotomias Estado e sociedade, autoridade e liberdade, política e economia e, como corolário de todas elas, direito público e direito privado.⁷

Este individualismo jurídico persiste ao longo do século XIX por meio da sua incorporação nos códigos modernos que, consagrados como verdadeiros monumentos legislativos, passam a funcionar como

⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 43 e ss.

⁶ Para uma análise da gênese do direito subjetivo como manifestação do individualismo jusnaturalista, v. Michel VILLEY. *Droit subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*. In: *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1969, pp. 140-177.

⁷ SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr./jun. 2005, pp. 239-257.

repositórios do direito natural, aplicados sob a ilusão de eterna validade.⁸ Mecanismos de consolidação da nova ordem burguesa que se instala após as revoluções, a interpretação dos códigos é restringida para evitar o retorno aos valores aristocráticos. Firma-se, assim, o dogma da subsunção, transformando o aplicador em um autômato fiel ao texto da lei e, de outro lado, o ensino do direito civil em um catecismo do Código – a verdadeira constituição do homem comum.⁹

No cenário europeu, opção a este modelo de positivismo legalista era encontrada na chamada jurisprudência dos conceitos. Na falta de um *codex*, que só viria a surgir com o processo de unificação da Alemanha, os doutrinadores se voltavam para um tratamento formal dos conceitos clássicos e pela descrição neutra dos princípios, que sugere um raciocínio silogístico automático e estéril, formalismo que atinge seu auge com o normativismo kelseniano.¹⁰

Foi somente com as drásticas transformações econômicas e sociais do século XX que se começou a observar um enfraquecimento do modelo tradicional. O colapso do modelo liberal, explicitado pela sucessão de graves crises econômicas, enseja a construção de um modelo de intervenção na economia, o chamado Estado do bem-estar social. De outro lado, a legitimidade jurídica formal obtida pelos regimes nazi-fascistas revela o fracasso do paradigma positivista.

Verdadeira revolução se opera com a consagração da prioridade da proteção à pessoa humana nas declarações internacionais de direitos humanos e nos textos constitucionais – que perdem o caráter de carta política para assumirem papel normativo determinante na interpretação e aplicação do direito privado.¹¹ Esta adquirida – *rectius*, conquistada – relevância dos princípios constitucionais propiciou fecundo desenvolvimento do método de aplicação dos princípios, metodologia hoje consolidada sob a denominação de “pós-positivismo”.¹²

⁸ HESPANHA, António Manuel. *Panorama*, cit., p. 162.

⁹ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v. 747, jan./1988, p. 38.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 101.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22.

¹² A denominação, trazida ao Brasil por Paulo BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 247-254), inspira-se nas reflexões de Ronald DWORKIN (*Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002) e Robert ALEXI (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

3. O método da Constitucionalização do Direito Civil

É nesta linha que encontramos o método da Constitucionalização do Direito Civil. Sendo a Constituição uma norma superior, em virtude de seu caráter mais diretamente democrático (produto da soberana assembleia constituinte), as normas inferiores não só não devem contrariá-la como devem ser interpretadas e aplicadas com base nela, de modo a maximizar a eficácia dos seus princípios. Podemos decompor isto em quatro características fundamentais.¹³

A primeira das características do direito civil-constitucional é a superação da dicotomia clássica entre direito público e direito privado. Esta *summa divisio* se justificava em um momento histórico em que o direito privado possuía um aspecto constitucional como estatuto total e exclusivo do indivíduo, tutelando a autonomia de sua vontade e a liberdade de cunho econômico por meio de institutos clássicos como a propriedade e o contrato. O direito público interferia apenas excepcionalmente, impondo limites externos que tinham a finalidade exclusiva de garantir o livre jogo econômico e a circulação de riquezas. 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.¹⁴

¹³ Esta decomposição, extraída de TEPEDINO, Gustavo, MORAES, Maria Celina Bodin de e LEWICKI, Bruno (O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003, p. iii-iv) encontra-se desenvolvida em KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 14-18. Sobre o tema, v. entre nós TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas*, cit., pp. 1-22; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, p. 59-73; e FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Entre todos, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁴ NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375. Sobre o tema v. ainda a extensa discussão acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, e BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A segunda característica é privilegiar o perfil funcional dos institutos em detrimento do perfil estrutural. A estrutura são os elementos que compõem o instituto, seu aspecto morfológico, “como é”; a função é o caráter fisiológico, os efeitos, finalidade, “para que serve”. Sob a perspectiva dogmática, de raiz positivista, a atenção estava na estrutura, escolhas valorativas permaneciam ocultas sob uma análise guiada pelo formalismo.¹⁵ Com o papel assumido pela Constituição, os institutos do direito civil deixam de ser fins em si mesmo, e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores, consagradas estas no texto constitucional: instrumentos de realização do projeto constitucional.¹⁶

A terceira característica consiste no reconhecimento da 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. Portanto, como já exposto, embora prática recorrente entre os civilistas, não é cabível voltar os olhos a culturas jurídicas arcaicas, especialmente à tradição romanista, como fonte universal de solução dos problemas jurídicos.

A quarta característica consiste em conferir preeminência à tutela das situações jurídicas extrapatrimoniais (ou existenciais) em comparação com as situações patrimoniais, em virtude da atuação dos princípios constitucionais.¹⁷ Este processo, que se reflete também em uma “despatrimonialização do direito civil”, tem por base a dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico do ordenamento que resta positivado como princípio constitucional (CF, art. 1º, III) e que atua como cláusula geral de tutela da personalidade.¹⁸ Tal proteção, contudo, só pode efetivar-se na prática tendo em vista as características das pessoas envolvidas e a essencialidade do bem jurídico em questão, isto é, conferindo atenção especial às peculiaridades do caso concreto de maneira a oferecer uma tutela diferenciada – sem, contudo, abrir mão da unidade e coerência provida pela Constituição.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Verso una teoria funzionalistica del diritto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas*, cit., pp. 1-22.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 22.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas*, cit., p. 23-58; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 73 e ss.

4. A consolidação do método no nosso direito

Se fizermos uma análise retrospectiva dos iminentes vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, a constatação, no geral, é de uma história bem-sucedida. Nós contamos hoje, certamente, com um ordenamento jurídico mais plural e solidário, com uma proteção mais plena e integral da pessoa humana e com uma metodologia de interpretação e aplicação do direito mais flexível e justa.

Hoje está bastante consolidada a idéia de que a supremacia hierárquica do texto constitucional impõe não apenas um respeito formal às normas superiores, mas exige que a legislação ordinária seja sempre interpretada e aplicada de forma a garantir a máxima eficácia dos preceitos da Constituição. É possível arriscar até mesmo dizer que, ao menos em termos gerais, a perspectiva constitucionalizada do Direito Civil é hoje predominante tanto em doutrina como em jurisprudência.

De modo geral, a comparação entre os três pilares clássicos do direito civil – o contrato, a propriedade e a família – no tradicional Código Civil de 1916, na democrática Constituição de 1988 e no canhestro Código Civil de 2002 – construído a partir de um projeto de 1975 – é ilustrativa.

O contrato, originalmente guiado pelo princípio único da autonomia da vontade, dá lugar à proteção constitucional da solidariedade (e conseqüentemente da boa-fé) e da defesa do consumidor.¹⁹ O novo Código, reconhecendo a funcionalidade dos institutos, expressa que a liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato.²⁰

A propriedade, tradicional concebida de forma abstrata como o direito real absoluto que garante ao seu titular um poder tendencialmente pleno e de exclusão dos demais, cujos limites seriam externos e de aspecto puramente negativo, vem condicionada à satisfação de interesses não-proprietários, em virtude de sua função social.²¹

¹⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁰ RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 297 e ss. Sobre o tema, veja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 79 e ss.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas*, cit., p. 303 e ss.

A família-instituição, regulada pelo Código de 1916 e protegida como um fim em si mesmo, é reconstruída na Constituição de 1988 em virtude da afirmação da proteção integral da criança e da igualdade entre os cônjuges, entre os filhos e mesmo entre as diferentes estruturas familiares. Trata-se da família-instrumento, funcionalizada ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, ou família democrática.²²

5. Críticas, problemas e desafios

A despeito das inúmeras conquistas obtidas, não se pode deixar de reconhecer que elas vieram acompanhadas de severas conseqüências negativas – problemas, ou ao menos desafios – e que, sem o devido cuidado, estas conseqüências podem afastar os próprios objetivos que inicialmente se buscava atingir.

Vislumbramos decisões que, sob o pretexto da aplicação direta de princípios constitucionais, revelam profunda falta de rigor científico e alto grau de arbitrariedade nos diversos ramos do direito civil. A banalização do dano moral, a superutilização da boa-fé objetiva no direito contratual, a invocação da função social da propriedade para justificar a posse violenta ou clandestina, a referência à dignidade humana para liberar o pai afetivo, que se descobre não-biológico, do registro do filho, são alguns entre tantos outros.

De modo geral, quatro críticas costumam ser apontadas à metodologia da constitucionalização do Direito Civil.²³ Uma seria a instabilidade histórica das normas constitucionais em oposição à estabilidade das normas de direito privado. A Constitucionalização ameaçaria a larga história, consolidada, da teoria do direito civil em virtude das transitórias e efêmeras normas do direito constitucional. De fato, a história brasileira é pródiga em alterações constitucionais: não bastasse a

sucessão de oito textos constitucionais em nossa história (1824, 1889, 1934, 1937, 1946, 1967, EC1/1969 e 1988), a Constituição de 1988, em seus quase vinte anos de vigência, já sofreu 61 alterações (55 Emendas Constitucionais e 6 Emendas Constitucionais de Revisão). Já os Códigos Civis foram dois apenas, com poucas modificações.

Todavia, salvo em meios excessivamente conservadores, se reconhece que esta variação do texto constitucional se dá também em virtude de uma vinculação mais direta do direito constitucional ao contexto histórico-cultural e às aspirações sociais e econômicas por uma sociedade mais justa. De outro lado, a suposta estabilidade e imutabilidade do direito privado revela certo elitismo na sua elaboração e uma tendência conservadora do *status quo*, incompatível com a função promocional do direito. Além disso, como alerta Hespanha, a estabilidade é em parte ilusória, pois é mitigada por constantes e sutis reinterpretações judiciais que permitiram a sub-reptícia atualização do significado dos conceitos.²⁴

Uma outra crítica seria a de que a metodologia da constitucionalização propiciaria um indevido “salto sobre o legislador”, permitindo que a decisão judicial se constituísse em um novo processo político, o que seria incompatível com a divisão de poderes. Esta crítica se resente da perspectiva arcaica do texto constitucional como composto por normas de organização política, meras recomendações para o legislador ordinário, seu único destinatário.²⁵ Hoje já é razoavelmente pacífica a idéia de que recusar efeito às disposições constitucionais em virtude da falta de regulamentação por parte do legislador ordinário significaria conceber que ele tivesse o poder de restringir a eficácia do poder constituinte por meio de sua abstenção.

Parece, portanto, que estas duas críticas – a maior estabilidade do direito civil sobre o constitucional e o dito “salto sobre o legislador” – são problemas superados, se é que algum dia foram de fato problemas. As outras duas críticas, todavia, se apresentam como grandes desafios do direito civil-constitucional contemporâneo, que prometem se avolumar e se complexificar se não houver afincos em resolvê-los.

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, IBDFAM, 2006. p. 613-640; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²³ Novamente, esta divisão foi extraída de TEPEDINO, Gustavo (Os 15 anos da Constituição e o direito civil. Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 14. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003, p. v-vi) e encontra-se desenvolvida em KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos*, cit., pp. 19-21.

²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico*, cit., p. 53 e ss.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 11

6. O primeiro desafio atual: autonomia privada

O primeiro problema é o da autonomia privada. Questiona-se se a invasão das relações intersubjetivas pelo texto constitucional não conduziria a uma redução do espaço das escolhas, podendo resultar em um autoritarismo ou paternalismo judicial. No exemplo caricato, os juízes escolheriam os futuros cônjuges como meio de aplicação direta dos princípios da igualdade ou da justiça distributiva.

Pietro Perlingieri afirma que este tipo de crítica se calca na falsa idéia de que a intervenção legislativa seria um obstáculo ou restrição à autonomia privada, sem reconhecer que, em sociedades desiguais, é a atuação do legislador e do poder público que garantem a efetiva liberdade da pessoa humana.²⁶ Mais do que isso, afirma que a autonomia privada nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento.²⁷

Todavia, a questão se revela especialmente complexa nas hipóteses em que o fato realizado não repercute, ao menos diretamente, sobre a esfera de terceiros, como nos casos paradigmáticos do arremesso do anão e, no âmbito dos atos de disposição do corpo, dos *wannabes* ou *amputees-by-choice*. O primeiro, já bastante divulgado, ocorreu por conta de certame realizado em 1991 por empresa do ramo de entretenimento para jovens que consistia “em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão”. A controversa interdição da prática pelo prefeito da cidade de Monsang-sur-Orge, em nome da ordem pública, levou o caso às altas instâncias francesas – embora o Tribunal Administrativo de Versailles tenha anulado o ato do Prefeito sob o fundamento de liberdade de trabalho, o Conselho de Estado entendeu que a atividade era atentória à dignidade da pessoa humana – e internacionais.²⁸

O segundo, menos popular mas igualmente ilustrativo, consiste em pessoas que voluntariamente – ou melhor, compulsivamente – buscam a amputação de um membro específico do corpo. Relatam uma sensação de extremo desconforto com sua situação atual, como presos em um corpo que não corresponde a sua verdadeira identidade. A situação é similar ao caso dos transexuais, mas neste há regulamentação

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 17.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 279.

²⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana. *ADV-COAD: Seleções*, nº 12, 1996, p. 17.

médica autorizando a intervenção em virtude de sua finalidade terapêutica, o que não ocorre entre os denominados *wannabes*, o que os leva a buscar no mercado negro as amputações, acarretando ainda maiores danos para sua saúde ou mesmo a morte.²⁹

A complexidade do tema dos limites da autonomia privada fica patente quando observamos que ele gera controvérsia entre os grandes mestres do Direito Civil-Constitucional. De um lado, como visto, Perlingieri defende que é ilusória a concepção de que o silêncio do legislador significaria um espaço de plena liberdade individual, subtraído à interferência do ordenamento, uma vez que toda e qualquer conduta humana permanece avaliada de acordo com o sistema constitucional. De outro lado, contudo, Stefano Rodotà, em sua veemente defesa da privacidade, vem sustentando a importância dos espaços de não-direito, de não-interferência, como mecanismo de garantir às pessoas âmbitos de livre escolha.³⁰

Além do perigo geral que seria a desconsideração ou diminuição do princípio da liberdade, este problema nos gera um grave reflexo: um modelo paternalista, ao privar as pessoas da autonomia, tratando-as como incapazes, vulneráveis – como se tem tratado os consumidores –, estaria a liberar as pessoas da responsabilidade pelos seus atos. A lição é simples: sem autonomia, sem responsabilidade. Conseqüentemente, a responsabilidade passa a poder ser transferida a terceiros, em um processo de “vitimização”, descrito por Todorov:

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. [...] Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta.³¹

²⁹ KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 14, jul.-set. 2003, p. 41-71.

³⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole* – Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

³¹ TODOROV, Tzvetan. *O Homem Desenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 225 apud MORAES, Maria Celina Bodin de. Problemas da Responsabilidade Civil Contemporânea. Apresentado no Seminário *Responsabilidade Civil e Código de Defesa do Consumidor*, em 24 de maio de 2007.

É, certamente, um desafio crucial da Constitucionalização do Direito Civil de hoje encontrar parâmetros para, ao aplicar diretamente os princípios constitucionais, compatibilizar a superação da autonomia privada clássica concebida como valor único com a proteção da liberdade contemporânea como aspecto da dignidade da pessoa humana, como “livre desenvolvimento da personalidade”.

7. O segundo desafio atual: excesso de poder ao juiz

O segundo problema a enfrentar, altamente ligado ao primeiro, é o poder excessivo conferido ao juiz. A metodologia do Direito Civil-constitucional, ao afastar o formalismo na interpretação em nome de uma perspectiva mais flexível, em especial em virtude da baixa concretude dos princípios e das cláusulas gerais que são recorrentemente utilizados, geraria alto grau de insegurança e grande possibilidade de arbitrariedade.

É praxe defender o método argumentando que a insegurança é algo característico de nossos tempos ditos “pós-modernos”, e que a segurança jurídica foi um valor fundamental do século XIX, mas que perde força diante das exigências de justiça, na mesma medida em que a igualdade formal cede espaço à igualdade substancial e ao respeito pela diferença. No entanto, até mesmo para garantir o valor justiça é necessário assegurar um mínimo de segurança jurídica, de forma a não sacrificar o caráter sistemático do ordenamento.³²

Embora esteja, justificadamente, superado o já referido método da subsunção na aplicação das normas, isso não pode funcionar como uma autorização para o pleno arbítrio judicial, ensejando decisões assustadoras, que, sob o pretexto da constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo “carnavalização” do Direito.³³

³² Sobre o conceito de sistema no direito, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104 e ss.

³³ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 113-148.

Este, portanto, é outro problema crucial do Direito Civil-constitucional contemporâneo, nitidamente vinculado ao anterior: encontrar mecanismos para que a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas pelo juiz não se transforme em uma abertura para que ele, a seu bel prazer, invoque tais princípios como valorações subjetivas para justificar sua decisão pessoal.

8. Em busca de soluções: a fundamentação das decisões

Superamos – ou estamos próximos de superar – um modelo formalista e individualista de interpretação e aplicação do direito civil, consolidado por milênios. Assim, é inevitável parecer que a metodologia que a substituiu pareça carecer de rigor científico, exatamente por não se pautar pelos critérios da lógica formal. Desse modo, para que não seja sacrificada a opção ideológica por um direito capaz de nos conduzir a uma sociedade mais justa e solidária, é necessário aprofundar os estudos metodológicos na chamada lógica informal.

O alto grau de desenvolvimento da teoria da argumentação nos últimos anos tem fornecido subsídios para conciliar a constitucionalização do direito civil com suficiente previsibilidade e segurança. Nos mais diversos matizes,³⁴ observa-se o reconhecimento do papel de um determinado modo de pensar, orientado por valores, cuja lógica não é do tipo formal, mas dirigida em direção à razoabilidade das decisões; em especial, as decisões que passam pela aplicação de princípios, para além de um discurso de justificação, que exigem a construção de um discurso de aplicação, que permite fundamentar a preferência de um princípio para sua aplicação ao caso concreto em detrimento de outro princípio naquela hipótese concorrente, e assim, a aceitação racional das decisões judiciais é guiada pela qualidade dos argumentos levantados, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado.

³⁴ Sobre o tema, entre tantos, v. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. Entre nós, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005; CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; e MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (org.). *1988-1998: Uma Década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Ou seja, a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas foi substituído pela imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação da sentença. Como nos lembra o professor Antônio Maia, “nesse quadro atual, onde os magistrados dispõem de uma área maior ainda de liberdade do que a tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõe-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas”.³⁵ Por conta disso, a previsão do art. 93, IX, da Constituição – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” – não é uma mera formalidade judiciária, mas uma norma que se torna pilar central desta nova metodologia de interpretação e aplicação do Direito.

O que impede a necessária uniformização jurisprudencial, capaz de prover previsibilidade e segurança jurídica, não é a aplicação direta dos princípios constitucionais, mas a falta ou insuficiência de fundamentação argumentativa neste processo, sob o pretexto do acúmulo de processos e da celeridade processual, especialmente no âmbito dos juizados especiais. Já que o controle da atividade judicial não mais se dá externamente, por meio de grilhões que impediam o juiz de se afastar da lógica formal e da letra da lei, esse controle passa a se realizar através dos fundamentos de que ele se utiliza, de forma argumentativa, para justificar sua decisão. Este controle é não apenas possível, mas também mais adequado em uma sociedade democrática, plural e complexa.

³⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Notas*, cit., p. 413.