

"DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS", DE OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

"DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS", BY OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

FRANCISCO SABADIN MEDINA

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. LL.M. pela Universidade de Munique – LMU. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP.
fesstmedina@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019¹.

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Fundamentos do Direito

INTRODUÇÃO

A² obra do título em epígrafe constitui a versão publicada da tese de Livre-Docência apresentada pelo Autor (em diante, apenas "A.") ao Departamento de Direito Civil

-
1. Nota do editor: cuida-se de resenha formulada com base na primeira edição da obra, que no ano de 2023 encontra-se em sua terceira edição, conforme a seguinte referência: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
 2. Agradeço ao Dr. Gustavo Haical e ao Bacharel Caian Silva Nogueira pela leitura crítica, por algumas indicações bibliográficas e pelo auxílio em obter certos artigos. Todas as opiniões apresentadas no texto devem ser atribuídas apenas a minha pessoa. Aproveito também para me

MEDINA, Francisco Sabadin. "Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais", de Otavio Luiz Rodrigues Jr.. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 34. ano 10. p. 361-436. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2023.

da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) sob o título “Distinção Sistemática e Autonomia Epistemológica do Direito Civil Contemporâneo em face da Constituição e dos Direitos Fundamentais”.³ Seja pela importância do tema abordado, seja pela fama granjeada pelo A. nos anos imediatamente anteriores, o concurso recebeu enorme atenção no ambiente jurídico e contou com a presença de um grande público, incluindo docentes de todos os cantos do país. A banca examinadora, composta pelos Drs. Silmara Chinellato (USP), Nestor Duarte (USP), Gustavo Tepedino (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, UERJ), Heloisa Barboza (UERJ) e José Antonio Peres Gediél (Universidade Federal do Paraná, UFPR), submeteu o A. a um duríssimo julgamento entre os dias 11 e 14 de dezembro de 2017. A despeito do rigor exigido nesse tipo de exame, em especial o conhecido método “coimbrão” de arguir,⁴ o A. superou todas as dificuldades com muita segurança, cientificidade e firmeza. Terminado o concurso, ele ainda reservou – em uma atitude correta, mas bastante incomum em nossos dias – um ano inteiro para novas reflexões sobre os inúmeros pontos levantados pela banca (p. vii).⁵ O resultado veio à lume no final de 2018 com novo título, uma apresentação de José Dias Toffoli, Ministro do STF, e um prefácio de António Menezes Cordeiro, conhecido civilista português. A aceitação da comunidade jurídica foi imediata. Em menos de um ano, a primeira edição se esgotou, uma segunda foi lançada em 2019,⁶ foram publicadas ao menos duas resenhas⁷ e os livros mais recentes já a citam⁸. Em suma, trata-se de

desculpar com o Autor da obra pelo atraso de quase dois anos em preparar este texto. Devido a contingências de ordem pessoal, o pedido feito no final de 2018 somente pode ser satisfeito nos últimos meses. A literatura posterior a janeiro de 2021 foi adicionada de maneira pontual nas notas de rodapé.

3. A título de registro histórico, houve duas impressões entregues à Faculdade de Direito da USP. A primeira tinha uma qualidade mais baixa e prejudicava a leitura, motivo pelo qual foi substituída antes da defesa da tese por outra com um acabamento e um formato muito superiores. A mudança foi apenas do “corpo”; a substância permaneceu naturalmente intocada.
4. Ver, por exemplo, VILLELA, João Baptista. Livre-docência: apontamentos de uma arguição. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 45, n. 143, 2006. p. 40-41.
5. Um exemplo encontra-se na p. 236 (§ 43, no original, p. 416), cujo trecho “Reconhecer tais circunstâncias [...] fundamentais” é uma clara resposta à crítica de Gustavo Tepedino sobre a necessidade de os particulares se protegerem dos danos causados pela irradiação excessiva dos direitos fundamentais. Esse foi talvez o ponto mais alto da defesa.
6. A versão impressa também já se esgotou.
7. MORAES LEAL, Larissa Maria de. Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, por Otavio Luiz Rodrigues Jr. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 6, v. 20, p. 435-440, 2019; STANCIOLI, Brunello. Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, por Otavio Luiz Rodrigues Jr. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 7, v. 22, p. 355-358, 2020.
8. Por exemplo, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Antidiscriminação & contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

uma obra de imediata repercussão no ambiente jurídico (e não apenas acadêmico) com todas as credenciais para ser uma das mais lidas nos próximos anos, a justificar uma análise objetiva, detalhada e o mais completa possível.

A escolha do tema não foi casual nem direcionada à mera obtenção de mais um título em uma já longeva carreira acadêmica. Antes, o A. ocupou-se pacientemente do assunto por 18 anos (desde 1999), nos quais publicou diversos artigos a respeito,⁹ mas cuja síntese ainda estava por vir. Sua tese de livre docência pode ser, assim, encarada sob duas perspectivas. No âmbito estritamente pessoal, ela representa o “encerramento de um ciclo” (p. v), pois todas as suas indagações sobre um debate acalorado nos anos 1990-2000, com profundos impactos em nossos dias, são enfim respondidas. Mais do que ascender na carreira acadêmica, o A. queria encontrar um caminho para satisfazer inquietações inerentes a todo estudioso do direito. No âmbito do mundo jurídico brasileiro, o A. tentou promover um resgate da metodologia do direito civil, cuja perda de prestígio e descrédito chegou ao ponto de importantes civilistas brasileiros se verem forçados a perguntar se o direito civil em si não tenderia a desaparecer.¹⁰ Esse objetivo – de reeducar as gerações atuais e educar as futuras – foi determinante para o A. optar por uma abordagem bastante atraente, mas pouco usual (e talvez criticável) para uma tese de Livre-Docência. Embora o “lugar de fala do autor [seja] a academia”, ele “desejou que a ágora também conseguisse ouvi-lo” (p. vii). Para tanto, ele teve de atribuir um caráter mais didático à obra e referir diversos dados históricos e biográficos que não seriam necessários nem para a banca examinadora (p. 24) e – acreditamos – para leitores de perfil mais acadêmico. Isso não seria, porém, suficiente. Como o público da nova geração exige uma leitura menos “dura” e nesse sentido diferente do tradicional, o A. esforçou-se para apresentar “um texto mais sucinto e objetivo”,¹¹ adotando inclusive “uma

9. Todos estão citados na p. vi, nt. 4.

10. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revista dos Tribunais* (RT), a. 64, v. 472, p. 15-21, 1975 [= *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 70, p. 197-210, 1975 = *Revista dos Tribunais* (RT), a. 92, v. 811, p. 753-760, 2003 = *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 1, v. 1, p. 355-364, 2014] e DEL NERO, João Alberto Schützer. Do “Estado Liberal” ao “Estado Social”: o caso do direito privado?. *Notícia do Direito Brasileiro*, n. 3, p. 43-63, 1997. Esse problema já havia sido percebido em 1964 por GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. A crise brasileira e alguns contrastes da nossa formação jurídica. *Digesto Económico*, a. 20, n. 176, 1964. p. 99: “Segundo o clássico aforismo [de Bacon (cf. nt. 71, *infra*)], o direito privado vive sob a tutela do direito público. Hoje, ante a força do direito público[,] o direito privado vai sucumbindo. O nosso direito público não está em condições de preservar a autenticidade do Estado brasileiro, e com isso sofre o direito privado, especialmente porque há[,] na atualidade, uma visível contradição do seu domínio à medida em que [...] cresce o âmbito do direito público”.
11. À primeira vista, essa afirmação parece ser contradita pelo fato de a obra ter quase 350 páginas (sem contar a bibliografia). Ela é, porém, verdadeira e extremamente precisa. Deixando-se de

linguagem metafórica e um estilo mais dúctil” (p. vii). As fontes de inspiração foram as mais diversas, desde obras jurídicas (como Reinhard Zimmermann, § 24, p. 147) até conhecimentos mais comuns (tome-se como exemplo a conversa das “Ilhas do Canal”, § 24, pp. 148-149).

A seguir far-se-á uma análise crítica da primeira edição da obra, publicada no final de 2018,¹² em três partes. A primeira (2) é dedicada a um apanhado geral dos aspectos mais importantes. O fato de a tese ser bastante curta¹³ e escrita em português facilita sobremaneira o trabalho de uma resenha e em regra torna dispensável entrar em algumas minúcias,¹⁴ mas algumas peculiaridades podem recomendar uma abordagem diversa. No caso da obra do A., um breve relato é proveitoso para fixar bem alguns marcos fundamentais para o exame de seu conjunto, identificar com bastante clareza sua linha condutora e referir algumas frases ou expressões que, apesar de serem obscuras, problemáticas ou de difícil compreensão, não merecem um tratamento mais amplo. A segunda parte (3) concentra a análise crítica propriamente dita dos temas mais importantes, primeiro de maneira isolada e depois em seu conjunto. Ela é subdivida em aspectos gerais (3.1), dicotomia direito privado vs. direito público (3.2), constitucionalização do direito ordinário e eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares (3.3), relação entre as partes da obra com o todo (3.4) e, por um motivo que será explicitado a seguir,¹⁵ um excursus sobre o “direito civil constitucional” (3.5). Embora muito do que será dito pudesse (talvez devesse) ser tratado em trabalhos separados, julgamos por bem expô-las em sua inteireza para evitar o risco de se perderem algumas ideias e reflexões.¹⁶ Por fim, a derradeira parte é reservada a comentários finais sobre o valor da obra em vista do exame empreendido (3.5).

lado o dado de que a grande maioria das teses escritas hoje no mundo tem tamanho igual ou superior (não raro encontram-se na Alemanha trabalhos com mais de 700 ou mesmo 1000 páginas), é necessário enorme poder de síntese para abordar não um, mas três temas (dicotomia direito privado vs. direito público, constitucionalização do direito e eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares) em apenas um livro.

12. A segunda edição encontra-se esgotada e infelizmente não conseguimos obter uma versão impressa. Até chegamos a adquirir a versão digital, mas cancelamos o pedido imediatamente por ela ser inconsultável. Seja como for, em vista da descrição da nova edição, as atualizações não devem ter alterado a espinha dorsal da obra.
13. Cf. nt. 10, *supra*.
14. AFONSO DA SILVA, Virgílio. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista de Direito GV*, v. 1, 2005. p. 173.
15. Cf. 3.1, *infra*.
16. Apesar de o tema ser instigante, não pretendemos retornar a ele, ao menos não no curto e no médio prazo.

1. BREVISSIMO APANHADO

O A. inicia sua obra com um longo (e apaixonado) relato do surgimento da metódica (ou metodologia) do Direito Privado¹⁷ com Savigny – antes do qual não teria havido “quase nada” (p. 4) –, de suas transformações nas obras de Larenz, Wieacker e Esser (pp. 5-9) e do início de sua crise de hegemonia, desencadeada pelo Caso Lüth, que seria um marco do reconhecimento “pela primeira vez na História da Alemanha (e de muitos países [?]) [d]a relevância dos direitos fundamentais nas relações privadas” (p. 11). A resistência a esse movimento – o qual, subentende-se, poderia levar à perda da importância ou mesmo ao desaparecimento do direito privado – teria sido capitaneada por civilistas de idioma alemão, em especial por Claus-Wilhelm Canaris, ao defenderem seus “espaços metodológicos” (p. 11). Em seguida, o A. elenca as principais obras do debate alemão, menciona a concentração dos últimos 20 anos em torno da eficácia dos direitos europeus em face dos direitos internos dos integrantes da União Europeia (o *effet utile*), faz breve referência a Teubner e justifica sua escolha pela “genealogia de ideias” alemã em detrimento de outras europeias e da brasileira (pp. 14-15) (§ 1). Concluída essa introdução, o A. afirma que a autonomia do direito civil como ramo do direito – por ele denominado do “estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo” – estaria em risco por conta das seguintes contestações: (1) negativa de diferença sistêmica entre direito privado e direito público; (2) neoconstitucionalismo; (3) falta de acordo semântico sobre o vocábulo “constitucionalização”; (4) “consenso sobre a importação [de qual país?] do modelo de eficácia *imediata* dos direitos fundamentais em relação aos particulares” (grifo no original); (5) insucesso em conferir racionalidade ao uso da ponderação; (6) uso inadequado das cláusulas gerais (“mal de Hedemann”); (7) narrativa teórica em torno dos “legados malditos” de algumas escolas; (8) emprego retórico da dignidade da pessoa humana; e (9) “alastramento sistêmico” de mutações constitucionais (pp. 17-18). Para enfrentar esse quadro e preservar a autonomia do direito civil, o A. julga necessário aprofundar três “definições fundamentais”: (a) a dicotomia direito privado vs. direito público; (b) conceito e sentido de constitucionalização; e (c) a forma (“como”) e o alcance (“medida”) da vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais (p. 19) (§ 2). Cada um desses tópicos constitui objeto de uma das três partes da obra (pp. 20-21) (§ 3).

A primeira parte – dedicada à defesa da “grande dicotomia” – tem por marco teórico a obra de Franz Bydlinski (p. 21) e subdivide-se em quatro capítulos. O primeiro se ocupa do vínculo da diferença entre direito privado e direito público com as ideias de publicização, socialização e privatização, colocando à prova, entre outros aspectos,

17. Tendo em vista o direito alemão, cf: ótimo panorama em RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (Org.). *Methodik des Zivilrechts* – von Savigny bis Teubner. 3 ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

(1) o posicionamento de Hans Kelsen sobre o assunto; (2) a falta de acordo sobre o sentido do termo “privatização”; (3) a influência do direito público sobre o direito privado; (4) o sentido equívoco do vocábulo “socialização” do direito; (5) a tese anglo-americana da “crise do contrato”; e (6) a virada em prol da privatização nos anos de 1980-1990, em especial no direito administrativo (§ 8).¹⁸ O segundo capítulo visa a abordar as “novas fronteiras do Direito Privado” a fim de “aviventar rumos apagados e renovar marcos arruinados ou destruídos”. Com isso, o A. procura comprovar – em uma aproximação descritiva e livre de compromissos ideológicos (§ 13) – a pertinência da dicotomia a partir da “mera observação de exemplos práticos contemporâneos” (p. 58). São eles: (1) o direito dos especialistas (*Expertenrecht*), o *soft law* e a regulação da internet (§ 10); (2) a insuficiência (ou inadequação) de “conceitos orientados a uma perda de identidade e autonomia do Direito Civil” (crise de paradigmas e equiparação do “bando dos quatro”¹⁹) (§ 11); (3) o avanço da autodeterminação no direito de família (em especial no casamento); (4) a simplificação e flexibilização de procedimentos no campo sucessório (o exemplo é o inventário); (5) o aumento da autonomia da pessoa com deficiência; (6) o direito sobre antidiscriminação; (7) o movimento de “privatização do processo”; (8) o movimento ambientalista de livre-mercado (*free-market environmentalism*); e (9) a tutela privada da concorrência (§ 12). O terceiro capítulo aborda (1) a doutrina brasileira de direito civil (com ênfase em manuais) sobre o assunto (§ 15); (2) a inconsistência dos argumentos de autores brasileiros (em especial dos filiados ao direito civil constitucional) para extinguir ou mitigar a dicotomia, pois a “distinção sistemática” seria utilizada como “elemento retórico do discurso principal” (p. 93) e lhes faltaria “rigor metodológico e coerência argumentativa” (p. 94) (§ 16); (3) o tratamento da

18. A terminologia merece aqui uma atenção especial. O A. emprega “privatização” para exprimir uma ideia de aumento de espaço do Direito Privado com o neoliberalismo, a Quarta Revolução Industrial e o movimento de colocar a prestação de serviços públicos nas mãos de particulares (por meio de concessão de serviços públicos, parcerias público-privadas etc.). Uma parte da doutrina veria aqui, porém, uma “fuga do direito privado”, pois o Estado deixaria de lançar mão de estruturas típicas desse ramo do direito e se concentraria apenas em suas atividades essenciais. Em contrapartida, a “publicização” (na linguagem do A.) ocorrida na primeira metade do século XX seria uma “fuga para o Direito Privado”, pois o Estado passaria a se utilizar dos institutos jurídicos privados (como sociedades, em especial sociedades de economia mista e empresas públicas) para perseguir fins públicos (cf. nesse sentido, COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, jul./set. 1997. em especial, p. 57 ss. e 67 ss.). Na substância, quer-se, porém, expressar a mesma ideia.

19. Segundo o A., o “bando dos quatro” seria uma “metáfora que já se tornou célebre no Direito Civil contemporâneo” (p. 62). Pensando sobre o assunto e conversando com colegas, parece-nos que essa celebridade deve ter sido transitória. Fôssemos perguntados a respeito antes de ler a obra em análise, nossa tendência seria atribuí-la a mais uma daquelas perguntas de algibeira típicas de provas de concurso público.

dicotomia no direito romano e em alguns autores do *ius commune* e do *gemeines Recht* (§ 17); e (4) as teorias estrangeiras²⁰ elencadas por Menezes Cordeiro sobre o critério de determinar área à qual determinada norma pertenceria (§ 18).²¹

O quarto capítulo constitui, por fim, o desfecho (e ponto de confluência) da primeira parte ao demonstrar a permanência, a utilidade e os fundamentos da dicotomia. Sua autonomia se justificaria, segundo o A., por três motivos: (1) a forma como a jurisdição seria organizada (a exemplo do STJ, dividido em Seção de Direito Público, Seção de Direito Privado e Seção de Direito Penal²²) e a tendência dos profissionais de direito a se especializarem; (2) a matriz curricular dos cursos de direito; e (3) a imprescindibilidade dos elementos conceituais do direito civil para regulamentar os mais diversos problemas da vida, como nascimento, morte, contrato de trabalho, associações, direitos da personalidade, propriedade, novas formas de família etc. (§ 19). A isso se juntariam, na leitura do A., (4) a perda de força do movimento de decodificação (iniciado especialmente por Natalino Irti); (5) a entrada em vigor de inúmeros códigos civis (a “reco-dificação”, a exemplo do CC/2002) e a reforma de outros nas últimas décadas (§ 20); e (6) os fatores culturais, teóricos, práticos e ideológicos (§ 21). Tendo sido comprovada a necessidade da dicotomia, o A. passa a refutar pontualmente uma série de objeções, nomeadamente (1) a publicização do direito privado; (2) os problemas de delimitação e retroalimentação de conceitos, institutos e categorias jurídicas; (3) as dificuldades de qualificação (indicando como exemplo o REsp n. 911.802/RS); (4) a insuficiência das teorias; (5) o monismo jurídico e a unidade do sistema jurídico; (6) o uso de argumentos típicos de ideologias autoritárias para combater a dicotomia; (7) o terceiro setor;²³ (8) os microsistemas e as interpenetrações; e (9) a natureza especial do direito de família (§ 22). Especial atenção merece o posicionamento do A. sobre as teorias para distinguir direito privado de direito público: embora ele não adote nenhuma das teorias estrangeiras²⁴ elencadas (§ 18), nem crie uma própria, o A. julga necessário mantê-la admitindo zonas cinzentas, pois:

20. Dizemos “estrangeiras”, porque o A. não cita sequer uma obra nacional sobre o assunto. Apenas um acórdão do STJ (REsp n. 302.906/SP, j. 26.08.2010) é mencionado para exemplificar o uso da teoria da importância (p. 101, nt. 358), embora esse tribunal trate do tema em conflitos de competência, por exemplo, em STJ, Corte Especial, CC n. 171.348/DF, rel. Francisco Falcão, j. 02.09.2020, *DJe* 10.09.2020.

21. O A. fala em “repasso das principais teorias” (p. 98, grifo nosso). Como elas são mencionadas pela primeira vez, há em verdade uma *apresentação* delas.

22. Cf. art. 9º, §§ 1º a 3º, RISTJ.

23. Sobre esse ponto, cf. STF, Tribunal Pleno, ADI n. 1.923, rel. Ayres Britto, j. 16.04.2015, *DJe* 17.12.2015.

24. Cf. nt. 19, *supra*.

“[e]liminar a *summa divisio* por causas dessas ‘sobreposições e aproximações’ é substituir um critério multissecular [*qual critério?*] pelo arbítrio da escolha *ad hoc* e retirar validade aos fundamentos nos quais descansam tanto o Direito Público quanto o Direito Privado” (p. 122).

Feitas todas essas explanações, o A. faz referência à ideia de Franz Bydlinski do direito privado como o “direito da sociedade relativamente independente do Estado” (pp. 142-143), reafirma que a dicotomia “é útil, preserva importantes espaços de autodeterminação, justifica indiretamente a autonomia epistemológica do Direito Privado” e julga “inadequado adotar um modelo sincrético” quanto às teorias (p. 143).

A segunda parte volta-se a refutar uma das objeções à dicotomia que necessita de maior desenvolvimento: a constitucionalização do direito civil. Tendo por arrimo o trocadilho de “vinho velho sendo servido em novas taças” (emprestado de Reinhard Zimmermann) e um suposto diálogo ocorrido nas Ilhas do Canal entre tropas alemães e ingleses no fim da Segunda Guerra Mundial, o A. propõe-se a estabelecer “um acordo semântico sobre o que é constitucionalização, particularmente no Direito Civil” para viabilizar o estudo de “dois problemas derivados e [...] conexos: a relação do Direito Civil com princípios constitucionais e com direitos fundamentais” (p. 149) (§ 24). Antes de iniciar o exame dogmático propriamente dito, o A. faz no capítulo quinto: (1) um inventário da literatura a respeito entre 1950 e 2017, negando-se, porém, a analisá-la em pormenores, pois isso “demandaria muito mais tempo e fugiria do objeto desta tese” (p. 153) (§ 25); (2) um breve panorama da crise do formalismo jurídico e das novas escolas (§ 26); e (3) uma análise crítica do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, com ênfase nos equívocos em torno de *slogans* como o “juiz boca da lei” (pp. 163-164), na “nova interpretação constitucional” e na interpretação conforme a constituição (§ 27). O capítulo sexto é dedicado a “expurgar do conceito [de constitucionalização] os elementos que não servem para sua distinção de outros homólogos e preexistentes” (p. 168) (§ 28). Em consequência, no entender de A., não poderiam ser vistos como constitucionalização: (1) a interpretação das normas ordinárias “de acordo, nos limites e em conformidade à Constituição” (p. 170), até porque ela é anterior ao surgimento da “constitucionalização do direito”, mencionando-se como exemplo uma conferência proferida por Clóvis Beviláqua em 1935 (§ 29); (2) a elevação da dignidade da pessoa humana a instrumento funcionalizante do direito civil (§ 30); (3) a ideia da constituição como centro do ordenamento jurídico, por se confundir aqui constitucionalização com primazia hierárquica constitucional (p. 180), sendo citado trecho de Carlos Maximiliano em sua obra sobre hermenêutica jurídica (§ 31); (4) o controle de constitucionalidade e a interpretação (das normas infraconstitucionais) conforme a Constituição, enfatizando, por um lado, o “mero conteúdo retórico para a constitucionalização do Direito” (p. 183) e, por outro lado, a finalidade de controle de validade das normas (p. 184), até porque “*interpretação conforme* não significa ignorar o Direito Civil e os métodos clássicos de interpretação”, já que – citando Paulo Bonavides – “deve-se

recorrer ao ‘*Verfassungskonforme (sic) Auslegung*’ após o emprego normal dos métodos clássicos” (p. 185) (§ 32); (5) o advento de cláusulas gerais (em especial da boa-fé objetiva) e de institutos da “perturbação de prestações” (como a violação positiva do contrato) (§ 33); e (6) a socialização ou “interpretação progressista” do direito civil, criticando – com muita razão – o reconhecimento do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois o STF “interpretou [...] conforme à Constituição uma norma de direito ordinário que era conforme à Constituição (§ 3º do art. 226, CF/1988) com base no fato de que ela não seria conforme à Constituição” (p. 201, grifos no original) (§ 34).

O capítulo sétimo é dedicado a estabelecer o significado exato de constitucionalização do direito civil, optando o A. – na contramão de outras obras nacionais – “não propriamente [por] um *modelo*”, mas por “dizer em que situações haveria a constitucionalização do Direito Civil” (p. 206, grifo no original) (§ 36). Haveria, segundo o A., quatro tipos de constitucionalização. Primeiro, a constitucionalização *por elevação* de normas infraconstitucionais ao texto constitucional (parcialmente recepcionada de Louis Favoreu), na qual uma norma ordinária seria “deslizada para cima”, adquirindo uma dignidade normativa constitucional (trata-se das “normas de direito civil consagradas na Constituição”) (§ 37). Segundo, a constitucionalização *por reforma legislativa* (de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke), em que normas ordinárias seriam adaptadas a uma Constituição por meio de mudanças promovidas pelo legislador, como o fim de todas as discriminações entre filhos com a entrada em vigor do CC/2002 (§ 38). Terceiro, a constitucionalização *por juridicização* das normas constitucionais, na qual elas – antes consideradas meros preceitos políticos sem força coercitiva – passariam a ser dotadas de caráter jurídico propriamente dito (§ 39). Quarto, a constitucionalização *por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do direito constitucional*, que se traduziria em uma impregnação de todos os ramos do direito e transformaria as instituições (Louis Favoreu). Embora não haja referências dessa noção francesa na obra de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, ela teria – segundo o A. – sido “trabalha[da] de perto” por eles ao fazer um “inventário dos acontecimentos jurídicos na Alemanha”, justificando proceder a um “repasso crítico de alguns postulados e de algumas conclusões” estrangeiras a fim de “identificar o que é aproveitável de cada modelo proposto à realidade brasileira” (pp. 224-225). Em consequência, o A. tenta separar o joio do trigo, afirmando que: (1) “a *constitucionalização*, em suas diferentes acepções, não tem o poder de unificar a ordem jurídica” (p. 225, grifo no original); (2) a complexidade e diversificação de espaços do direito privado seria “reconhecível (*sic*) como um dado intrínseco a seu próprio sistema” (p. 225); (3) a modernização da ordem jurídica pela Constituição seria mera contingência histórica; e (4) a subordinação do direito privado à Constituição decorreria do princípio hierárquico e da sucessão de normas no tempo. No entanto, duas acepções seriam aproveitáveis: (a) a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a ser abordada na terceira parte; e (b) atuação dos tribunais constitucionais, em especial por meio do controle de constitucionalidade

(§ 40). Por fim, o A. arremata o tema (1) aludindo brevemente à constitucionalização nos sentidos jurídico-político e jurídico-sociológico, os quais não seriam relevantes para o direito civil (§ 41), e (2) criticando o uso da ideia de constitucionalização como “estratégia de combate” e “conceito de guerrilha” (§ 42).

A terceira parte destina-se a fechar o círculo do problema da obra: mantida a dicotomia e delimitado os sentidos adequados de constitucionalização (p. 22), em especial a por irradiação (p. 237), o A. se propõe a analisar *como e em que medida* se dá a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares (sobre a terminologia, cf: p. 29). Seu objetivo não é, porém, esmiuçar o tema, pois a obra “não é uma tese sobre a eficácia dos direitos fundamentais[,] e sim sobre o estatuto epistemológico do Direito Civil e sua conexão com a *Drittwirkung*” (p. 233). O tema é desdobrado em quatro capítulos. No oitavo, o A. aborda o surgimento do debate entorno da eficácia dos direitos fundamentais no direito civil da Alemanha, criticando a recepção “[d]a teoria alemã da eficácia direta dos direitos fundamentais como se ela fosse um dado axiomático” (p. 236) e apontando a necessidade de “começar a estudar a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares *também* com as ferramentas teóricas do Direito Civil” (p. 237, grifo no original) (§ 43). Para tanto, o A. explica, de modo pormenorizado, o desenvolvimento do tema na Alemanha a partir de 1945 e a busca de um guardião do texto constitucional para enfim chegar a seu “alvorecer” do tema com o julgamento do Caso Lüth pelo BVerfG (traduzido por “Tribunal Constitucional”) (§ 44). Esse julgado é, então, analisado em minúcias, passando pelo contexto histórico, conteúdo do dispositivo e fundamentos jurídicos (doutrina de Jellinek, respeito à dicotomia e interpretações gramatical, lógico-sistemática e histórica) (§ 45). Em seguida, é examinado o conceito de ordem objetiva de valores (*objektive Wertordnung*), por meio do qual o BVerfG teria admitido a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil – respeitando sua autonomia – por intermédio de “portas de entrada”, em especial das cláusulas gerais, como os bons costumes (p. 261). Especial destaque merece, segundo o A., “a ideia de que os direitos fundamentais (e a própria Constituição, por extensão) estabelecem uma relação de implicação-polaridade com o direito ordinário, que se dá pela via de influências recíprocas” (p. 263), ou seja, “o Direito Civil limita direitos fundamentais e por eles pode ser limitado” (p. 264) (§ 46). No resultado, o legado do Caso Lüth ao “discurso metodológico do Direito Civil” (subtende-se, de todo o mundo, e não apenas da Alemanha) seria o respeito à metodologia do direito civil (universal). O A. defende, com base nisso, “o respeito a uma tradição secular da dogmática brasileira”, criticando acidamente – mas sem se vincular a um suposto “atávico atraso intelectual brasileiro” (p. 269) – o uso abusivo da ponderação de princípios (§ 47).

Concluído esse apanhado histórico, o A. passa a analisar as especificidades dogmáticas do tema. O capítulo nono dedica-se ao modelo de eficácia direta (ou imediata) tanto na Alemanha quanto no Brasil, tendo início com um breve resumo biográfico de seu fundador, o civilista Hans Carl Nipperdey (§ 48). Em seguida, o A. expõe os

principais postulados dessa teoria (dignidade da pessoa humana como fundamento, princípio do Estado Social, restrição da eficácia direta a apenas alguns direitos fundamentais, vinculação dos privados aos direitos fundamentais ao celebrarem negócios jurídicos, igualdade de tratamento entre poder público e particulares, e possibilidade de privados demandarem de outros privados o cumprimento de direitos fundamentais tal como o fazem diante do Estado), seu acolhimento pelo BAG (*Bundesarbeitsgericht*) e posterior abandono (§ 49). Os postulados dessa teoria são, então, novamente abordados tendo em vista a doutrina alemã como um todo, concluindo o A. que o “fracasso da teoria de Nipperdey é indiscutível”, embora sua “contribuição para a dogmática do Direito Privado e do Direito Constitucional” deva ser valorizada (p. 282) (§ 50). Apesar disso, o A. julga necessário abordar o panorama na doutrina e na jurisprudência alemãs atuais, fazendo breves referências aos casos do *Kronprinz* e do Aeroporto (*Fraport*) (§ 51), para depois analisar sua exportação (sob os olhos alemães) a outros países. O A. procede, então, a um brevíssimo inventário de como essa teoria foi recepcionada em Portugal, na Espanha, na Itália, na Argentina, no Peru e na África do Sul, chegando ao resultado de que “[n]ão há como [...] afirmar que se trata de um modelo preeminente em termos internacionais”, pois, “mesmo nos ordenamentos que o adotam, há distinções muito relevantes em sua configuração, a ponto de gerar dúvidas sobre a estrita correspondência à matriz formulada por Nipperdey” (p. 286) (§ 52). Por fim, o A. passa a analisar o direito brasileiro. A seu ver, o “modelo da eficácia direta [...] encontrou no Brasil uma acolhida sem comparação em qualquer outro lugar do mundo” (p. 286) e teria se tornado hegemônico. Os motivos seriam a “indiferença dos círculos civilísticos tradicionais [...], o surgimento de uma nova Constituição, [...] a troca de guarda geracional [*quem seriam os membros?*] e a competência [...] [d]os defensores da eficácia direta” (p. 287). Embora o A. reconheça o valor dos trabalhos defendendo a eficácia direta no Brasil, ele reputa seu acolhimento a uma “opção metodológica” e o critica ferozmente, porque “[g]raves, infelizmente, são os excessos cometidos em [seu] nome”, servindo ela “de justificação ao sincretismo metodológico e, mais do que isso, ao enfraquecimento e à colonização do Direito Civil pelo Direito Constitucional” (pp. 287-288) (§ 53). Mesmo assim, são brevemente apresentados os modelos brasileiros a respeito, a saber: o de eficácia fraca (Ingo Wolfgang Sarlet), o de eficácia forte (Daniel Sarmento e Gustavo Tepedino) e o sincrético (ou “não modelo”) (§ 54).

O capítulo décimo segue a mesma diretriz tendo em vista a eficácia indireta. Feita uma breve introdução (§ 55), o A. relata a biografia de Günter Dürig e chama a atenção do leitor para não celebrar “de modo irrefletido” a “vitória do conceito de *ordem objetiva de valores*”, como se verificou no Caso Lüth (p. 297) (§ 56). Ato contínuo, são explanados os postulados fundamentais da teoria de Dürig (eficácia dos direitos fundamentais por meio de “portas de entrada”, em especial das cláusulas gerais; atuação delas tanto como “instrumento de intermediação” quanto de “mecanismos de calibragem”; função orientadora desempenhada dignidade da pessoa humana; salvaguarda da autonomia

“e, em paralelo, da unidade do sistema jurídico” pelas cláusulas gerais (p. 299, grifos do original); e três graus de intensidade da eficácia, a saber: esclarecimento de conceitos, sua atualização e colmatação de lacunas) e é ressaltada a essencialidade da mediação legislativa (§ 57). Na Alemanha, embora o BVerfG eventualmente se refira à teoria dos deveres de proteção (de Canaris), a teoria da eficácia indireta ainda seria dominante, com uma tendência à sua mitigação. Ainda assim, conclui o A.,

“[...] [n]enhuma dessas mitigações alterou o quadro de preeminência da eficácia indireta e apenas reforça a noção de que a ruína da eficácia direta na Alemanha, como modelo *global* e explicativo das relações entre o Direito privado e os direitos fundamentais, é uma tendência com baixas possibilidades de reversão” (p. 300, grifo nosso) (§ 58).

No Brasil, em contrapartida e – subentende-se – na contramão da tendência *mundial*, apenas uma minoria de autores – com “preponderância de constitucionalistas sobre civilistas” (p. 301, nt. 1014) – defende a eficácia indireta (§ 59). Por mera completude, o A. apresenta ainda dois *excursus*. Primeiro, depois de reconhecer que o “Brasil [*o constituinte? a doutrina?*] faz uma opção definida pelo modelo de eficácia direta” (p. 301), o A. realiza um exame de “caráter instrumental” (p. 301) dos modelos da não eficácia dos direitos fundamentais, da convergência estatista, de três níveis (de Robert Alexy) e da *state action* (norte-americano) (§ 60). Segundo, o A. deslinda – com muita propriedade e agudeza de espírito – os equívocos da recepção da ideia de força normativa da Constituição, de Konrad Hesse (§ 61).

O derradeiro capítulo (décimo primeiro) tem por objetivo expor o posicionamento do A. sobre o tema. Partindo de exemplos exagerados (recrutamento de candidatos e convite para uma festa em um edifício), o A. cita casos alemães (antena parabólica e direito do locatário de fumar no imóvel) para comprovar a atualidade do tema e posiciona-se, desde logo, (i) pela impossibilidade de continuar a defender um retorno a funções (exclusivamente) clássicas dos poderes do Estado e (ii) pela irradiação dos direitos fundamentais no direito privado, concretizada na faculdade de particulares ajuizarem demandas judiciais uns contra os outros com fundamento nesses direitos (§ 62). A partir desse fundamento, o A. passa a defender “a adoção do modelo²⁵ *fraco* da eficácia indireta no Brasil” (p. 321, grifo no original). A eficácia direta não poderia ser extraída do art. 5º, § 1º, CF, porque haveria nele uma confusão entre eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais (§ 63). Outrossim, por conta da “natureza *tendencialmente* abstrata das normas constitucionais” (p. 322, grifo no original), a “[...]bificácia imediata [...], sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil, é problemática por

25. Do original consta: “[...] a adoção do modelo do modelo *fraco* da eficácia indireta no Brasil”. A repetição de “do modelo” é um desculpável *lapsus calami*.

degradar a Constituição e por ignorar os espaços de discricionariedade e conformidade do legislador ordinário” (p. 323).

Haveria, inclusive, um importante elemento de legitimidade democrática por detrás (§ 66). Por esse motivo, continua o A., seria indispensável uma filtragem dos direitos fundamentais pelo direito civil, a qual se fundamentaria (a) no respeito ao espaço democrático e à separação de poderes; (b) na previsibilidade do direito (o argumento alemão “se aclimataria [...] ao direito brasileiro”, p. 325); e (c) na inconveniência de transferir o espaço decisório da autonomia privada para o juiz (§ 65). O A. apresenta, então, seu *modelo de “dupla porta de entrada”*, segundo o qual o uso tanto de cláusulas gerais quanto de “uma norma objetiva, de caráter fechado” permitiria a entrada dos direitos fundamentais no direito civil (§ 66). Seguem-se duras críticas ao uso inadequado (“barateamento”) de princípios constitucionais, à banalização dos direitos fundamentais (§ 67) e ao perigo de “macaquear a sintaxe constitucional” pelo recurso constante aos termos dúcteis e à indeterminação conceitual de princípios constitucionais (p. 330) (§ 68). Em seguida, o A. (1) retoma a defesa da autonomia do direito civil, a qual, a seu ver, somente seria ameaçada pela unidade do sistema jurídico quando se parte do pressuposto equivocado da origem estatal do direito (§ 69); (2) salienta a importância do espaço normativo da lei – reconhecendo, porém, a possibilidade de eficácia direta excepcional (por exemplo, art. 5º, V, XVII e XVII, CF) – (§ 70); e (3) levanta dúvidas sobre a ideia de poderes sociais (ou privados) (§ 71). Por último, o A. reconhece a necessidade de “fatores de correção” de seu modelo fraco, admitindo “o emprego de técnicas próprias de direito constitucional” (p. 337) como *ultima ratio* em duas hipóteses: (a) quando a intermediação legislativa for desnecessária; e (b) uma omissão legislativa não puder ser suprida pelas cláusulas gerais (proibição da insuficiência) (§ 72).

Na conclusão, o A. reitera, de maneira sucinta, os pontos centrais de sua tese. A autonomia do direito civil deveria ser mantida e a dicotomia entre direito privado e direito público (“distinção sistemática”, na terminologia de Bydlinski) subsistiria. Esse resultado decorreria de dois pilares fundamentais. De um lado, o fenômeno da constitucionalização subdividir-se-ia em três espécies (por elevação, por reforma legislativa e por irradiação), devendo todo o resto ser excluído de seu âmbito. De outro, o modelo de eficácia fraco com fatores de correção seria o “modelo adequado para estabelecer pontes com os direitos fundamentais” (p. 342). Em consequência, o direito civil, cujo fundamento se encontraria na autonomia privada, manteria uma “independência relativa da Constituição” (p. 340) (§§ 73-74).

2. ANÁLISE CRÍTICA

2.1. Aspectos gerais

O longo resumo dos principais aspectos da obra já fala por si só de sua profundidade, coerência e qualidade singular. Trata-se de uma tese construída a partir de uma reflexão

desenvolvida e amadurecida pelo estudo tanto dos mais diversos institutos do direito civil quanto do direito constitucional com diversas incursões em outras áreas do direito. A linha condutora – a defesa da metodologia própria (“estatuto epistemológico”) do direito civil em sua interpretação e aplicação – é seguida à risca da primeira à última página. Confrontado com a tendência da doutrina e da jurisprudência brasileiras de privilegiar a aplicação da CF/1988 a casos típicos de direito civil em nome da efetividade dos direitos fundamentais nela consagrados, o A. procurou analisar – de maneira concatenada e com relação de prejudicialidade – uma plêiade de temas a partir de três pontos sensíveis. *Primeiro*, se o direito privado sempre foi apresentado como um contraponto ao direito público, sua metodologia somente poderia ser questionada, se essa dicotomia perdesse sua razão de existir. Não sendo esse o caso, o A. indaga como esse quadro dialogaria com os direitos fundamentais em vista de seus desenvolvimentos significativos a partir da Segunda Guerra Mundial. Para equacionar esse problema, o A. julga necessário, *segundo*, fixar o exato conteúdo do fenômeno (inegável) da constitucionalização do direito infraconstitucional (nesse ponto, ele claramente extrapola o direito civil) para, *terceiro*, examinar como a eficácia dos direitos fundamentais é irradiada no direito civil (aqui o objeto é novamente restringido). O produto entregue à comunidade jurídica brasileira é um quadro no qual direito civil e direitos fundamentais convivem harmonicamente, em uma constante e profícua relação de interdependência e reciprocidade com respeito mútuo da autonomia. O civilista pode, no resultado, continuar a lançar mão de todo o aparato metodológico legado por séculos de tradição, devendo-se apenas atentar à influência dos direitos fundamentais (em especial pelas cláusulas gerais) e à excepcional necessidade de correção do direito ordinário.

As inovações promovidas na literatura jurídica brasileira encontram-se distribuídas ao longo de toda a obra. Na primeira parte, o A. vai de encontro à tendência da doutrina majoritária de relativizar ou mesmo contestar a pertinência da dicotomia entre direito privado e direito público por conta das dificuldades cada vez mais frequentes de atribuir uma norma ou um caso a apenas um desses ramos. O A. reconhece esses pontos de intersecção e admite a dificuldade (ou impossibilidade?) de encontrar um critério infalível para todos os casos, mas não vê aí um problema em si. A “distinção sistemática” mantém seu valor e deve ser preservada. Na segunda parte, o A. atua de maneira mais comedida, seguindo em traços gerais os resultados obtidos pela literatura de direito constitucional (em especial, a obra de Virgílio Afonso da Silva²⁶), com o mérito de direcionar o debate para o ambiente civilístico e suas particularidades. Em vista do avanço acelerado no direito civil constitucional, não convenceria simplesmente mostrar os tipos de constitucionalização; antes, era imprescindível ir além e explicitar o que não poderia ser associado a esse fenômeno apontado em detalhes os motivos. Na terceira parte, o A.

26. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38 ss.

apresenta o desenvolvimento do tema da eficácia dos direitos fundamentais da maneira mais detalhada (embora não exaustiva) disponível no Brasil, sistematiza a matéria de forma inovadora (isso é muito claro nas modalidades da teoria da eficácia direta) e procura refinar a teoria da eficácia indireta, denominando-a como “fraca” e adicionando como instrumentos (ao lado das cláusulas gerais) a “norma objetiva, de caráter fechado” (§ 66) e os “fatores de correção” (§ 72). Disso tudo o A. extrai uma importante mensagem à comunidade jurídica brasileira: os direitos fundamentais influenciam sim o direito civil, mas essa influência deve respeitar a autonomia do direito civil e ser operacionalizada com o devido rigor metodológico. Não é mais tolerável promover – em nome dos direitos fundamentais (!) – uma barbárie com uso desordenado e retórico de princípios constitucionais para alcançar resultados no mais das vezes questionáveis.

Todos esses merecidos aplausos não têm, porém, o condão de imunizar a obra de inúmeras críticas a aspectos tanto estruturais quanto específicos. Alguns deles já foram apontados de passagem no resumo da obra e não precisam ser novamente abordados; outros não atingem a essência da tese e, até por exigirem mais estudo, podem ser deixados para melhor oportunidade.²⁷ A análise a ser desenvolvida a seguir tem como diretriz um aspecto metodológico, a saber: o uso da lei, literatura e jurisprudência estrangeiras para interpretar e aplicar o direito brasileiro. Embora o A. já conhecesse esse tema e tenha se proposto a evitar “a todo custo” o “*bartolismo*” (§ 5, p. 24, itálico no original), ele mesmo reconheceu uma certa dificuldade ao dizer “que a tese não está imune a esse problema, que se entranhou na cultura jurídica nacional[,] e o autor, como membro dessa comunidade acadêmica, não está imune ao referido vício” (§ 5, p. 25). Essa dificuldade – que não é exclusiva da obra do A., mas um traço marcante de praticamente toda literatura jurídica brasileira²⁸ – não pode ser superada por uma obviedade dos ganhos do

27. Um dos pontos a merecer um estudo apartado é a interpretação da lei em Savigny. Até por conta do contexto normativo da época (os “códigos” eram textos romanos, em especial o *Corpus Iuris Civilis*), seu método de interpretar a lei não foi (nem poderia ser) transplantado diretamente ao direito vigente. Houve, em verdade, uma enorme transformação. A respeito, com ácida crítica à doutrina alemã sobre metodologia, cf. RÜCKERT, Joachim. *Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779-1861)*. In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (Org.). *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 53-95. O autor aponta, com razão, a perda do contexto da época de Savigny e o uso de fragmentos de sua obra como “*Schmuckzitat*” (Rdnr. 135, p. 73).

28. Alguns trabalhos sobre o tema são pautados pela doutrina alemã de maneira tão intensa a ponto de eles quase poderem ser atribuídos à literatura da Alemanha. Isso é muito claro em: DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed., São Paulo: Editora dos Editores, 2019. IDEM. *Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais*. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 91-123. O mesmo fenômeno se repete em outros temas com influência de outros direitos, como se pode observar – de maneira atenuada – na interessante tese de MARINO,

recurso a direitos estrangeiros, por um enriquecimento presumido com a experiência de outros ordenamentos ou por uma atitude comum de muitos autores de reconhecer o vício e negar ter incorrido nele (apesar de citar livros estrangeiros para fundamentar teses sobre o direito brasileiro). O caminho se encontra em uma mudança de atitude e de perspectiva do intérprete: em vez de procurar no direito estrangeiro doutrinas, decisões etc. “compatíveis” ou “exemplares” ao direito nacional, ele deve tentar construir respostas a partir dos dados concretos (em especial das leis) do ordenamento nacional vigente e de suas raízes históricas.²⁹ Por mais trivial que essa assertiva possa parecer, sua realização na prática é bastante dificultosa. Alguns pontos da obra do A. serão abordados a seguir, na tentativa de elucidar em vista de exemplos concretos onde exatamente se encontram os nós e como é possível desatá-los.

2.2. Primeira parte: dicotomia direito privado vs. direito público

O ponto de partida para analisar o tema sob o viés metodológico aqui adotado presuppõe a seguinte pergunta: a dicotomia tem subsistência geral, ou seja, ela existe necessariamente em todos os direitos, a ponto de a experiência estrangeira poder ser utilizada amplamente, ou sua pertinência depende de cada ordenamento jurídico? Embora a doutrina mundial não costume se ocupar com esse aspecto, uma resposta pode ser encontrada em Dieter Schmidt ao justificar a restrição do objeto de sua tese ao ordenamento jurídico da República Federativa Alemã: “*Beide Begriffe [= direito privado e direito público] sind nicht als Emanation des Rechts oder der Rechtsidee, sondern nur als Tatbestandsmerkmale dieser konkreten geschichtlichen Rechtsordnung von Interesse*”, pois a colocação do problema a respeito “*betrifft das Verständnis einer bestimmten Rechtsordnung, und ihre Ergebnisse haben nur für diese bestimmte Rechtsordnung Gültigkeit*”.³⁰ Estando

Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. Na literatura recente, duas exceções (apesar de não serem completamente livres do problema) encontram-se nas teses de TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A proteção do patrimônio cultural brasileiro pelo Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020; e BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

29. Para evitar mal entendidos: não se sustenta aqui uma atitude de completa ignorância da literatura estrangeira. Pelo contrário, embora consideremos salutar ter um contato com ela, o estudioso não pode confundir o estudo do direito nacional com o direito comparado. O ponto a ser explorado a seguir é a *forma* de traçar uma linha divisória.

30. SCHMIDT, Detlef. *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*. Baden-Baden: Nomos, 1985. p. 24 (tradução: “Ambos os conceitos [= de direito privado e direito público] são interessantes não como emanção do direito ou da ideia de direito, mas como elementos do suporte fático dessa ordem jurídica histórica concreta” [...], pois a colocação da pergunta a respeito “concerne ao entendimento de um determinado ordenamento jurídico, e seus resultados têm validade apenas para esse ordenamento jurídico específico”).

essa ideia correta (e de fato está, como ficará claro adiante), duas diretrizes devem ser adotadas desde o início para evitar equívocos. Primeiro, se a experiência estrangeira (inclusive a alemã) de fato pode ajudar em um ou outro ponto do estudo do tema no direito brasileiro (negar esse dado significaria fechar os olhos ao valor do direito comparado³¹), ela não pode ser incorporada na análise do direito nacional sem quaisquer limites, devendo-se recorrer a ela somente quando for imprescindível para compreendê-lo. Segundo, a análise deve necessariamente averiguar tanto a necessidade de dicotomia subsistir quanto sua pertinência no direito pátrio vigente à luz suas raízes históricas. Tendo essas premissas como base, surgem as três perguntas centrais sobre o tema: (1) como ocorreu o desenvolvimento histórico brasileiro da dicotomia?; (2) há realmente uma necessidade apriorística para sua existência ou podem ser encontradas alternativas?; e (3) o ordenamento jurídico brasileiro a exige em vista do direito vigente? A resposta das duas primeiras demanda uma breve análise histórica desde o direito romano, passando pelo *ius commune* e pelo direito lusitano até chegarmos ao direito brasileiro hoje vigente. A última pressupõe um exame pormenorizado das normas-chaves do ordenamento jurídico em vigor sobre o tema.

A origem mais distante (e famosa) da classificação em direito privado *vs.* direito público encontra-se no direito romano, no qual ela era utilizada em dois sentidos principais.³² De um lado, ela dividia o direito – sem pretender estabelecer uma rígida distinção sistemática – em duas grandes massas,³³ nos termos de famoso fragmento de Ulpiano:

“[...] *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*” (D. 1, 1, 1, 2).³⁴

31. Cf. nt. 28, *supra*.

32. Em detalhes, cf: KASER, Max. *Ius publicum und ius privatum. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, v. 103, p. 1-101, 1986. Defendendo três sentidos, cf: ANKUM, Hans. La noción de “ius publicum” en derecho romano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, v. 53, 1983. p. 533-536.

33. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. *Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch*. 21. ed. München: Beck, 2017. § 3, Rdnr. 5; KUNKEL, Wolfgang; MAYER-MALY, Theo. *Römisches Recht*. 4. ed. Berlin: Springer, 1987. § 25. p. 51.

34. Tradução: “Direito público é o que diz respeito ao governo do império romano; privado o que respeita aos interesses de cada cidadão; pois existem coisas que são úteis ao público e outras aos particulares. O direito público consiste nas coisas sagradas, nos sacerdotes e nos magistrados. O direito privado consta de três partes, pois resulta dos prescritos naturais ou das gentes ou civis” (de VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano: Constituições preliminares e livros 1-4*. São Paulo, YK, 2017. v. I. p. 62). O mesmo consta de Inst. 1. 1. 4.

De outro, o termo *ius publicum* era empregado para designar todo o direito criado pelo Estado ou reconhecido como vinculante por todos, abrangendo inclusive o *ius privatum*. Esse sentido subjaz, por exemplo, à regra de que “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (Pap., D. 2, 14, 38).³⁵ Essa indeterminação e pluralidade de significados (apontadas pelo A., pp. 95-97) teve consequências no desenvolvimento posterior do tema. No direito medieval, Accursius empregava o termo “*principaliter*” para designar que o direito público se referia principalmente ao Estado e o direito privado principalmente à utilidade dos particulares. No entanto, essa terminologia não revela, como deixa entender o A. (p. 97 *et passim*), apenas o uso de um critério dúctil. Antes, ela era o sinal do início de uma tendência de adaptar a dicotomia em conceitos mais adequados à realidade do direito. Ao comentar D. 2, 14, 7, 14, Bartolus fez referência à Glossa e perguntou qual seria a consequência (em vista do juramento) quando um pacto ou um contrato que pertencesse em parte ao direito público (na qual incidiria uma proibição por conta da utilidade pública) e em parte ao direito privado. Para Bartolus, com fundamento na mesma Glossa, ele valeria quanto à parte de *ius privatum* e não quanto à de *ius publicum*.³⁶ O conceito de *ius publicum* aqui envolvido não era o de grandes ramos do direito,³⁷ mas se referia à impossibilidade de os particulares revogarem uma regra por ela envolver interesse público. Mesmo assim, o resultado já apontava no sentido de uma transformação dos conceitos: em um mesmo pacto ou contrato poderiam conviver tanto elementos de direito privado quanto de direito público, cada um submetido a seu regulamento próprio (validade para o *ius privatum*, e invalidade para o *ius publicum*).³⁸

Essas considerações de Bartolus tiveram uma influência significativa no direito lusitano posterior. Embora as Ordenações fossem omissas sobre a diferença entre direito privado e direito público, autores portugueses inspiraram-se na obra do jurista italiano para sistematizar o ordenamento jurídico vigente à época de maneira

35. Tradução: “O direito público não pode ser mudado por pactos particulares” (de VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e. *Digesto I* cit. (nt. 33 *supra*), p. 156).

36. BARTOLUS. *Bartoli interpretatum Iuris Civilis Coryphaei*. Basiliae: s.e., 1562. p. 199: “*item querit gl. quid si partim pertineat ad ius publicum, partim ad privatum. Dicit gl. respectu privati valet respectu publici non.*”

37. Como disciplina, o direito público parece ter surgido apenas no século XVII. A respeito, cf: breve referência em SCHMOECKEL, Mathias. *Leges fundamentales: Gesetze, die gleicher sind als andere? Vom Inhalt zum Begriff. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Kanonistische Abteilung (SZ KA)*, a. 107, 2021. p. 248 e nt. 171.

38. Para um tratamento geral da distinção entre direito privado e direito público no *ius commune*, cf: CALASSO, Francesco. “*Ius publicum*” e “*ius privatum*” nel diritto comune classico. In: *Studi in memoria di Francesco Ferrara*. Milano: Griuffrè, 1943. v. I. p. 53-85, em especial 59 e ss.; CHEVRIER, G. Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du “*jus privatum*” et du “*jus publicum*” dans les œuvres des anciens juristes français. *Archives de Philosophie du Droit*, 1952. p. 26-35.

completamente inovadora. Melchior Phaebo, em 1625, dividiu o direito em três grandes ramos: (1) *ius publicum*, que pertenceria ao estado da República Romana e abrangeria tanto as coisas destinadas a defender, sustentar e decorar a Coroa, quanto todos os seus bens; (2) *ius privatum*, que atinaria ao estado particular de cada um, por exemplo, todas as questões familiares; e (3) *ius mixtum*, o qual, sendo em parte privado e em parte público, constituiria uma terceira espécie (*tertia species*), e.g., toda questão criminal na qual era tratado de dano (aspecto de *ius privatum*) e de castigo pelo delito (aspecto de *ius publicum*).³⁹ Essa mesma divisão foi sintetizada, de maneira lapidar, no *Promptuarium juridicum* de Benedictus Pereyra, em 1664:

*“Ius vel est publicum, vel privatum, vel mixtum. Publicum est quod directe pertinet ad statum regni, vel reipublicae: privatum est quod pertinet ad statum privatum iniurijusque: mixtum utrunque includit, v.g. omnis quaestio criminalis habet jus mixtum, nempe publicum ex parte iudicis punientis, privatum ex parte partis damnum particulare subeuntis.”*⁴⁰

Concretizava-se, assim, uma tendência: não sendo possível enquadrar todas as áreas do direito apenas no *ius privatum* ou apenas no *ius publicum*, concebeu-se uma terceira espécie – o *ius mixtum* – para agregar os casos nos quais se encontrassem elementos dos dois ramos anteriores. O paradigma era o direito criminal, já que (assim como em nossos dias) o juiz, ao condenar um réu, impunha tanto o dever de indenizar as perdas e danos (relação entre réu e vítima) quanto um castigo pelo mal causado à sociedade (relação entre réu e Estado). Essa tricotomia *ius privatum*, *ius publicum* e *ius mixtum* passava, assim, a fazer concorrência à dicotomia *ius privatum* e *ius publicum*,⁴¹ e isso não apenas em Portugal, mas ao menos também nas regiões de língua alemã.⁴²

39. PHAEBO, Melchior. *Decisionvm Senatvs Regni Lvsitaniae* – Tomvs secvndvs. Olysippone: Craesbeeck, 1625. Decisio CXIII. n. 7-12. p. 109.

40. PEREYRA, Bededictus. *Promptvarivm jvridicvm*. Ulysippone: Carneiro, 1664. n. 972. p. 195 (tradução: “O direito ou é *publicum*, ou *privatum*, ou *mixtum*. *Publicum* é <o direito> que diz respeito diretamente ao estado do reino, ou da república; *privatum*, <o direito> que diz respeito ao estado privado e de cada um: <o direito> *mixtum* inclui um e outro, por exemplo, toda questão criminal tem direito *mixtum*; com efeito, <direito> *publicum* da parte do juiz que pune, <direito> *privatum* da parte daquele que sofre um dano particular”).

41. Restrito à dicotomia, cf. CARDOSO DE AMARAL, Antonio. *Liber utilissimus iudicibus seu advocatus*. Conimbricae: Joseph Ferreyra, 1695. s.v. Jus. n. 2-4. p. 200.

42. Por exemplo, BURCHARDI, G. C. *Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht*. Bonn: Eduard Weber, 1822. p. 1-47, em especial 20-21; REIN, Wilhelm. *Das römische Privatrecht und der Civilprozess bis in das erste Jahrhundert der Kaiserherrschaft: Ein Hülfsbuch zur Erklärung alter Classiker, vorzüglich für Philologen nach den Quellen bearbeitet*. Leipzig: Koehler, 1836. p. 119.

Nos séculos seguintes, o direito lusitano reverteu essa tendência em prol da dicotomia, mantendo, porém, claros traços do entrechoque do período anterior.⁴³ Mello Freire inicia suas *Institutiones Juris Civilis Lusitani cum publici tum privati* com as seguintes palavras: “*Cum univsum jus, quo Civitas quaeque utitur, vel publicum sit, vel privatum [...]*”⁴⁴ Dito de outra forma, todo o direito empregado ou se divide em *ius publicum*, ou em *ius privatum*; uma terceira espécie não existiria. Coelho da Rocha, em contrapartida, classificava as leis, quanto à qualidade geral dos atos por elas regulados, em (1) *direito das gentes*, se a lei regulamentasse as relações entre diferentes Estados; (2) *direito público*, quando ela tratasse das relações de cada Estado com seu governo; e (3) *direito particular ou civil*, no caso de ela regulamentar os direitos e obrigações dos cidadãos entre si. Embora o termo “*ius mixtum*” não fosse expressamente utilizado, sua persistência era subentendida: as “*leis ou direito criminal*, em quanto à imposição da pena, pertencem ao direito público; em quanto à indenização do lesado, pertencem ao particular”⁴⁵ Novamente, a doutrina lusitana mostrava-se criativa. A tricotomia *ius privatum*, *ius publicum* e *ius mixtum* era substituída pela divisão quadripartite em direito das gentes, direito público, direito particular e zonas de interseção entre os dois últimos. O direito das gentes não seria, nessa perspectiva, nem direito particular, nem direito público, mas – ao menos à primeira vista – uma espécie completamente apartada e imune à influência das outras duas áreas. Nesse contexto, chama a atenção o aspecto terminológico: *ius privatum* era vertido para o português como “direito particular ou civil” ou, como se pode constatar nos comentários de Lobão a Mello Freire, apenas como “direito particular”⁴⁶ O termo “direito privado”, no sentido hoje conhecido e utilizado, *simplesmente não existia até meados do século XIX* e, portanto, não poderia ser compreendido como um contraponto a direito público.

-
43. Para uma análise da dicotomia no direito natural, cf: SCHRÖDER, Jan. *Privatrecht und öffentliches Recht – Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts*. In: LANGE, Hermann; NÖRR, Knut Wolfgang; WESTERMANN, Harm Peter (Org.). *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993. p. 961-974. Ver também BIROCCHI, Italo. *La distinzione “ius publicum/ius privatum” nella dottrina della scuola culta* (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron). *Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, v. 23, p. 139-176, 1996.
44. MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati*: Liber I – De jure publico. Conimbracae: Typographia Academico-Regia, 1827. § I. p. 1 (tradução de Miguel Pinto de Menezes: “Sendo todo o direito, usado por qualquer nação, *público* ou *particular* [...]” – Cf. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 161, 1966. p. 94).
45. COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de direito civil portuguez*. 4. ed., Coimbra: J. Augusto Orcel, 1857. t. 1. § 30. p. 14-15.
46. LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza. *Notas de uso pratico, e criticas, addições, illustrações, e remissões* – Parte I. Lisboa: Imprensa Regia, 1816. p. 6. “Direito civil” figura nesse trecho como uma subespécie.

Essa conjuntura, como não poderia deixar de ser, refletiu-se de maneira direta na fase embrionária do direito brasileiro. José Antonio Pimenta Bueno⁴⁷ classificava o “direito em geral” em uma “grande divisão [...] fundamental”, tendo como critérios o “interesse geral, colectivo ou commum” e o “interesse particular ou individual”.⁴⁸ De um lado, estaria o “Direito Publico ou Administrativo”, cujo “dominio [abrangeria] todas as relações do cidadão para com o Estado, relações de interesse geral”.⁴⁹ De outro lado, encontrar-se-ia o “Direito Particular ou Privado”, cujo objeto alcançaria “as relações que se agitam não entre o cidadão e o Estado, [mas] sim entre os individuos na razão ou intuito de seus interesses particulares”.⁵⁰ O direito público se subdividiria em interno (incluindo o direito administrativo) e externo (abrangendo o marítimo, o diplomático e o eclesiástico),⁵¹ enquanto o particular abrangeria “os direitos, interesses e relações civis, commerciaes e mesmo penaes”.⁵² À primeira vista seria traçada, dessa forma, uma clara linha divisória entre direito público e particular (ou privado), mas uma análise mais aprofundada revela um quadro ligeiramente diferente. Ao abordar o direito penal, Pimenta Bueno claramente retorna ao *ius mixtum*:

“O Direito Criminal tem duas relações: uma publica, e outra particular. A primeira é a que respeita á imposição da pena, á infracção do preceito da lei, á referencia para com a consequente sanção repressora. A segunda é a que refere-se á indemnisação, ao interesse particular da satisfação do damno operado.”⁵³

Apesar desses “dous caracteres distinctos”, seu enquadramento como ramo do direito particular se justificaria porque “todas as legislações do dominio deste segundo” assim o fariam.⁵⁴ O ponto de partida do direito brasileiro do século XIX é, portanto, muito claro. Sendo herdeiro do direito lusitano, também o Brasil distinguia direito público de direito particular, mas não buscava com isso nenhuma *summa divisio* no sentido de uma linha divisória clara, rígida e inconteste. Antes, reconheciam-se áreas de confluência

47. Sobre o Pimenta Bueno, entre outros, KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno, o jurista da Coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *José Antônio Pimenta Bueno – Marquês de São Vicente*. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 19 e ss., com indicações de bibliografia nas p. 50-51.

48. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*: primeira parte. Rio de Janeiro, J. Villeuneve, 1857. p. 7.

49. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 8.

50. *Idem*.

51. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 10-12.

52. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 12.

53. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 13.

54. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 14.

(o paradigma era sempre o direito penal⁵⁵) como um *tertium genus*, embora não se utilizasse a terminologia “*ius mixtum*”.⁵⁶

A mesma tendência se verificava em outros autores de direito constitucional e administrativo.⁵⁷ Cerca de 5 anos mais tarde, Visconde do Uruguay⁵⁸ – após contrapor o direito civil (ou privado) ao natural (entendido como “collecção das regras que a razão revela a todos os homens, e que são consideradas no nosso ser pela mão de Deus”⁵⁹) e ao público – aborda de maneira exemplar a forma como eles se relacionariam entre si.⁶⁰ Em suas palavras,

“[...] [n]ão he possível [...] estabelecer entre aquelles ramos do direito uma separação completa e absoluta, porquanto ligão-se elles, prendem-se, e jogão uns com os outros. [...] O Direito criminal por exemplo relaciona-se com o Direito civil e privado e com o Direito publico. O Direito marítimo faz parte do Direito publico, quando tem por fim immediato o interesse da nação; do Direito das gentes quando regula as relações maritimas entre dous ou mais paizes; e finalmente do Direito privado quando rege interesses particulares.”⁶¹

O debate tinha, portanto, seu epicentro no direito penal, mas logo foi se alargando para outras subáreas do direito público. Antonio Joaquim Ribas enfatizava que o “Direito Administrativo e Privado achã-se estreitamente ligados, e reciprocamente se auxilião”.⁶² Essa leitura também era partilhada por José Rubino de Oliveira, para quem o direito administrativo se valia do direito privado como “auxiliar” e

55. Para Pimenta Bueno, também o direito processual penal se enquadraria na zona do *ius mixtum* – Cf. PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro I* cit. (nt. 47 *supra*), p. 15.

56. Isolado, Teixeira de Freitas alocava o direito penal como ramo do direito privado. A respeito, mencionando e transcrevendo as fontes, cf. FERREIRA, Waldemar. O privadismo do direito criminal na doutrina de Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, v. 18, 1943. p. 30-34.

57. Curiosamente, o tema não parecia chamar atenção dos civilistas da época. Os poucos excertos doutrinários foram indicados pelo A. em um breve parágrafo (§ 15, p. 85). Provavelmente isso se deve a uma conjunção de fatores, entre eles o esforço em sintetizar o direito vigente à época e o debate sobre a conveniência de unificar o direito privado.

58. Sobre esse jurista, cf. MURILO DE CARVALHO, José. Entre a autoridade e a liberdade. In: MURILO DE CARVALHO, José (Org.). *Paulo José Soares de Sousa – Visconde do Uruguai*. São Paulo: Ed. 34, 2002. p. 11-47.

59. VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. t. 1. p. 2.

60. VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio I* cit. (nt. 58 *supra*), p. 3.

61. VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio I* cit. (nt. 58 *supra*), p. 3-4.

62. RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., 1866. p. 32.

“[...] acha-se em contacto com o direito civil, quando se trata de desapropriações; de arrecadações de bens de defuntos e de ausentes; de tutellas e curatellas; registros de nascimentos, casamentos e obitos; da defeza dos tribunaes e execuções de suas sentenças.”⁶³

Apenas na última década do século XIX parece ter início uma ruptura nesse quadro. De maneira inovadora, José Soriano de Souza atribuiu, em 1893, o direito penal ao “direito publico interno”⁶⁴ e, talvez pela primeira vez, estabeleceu uma prevalência entre ramos do direito. A seu ver,

“[...] [s]e considerarmos [...] a importancia *social* dos direitos privados e dos publicos, não ha duvida [de] que estes, em virtude mesmo do fim social, devem prevalecer. [...] A vontade dos individuos póde formar milhares de contractos dos quaes resultão direitos e obrigações, mas desde que aquella vontade se encontra (*sic*) com um direito publico, deve ceder.”⁶⁵

O direito público começava a querer se impor.

A doutrina de direito civil não poderia, naturalmente, permanecer alheia a todas essas controvérsias, até por conta de seus possíveis reflexos no esforço de conceber um código civil. Teixeira de Freitas, como assinalou o A. (p. 85, nt. 278), tinha pleno conhecimento das enormes divergências doutrinárias sobre a dicotomia do direito francês. Nesse contexto, uma pergunta precisa ser colocada: se depois de ter realizado boa parte do Esboço de Código Civil, Teixeira de Freitas mudou de ideia, abandonou seu projeto inicial e propôs-se a elaborar um Código Geral,⁶⁶ como seria nele tratada a dicotomia entre direito privado e direito público? A concepção de um tal corpo legislativo poderia levar, para o tema ora em análise, a três caminhos opostos e mutuamente excludentes. Primeiro, esse código poderia eliminar a diferença entre direito privado e direito público, pois as normas gerais demonstrariam a falta de pertinência de dividir o ordenamento jurídico de maneira rígida e inflexível. Em consequência, em vez de classificar todas as normas em duas grandes massas para daí extrair conclusões sistêmicas, o intérprete partiria de um ponto comum e somente traçaria diferenças quando as especificidades do próprio âmbito da norma o exigissem. As demais normas (por exemplo, o Código

63. VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio I* cit. (nt. 58 *supra*), p. 17, n. 30-31.

64. SORIANO DE SOUZA. José. *Princípios geraes de direito publico e constitucional*. Rio de Janeiro: Casa, 1893. p. 9.

65. SORIANO DE SOUZA. José. *Princípios* cit. (nt. 63 *supra*), p. 12 (grifo no original).

66. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil – Proposta do Dr. Teixeira de Freitas sobre um Novo Plano para o Mesmo Código. *O Direito* – Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudencia, a. 24, v. 71, p. 321-328, 1896 [= *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. a. 3, vol. 8, p. 357-363, 2016].

Civil, a Constituição e o Código Penal) teriam apenas de indicar o conteúdo específico para regulamentar determinada área da vida (e.g., regras de formação dos contratos no Código Civil, organização dos poderes na Constituição e estrutura do delito no Código Penal). Segundo, a dicotomia (ou tricotomia, com o *ius mixtum*) poderia ser elevada ao patamar de espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico, constituindo-se em um norte a partir do qual o intérprete selecionaria as normas aplicáveis e direcionaria seus argumentos. Esse pressuposto se refletiria já no início do próprio código, que teria de fixar o critério de para classificar cada ramo do ordenamento jurídico e estabelecer as principais consequências daí advindas. Terceiro, uma das grandes áreas – o direito privado ou o direito público – teria prioridade e se sobreporia à outra.

A rejeição da proposta de um Código Geral pelo governo do Império⁶⁷ levou Teixeira de Freitas a abandonar a empreitada. A carta dirigida por Teixeira de Freitas ao Imperador⁶⁸ parecia acenar para a primeira alternativa,⁶⁹ mas inexistia qualquer elemento claro a respeito. Isso não significou, porém, a ausência de reflexão pátria sobre o tema. Quatro décadas mais tarde, em 1911, Lacerda de Almeida retomou a ideia de Código Geral e debruçou-se – pela primeira vez entre os civilistas brasileiros⁷⁰ – de maneira aprofundada sobre a dicotomia.⁷¹ Após tecer grande elogio ao projeto de Código Geral e enfatizar a necessidade de unificar o direito privado, ele revelou seu desígnio de

67. A respeito, cf: ALENCAR, José Martiniano de. *Relatorio do Ministerio da Justiça apresentado á Assembléa Geral Legislativa na primeira sessão da decima quarta legislatura*. Rio de Janeiro: Progresso, 1869. p. 112-119, em especial 115-119.

68. Nt. 65, *supra*.

69. Essa também parece ter sido a impressão de Clóvis Beviláqua – Cf. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 8. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1949. v. I. n. 67. p. 70.

70. Teixeira de Freitas aventou o problema em diversos escritos, mas seu posicionamento não era muito claro. A respeito, cf: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostilla á censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859. p. 12 e ss., em especial 14-15, 72, 125 e 165-176; Idem. *Codigo Civil – Esboço*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1860. Com. art. 196, p. 132-133; Com. art. 275, p. 187-188; Com. art. 276, p. 190-191; Com. art. 289, p. 201-203; Idem. *Vocabulario Juridico*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883. Com. art. 182, nt. 176, p. 513; Com. art. 261, p. nt. 238, p. 578; Com. art. 260, nt. 234, pp. 575-576; Com. art. 270, nt. 251, p. 585-586.

71. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral do Direito Civil – Ensaio de uma refusão e nova classificação de todas as materias de Direito. *Revista da Faculdade Livre de Direito da Cidade do Rio de Janeiro*, v. 7, p. 33-59, 1911. Muitas dessas ideias foram reforçadas 17 anos mais tarde em LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. O Direito Civil e sua codificação. In: *Livro do Centenario dos Cursos Juridicos (1827-1927)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928. v. I. p. 157-186. Assusta-nos o fato de esse precioso artigo ser completamente desconhecido pelos estudiosos de direito civil brasileiro. Mesmo bons pesquisadores nem mesmo o mencionam em obras sobre codificação do direito pátrio ou – o que é ainda mais grave – sobre a parte geral do Código Civil. Isso se explica por ao menos dois fatores. Primeiro, existe

“[...] tentar uma classificação nova, não por processos legislativos, como era intenção do grande mestre [= Teixeira de Freitas], mas por meios doutrinários e aproveitando os progressos da sciencia operados desde a época da sua mallograda codificação. Vá pois a nossa pedra lançada a esmo e sem grande valor concorrer para a immane construcção, que já vejo desenhar-se nos horizontes do futuro – a unificação do Direito, não das materias sómente do Direito Privado, mas de todos os principios que regem o Direito Privado e o Direito Publico de modo que, invertida a formula baconiana – *jus privatum sub tutela juris publici latet*, se possa afoutamente afirmar: *jus publicum sub specie juris privati latitat*.”⁷²

A pedra fundamental era lançada, assim, de maneira inovadora e singular: o Código Geral traria as normas válidas para todos os rincões do ordenamento jurídico organizadas a partir do direito privado. O critério não seria o dos “processos legislativos” (hierarquia formal), mas dos “meios doutrinários”, ou seja, dando-se prioridade à ciência, somente o direito privado poderia ser utilizado como norte para organizar o sistema. O direito público, em contrapartida, ficaria escondido (“*latitat*”) como espécie de direito privado.

A escolha pelo terceiro caminho é explicitada de maneira ainda mais clara pouco depois:

“[...] disse eu que pretendia classificar todos (*sic*) as materias juridicas subordinando-as aos principios que regem o Direito Privado, invertida a formula baconiana para levantar em logar della como *principio determinantor e classificador* a formula – *jus publicum sub specie juris privati latitat*.”⁷³

enorme dificuldade de identificar a literatura mais antiga, porque os manuais e artigos brasileiros não a citam, o acesso é difícil e as bases de dados ainda são muito lacunosas. Segundo, o pesquisador tende a colocar toda sua energia na busca de trabalhos estrangeiros, pressupondo – equivocadamente – que todo e qualquer texto publicado no Brasil é por si só “ruim” e não merece nem mesmo ser citado. Essa mentalidade (em verdade, um reflexo da dimensão cultural do direito brasileiro) é extremamente prejudicial não apenas por desvalorizar nossa própria história, mas também por desestimular qualquer brasileiro a produzir um trabalho de qualidade. Afinal, por que despender meses de vida refletindo sobre uma ideia se ao fim e ao cabo toda a comunidade jurídica só quer saber de teses alemãs, italianas, francesas etc.? A exemplo de Lacerda de Almeida, todos nós somos vítimas desse vício.

72. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 36-37. A frase “*jus privatum sub tutela juris publici latet*” encontra-se em BACON, Francis. *Francisci Baconis de dignitate et augmentis scientiarum Libri IX*. Norimbergae: Riegel et Wiessner, 1829. t. II. n. 3. Lib. VIII. p. 261; e MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Auxiliar juridico*: servindo de appendice a decima quarta edição do Codigo Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1869. p. 489-490. Ver também HOFMANN, Hasso. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. *Der Staat*, v. 57, 2018. p. 18 *et passim*.
73. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 39-40.

O Código Geral teria, então, “tres categorias a que se podem reduzir os elementos que entram na formação das relações jurídicas em qualquer ramo do Direito”: pessoas, coisas e atos jurídicos.⁷⁴ Em seguida, Lacerda de Almeida passa a concretizar seu pensamento. O Estado, entendido como “corporação política”,

“[...] a despeito de sua supremacia, entra na esfera doutrinaria de todas as corporações[;] suas constituições são estatutos de uma associação em ponto grande; as relações entre soberano e súbditos, entre poder publico e massa popular [...] são as mesmas relações que as existentes entre a corporação privada e seus membros. Constituições políticas, Estatutos, Regimentos, Compromissos, Regras (falando de comunidades religiosas) tudo obedece ao mesmo plano, tudo traduz a mesma idéa. O Direito Publico não é mais, em relação ao Estado, que o Direito que rege uma sociedade anonyma o é para regular a situação entre a directoria, o conselho fiscal e os acionistas.”⁷⁵⁻⁷⁶

As coisas são consideradas matéria própria da “Parte Geral do Direito Civil [...] que sómente um observador superficial não a excergará tratada das diferentes questões de Direito Publico, interno ou externo, quero dizer, mesmo no Direito Internacional Publico e das Gentes”.⁷⁷ Como exemplos, citam-se o instituto da ocupação para resolver problemas sobre o território nacional, os interditos possessórios em litígios internacionais (*uti possidetis*) e a possibilidade de a propriedade passar do domínio público ao particular.⁷⁸ Os atos jurídicos, por seu turno, abarcariam inclusive as leis como uma de suas categorias. “Nos governos livres”, explica o jurisconsulto, “a lei não é olhada como o *ukase* moscovita, a vontade despotica de quem impera, é antes considerada um *pacto* (dahi esta denominação profanada quando a aplicam a constituições impostas), um verdadeiro contracto entre o poder publico e os particulares”.⁷⁹ Haveria, ainda, um “parallelismo entre a lei e o contracto no modo de interpretal-os como actos juridicos”.⁸⁰

74. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 40-41.

75. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 41-42.

76. No “Schema da systematisação universal das materias jurídicas”, anexado ao artigo, Lacerda de Almeida menciona expressamente, no “direito das pessoas”, os “direitos fundamentaes das pessoas singulares”, citando o “direito á vida, á liberdade, á honra”, e os “direitos fundamentaes das pessoas juridicas”, indicando o “direito á personalidade, á autonomia, á integridade e ao patrimonio”.

77. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 43.

78. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 43-44.

79. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), pp. 45-46 (grifo no original).

80. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 47.

Esse quadro harmônico é, porém, ao menos em parte embaralhado quando Lacerda de Almeida aborda a pertinência da dicotomia. Em uma rica nota de rodapé, ele explica que o problema da distinção “tem sido embrulhado e complicado por explicações que realmente nada explicam”, a ponto de os autores “que se propuzeram a estabelecer um critério de distinção te[re]m cahido em verdadeiras *petições de principio*”. Os simples fatos de uma coisa (por exemplo, bem de um hospital) pertencer a um grupo em comum (Estado), de haver uma pluralidade de sujeitos, de ela ser indeterminada ou de a coisa ser objeto de uso público não seriam, por si só, suficientes para deslocar seu enquadramento jurídico do direito privado ao direito público; antes, ela continuaria a ser de direito privado. Por esse motivo, o “critério de distinção entre o Direito Público e o Direito Privado não pode ser outro mais que o relativo, do governo e organização da corporação como corporação e por tanto do Estado como corporação política”. O direito público não poderia ser definido nem mesmo “em vista da comunidade de vida e fins”, porquanto esse elemento poderia ser facilmente (“fácil é”) generalizado para as “corporações de qualquer espécie”, sejam públicas (Estado), sejam privadas.⁸¹ Nessas palavras se descortinam uma contradição. Afinal, se o critério para diferenciar direito privado de direito público é contestável e “relativo”, não seria mais correto simplesmente negar a dicotomia e, como consequência, deixar de lado também uma preponderância do direito privado sobre o direito público? Se o Estado pode ser classificado entre as pessoas jurídicas como qualquer outra de direito privado, se inexistente qualquer motivo de ordem científica para separar seu regulamento das normas gerais de direito privado e se mesmo as leis podem ser submetidas à categoria dos atos jurídicos, não se estaria por negar, implicitamente, a própria autonomia do direito público? Lacerda de Almeida detectou o problema e fez um remendo:

“Ninguém duvida hoje em dia que o Estado entra na categoria das *pessoas*, que o território e mais objectos sobre que exerce sua acção pertencem á categoria das *cousas*, e as leis e decretos do poder publico são *actos juridicos*: a parte geral do Direito Privado abarca deste modo o Direito Publico, cujas fronteiras em doutrina entendo que devem cair e desaparecer.”⁸²

Melhor seria ter negado a autonomia do direito público a afirmar a supremacia do direito privado sobre algo que, a seu ver, não deveria existir.

Seja como for, alguns dados não podem ser negados. Lacerda de Almeida inspirou-se em Teixeira de Freitas para conscientemente trilhar um caminho desconhecido no Brasil e talvez inovador em todo o mundo. A chave de sistematização de todo o ordenamento jurídico encontrava-se, a seu ver, no direito privado, em especial no direito civil. Suas palavras não permitem uma leitura diversa:

81. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 44-45, nt. 7.

82. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 52.

“Só uma lei, uma norma, um Direito existe, cujo nome confesso, perde-se dessas alturas a que nos elevamos a contemplar as cousas em seus fastígios; mas se algum nome lhe convem não pelos sujeitos a quem compete, mas pela fonte donde dimana é o do Direito Privado, o qual vae avassalando toda a esfera dos outros ramos de Direito para lhes dictar suas normas soberanas. É pois o Direito Privado ou se quizerem um Direito que ainda não tem denominação propria, tão generico e universal se patenteia, mas um Direito cujos principios se vão perder e embeber nos principios superiores do Direito Privado, é esse Direito universal e unico que rege todas as relações possiveis na ordem civil e politica, na ordem internacional e interna das nações.”⁸³

De maneira ainda mais enfática:

“*Jus publicum sub specie juris privati latitat*; quer dizer que o Direito Publico é como os demais ramos congêneres do Direito, ainda uma expressão e manifestação do Direito ou do Direito impropriamente assim chamado, sob cujas vastas azas se vae abrigar e em cujas fontes se vae inspirar.”⁸⁴

O resultado é, no mínimo, surpreendente: *ao menos no direito brasileiro já houve sim uma clara tentativa de suplantar o direito público pelo direito privado com fundamento em argumentos meramente teóricos.*⁸⁵ No entanto, ao contrário do que os adeptos do discurso do positivismo e de uma possível “liberdade sem limites” do século XIX podem querer supor, os princípios reitores não eram dirigidos a propalar um individualismo nem a favorecer a exploração dos “mais fracos” pelos “mais poderosos”. Em verdade, tratava-se *apenas* de uma proposta de sistematização do direito.

Os projetos de Código Civil e a doutrina posterior (tanto de direito civil quanto de todas as demais áreas) não atribuíram, infelizmente, qualquer importância ao esforço teórico desenvolvido por Lacerda de Almeida.⁸⁶⁻⁸⁷ Beviláqua, como demonstrou o A.,

83. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 49-50.

84. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. A chamada Parte Geral cit. (nt. 70 *supra*), p. 51-52.

85. Esse resultado não contradiz a assertiva do A. sobre a inexistência de “resistência histórica (ao menos dos principais doutrinadores) do Direito Civil a se submeter ao princípio da subordinação hierárquica” (§ 60, p. 302, nt. 1017). O objetivo de Lacerda de Almeida era apenas sistematizar o direito brasileiro vigente. Naturalmente, o juriconsulto (a nosso ver, o maior – e mais injustiçado – civilista brasileiro do século XX) conhecia e respeitava a supremacia hierárquica da Constituição.

86. Os motivos devem ser os mesmos já apontados na nt. 70, *supra*.

87. Talvez por influência inconsciente das ideias de Teixeira de Freitas, o CC/1916 (assim como o CC/2002) contém resquícios do pensamento de um Código Geral do direito, como as regras sobre pessoas jurídicas de direito público, as quais são estudadas apenas no direito público. Cf. estudo sobre as normas de direito administrativo no CC/1916 de LIMA, Ruy Cirne.

parecia não dar muita importância ao tema no momento de gestação do CC/1916, vindo a se ocupar dele apenas mais tarde, em seus comentários (pp. 86-87). Ao menos no momento quando fez o projeto primitivo, o ponto de partida do estudo do direito civil era, em sua visão, a dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo,⁸⁸ provavelmente refletindo seu posicionamento filosófico em favor de um Estado minimalista.⁸⁹ Contudo, nem toda a doutrina comungava do mesmo ponto de vista. Viveiros de Castro apresentou, com base na literatura estrangeira, a possibilidade de romper com a “tradição romana da distinção do Direito em *público e privado*” por seis motivos: (1) a dicotomia teria um valor puramente histórico, não encontrando amparo em exigências universais e perenes; (2) tanto o indivíduo teria vida pública quanto o Estado teria vida privada, não se podendo distinguir entre duas esferas jurídicas; (3) o pressuposto da dicotomia seria equivocado, pois o direito não seria uma “obra objectiva do Estado, como Governo”; (4) indivíduos e Estado encontrar-se-iam em cooperação, e não em oposição, como sugere a dicotomia; (5) particular e Estado seriam sujeitos de direito do mesmo nível, inexistindo uma superioridade do último em face do primeiro; e (6) o caráter público atribuído ao direito público criaria uma “sugestão muito perniciosas”, levando “os tratadistas e os políticos [a] conceitua[re]m o direito publico como especial, como o direito do *todo*, do *Estado*, do soberano, que requer e se reveste de fôrmas, forças e meios auctoritarios particularissimos”.⁹⁰ (grifos do original) Novamente, um aspecto merece ser sublinhado: uma possível superação da dicotomia pautava-se por motivos dogmáticos, ou seja, analisava-se sua conveniência em vista do direito e das concepções da época.

Se até esse momento os autores brasileiros ou admitiam a dicotomia (Beviláqua), ou defendiam a supremacia do direito privado (Lacerda de Almeida) ou ainda colocavam em xeque a pertinência de distinguir sem negar valor ao direito privado (Viveiros de Castro), a maré começou a virar já na década de 1920.⁹¹ Herculano de Freitas, em aula inaugural sobre princípios gerais de direito público ocorrida em 1923 na Faculdade de Direito de São Paulo (hoje da USP), retratou de maneira bastante precisa o sentido da época. A seu ver, direito privado e direito público “se penetram: da organização do

O Código Civil e o direito administrativo. *Revista Jurídica*, a. 8, n. 44, p. 5-14, 1960. Ver também CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Os bens públicos no Código Civil. *Direito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, a. 4, v. 20, p. 435-439, 1943.

88. BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908. p. 7 e ss.
89. BEVILÁQUA, Clóvis. O fim do Estado. In: *Estudos de direito e economia politica*. Recife: Officina Typographica, 1886. p. 135 e ss.
90. VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro e Santos, 1914. p. 99-101. A primeira edição dessa obra é de 1906. Infelizmente não tivemos acesso a ela.
91. Soriano de Souza (cf. nt. 64, *supra*) não defendia nem negava a dicotomia; ele apenas afirmava a prevalência do direito público em caso de conflito com o direito privado.

Estado decorrem regras para a elaboração do Direito Privado, bem como da extensão da concepção de direitos individuais decorrem regras para a organização do Estado e limites de sua ação”. Nada obstante, os limites entre cada um deles variariam com o tempo. A sua época (“idade contemporânea”),

“[...] sob influxo da civilização, da philosophia e do Direito Publico anglo-saxonio, e das conquistas da grande revolução, procurou a fixação no equilibrio entre o poder limitado do Estado e os direitos inatacaveis dos individuos, creando nestes faculdades efficazmente oppostas á soberania do Estado”.

A questão que o perturbava era, porém, sobre a diretriz futura, ou seja, se esse equilíbrio seria mantido ou haveria uma mudança. Sua resposta foi clara:

“[...] [a]s modificações nas organizações politicas decorrentes da guerra e das consequencias de revoluções sociaes das massas proletárias, ensinam que se caminha para um regimen de mais acção do Estado, de menores faculdades individuais, e, portanto, para uma nova dilacão do Direito Publico com sacrificio do Direito Privado. A concepção individualista cede terreno à doutrina socialista. Tudo parece indicar que a humanidade caminha para um governo em proveito das massas, por intermedio do Estado, e, portanto, para uma transformação até de phenomenos economicos em regras juridicas, sob uma nova compreensão da idéa de Justiça – não já a *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, mas sim a *vontade constante de dar a cada um o que lhe fôr indispensavel para viver e progredir*, fundando, assim, o Direito no principio da solidariedade social.”⁹²

O direito privado, embora não fosse condenado ao ostracismo, teria seu espaço em muito reduzido.

Em vista desse desenvolvimento histórico, o esperado seria o direito brasileiro caminhar para um coroamento do direito público, tal como se deu em alguns países europeus durante o totalitarismo.⁹³ Getúlio Vargas chegou até mesmo a preparar o terreno político em um discurso proferido em 1938:

“O Estado Novo não reconhece direitos de indivíduos contra a coletividade. Os indivíduos não têm direitos, têm deveres! Os direitos pertencem à coletividade! O Estado,

92. FREITAS, Herculano. Principios geraes de direito publico. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. 55, 1923. p. 544-545 (grifos no original).

93. A respeito, indicando a literatura do período, cf: HAACK, Stefan. *Theorie des öffentlichen Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 40-42; Idem, *Theorie des öffentlichen Rechts II: Was bleibt von der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. p. 31-36. Ver também RIEZLER, Erwin. Obliteration des frontieres entre le droit prive et le droit public. In: *Introduction a l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*. Paris: Sirey, 1938. t. 3. p. 119.

sobrepondo-se à luta de interesses, garante os direitos da coletividade e faz cumprir os deveres para com ela.”⁹⁴

Daí para uma tentativa de esfacelamento do direito privado era apenas um passo, mas a doutrina brasileira – surpreendentemente – não dançou conforme a música. No campo do direito administrativo, Themistocles Brandão Cavalcanti lançou mão de obras estrangeiras (entre muitas outras, de Hans Kelsen) para contestar o “valor prático e científico” da dicotomia.⁹⁵ Nada obstante, o direito administrativo seria, a seu ver, um “regimen jurídico especial, peculiar á administração, que não prescinde da aplicação de normas de direito privado” e a existência de “intromissão do direito publico na esphera do direito privado, e vice-versa” tiraria “a autonomia de cada um desses ramos do direito”.⁹⁶ O mesmo fenômeno se repetiu na literatura de direito civil. Os projetos de Código de Obrigações, de autoria de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, não tocou no assunto, nem trouxe qualquer indício de tentar superar a dicotomia ou de submeter a autonomia privada aos interesses do Estado.⁹⁷ Tanto era assim que o debate da época em torno dos textos apresentados também não se referia ao tópico.⁹⁸ Sob essa perspectiva, seria natural a dicotomia não ser levantada pelos geração seguinte. De fato, como bem demonstrou o A., os principais civilistas do século XX (San Tiago Dantas, Vicente Ráo, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro) não foram cooptados pelo discurso (pp. 87-90).

Para os fins da presente resenha, podemos parar por aqui.⁹⁹ A análise conjunta de todos esses dados já permite retirar as seguintes conclusões fundamentais. No âmbito do

94. Cf. FAUSTO, Boris. *Getúlio Vargas: o poder e o sorriso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 82. Esse discurso foi proferido em São Paulo. Sobre o contexto, cf., entre outros, SKIDMORE, Thomas E. *Brazil: Five Centuries of Change*. New York/Oxford: Oxford, 1999. p. 107 ss. e 113 ss.

95. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. v. II. p. 11.

96. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições II* cit. (nt. 94 *supra*), p. 14.

97. Cf. NONATO, Orosimbo; AZEVEDO, Philadelpho; GUIMARÃES, Hahnemann. Exposição de motivos. In: Branco Rangel, Leyla Castello (Coord.). *Código Civil: anteprojetos*. Brasília: Senado Federal, 1989. v. 1. p. 55-69.

98. Os debates concentravam-se mais na conveniência de promulgar um novo Código Civil e em detalhes específicos das normas.

99. Um dos motivos para esse quadro pode residir na falta de bons estudiosos de direito público nesse período, como nos relata VIANNA, Oliveira. *Novos métodos de exegese constitucional*. *Arquivo Judiciário*, v. XLIII, 1937. p. 101: “Essa attitude dos nossos legisladores <de tratar o texto constitucional da mesma forma como as leis ordinárias> deriva de varias causas, que não quero discriminar aqui por ser impropria a occasião e que vão desde da (*sic*) actividade estritamente forense da maior parte delles até a inexistencia, ou quasi inexistencia, de verdadeiros publicistas

direito *civil* brasileiro, a dicotomia não era um tema candente, nem foi objeto de grande debate ou de relevantes controvérsias. O único estudo digno de ser mencionado, de autoria de Lacerda de Almeida, foi absolutamente ignorado pela doutrina da época e mesmo posterior, a ponto de mesmo os melhores estudos sobre o processo de codificação do Brasil o desconhecem.¹⁰⁰ Eventuais críticas à dicotomia até podiam ser conhecidas (como as de Kelsen¹⁰¹), mas não lograram sobrepor-se ao pensamento tradicional consolidado. Outro era, entretanto, o ambiente do direito administrativo. Sob inspiração de autores estrangeiros, a dicotomia era frequentemente colocada em xeque, mas nunca no sentido de submeter o direito privado ao direito público. Embora o regime autoritário do Estado Novo pudesse desencadear um movimento nesse sentido, ele não encontrou acolhida doutrinária a ponto de iniciar um processo de virada em favor do direito público. A história brasileira da dicotomia não é, portanto, marcada por embates entre as grandes áreas, nem pela influência de movimentos políticos sobre a doutrina. Antes, o panorama era caracterizado por uma tentativa de sistematizar o ordenamento jurídico a qual se traduzia ora em uma afirmação do direito público como ramo em igualdade hierárquica com o direito privado (Pimenta Bueno), ora em uma negativa da existência de dois ramos opostos (Viveiros de Castro e Themistocles Brandão Cavalcanti). Nunca houve uma *summa divisio* a ser defendida; todo o esforço era meramente teórico.¹⁰² Apesar do terreno favorável, a previsão de Herculano de Freitas não se concretizou nas décadas imediatamente seguintes. Somente no final do século XX, com argumentos no mais das vezes retóricos ligados à constitucionalização do direito *civil*, esse cenário começou a mudar também na doutrina civilística (cf. pp. 92-94).

Esse longo desenvolvimento histórico, do direito romano até o século XX, revela o caminho próprio seguido pelo direito brasileiro, mas somente é relevante – e aqui entra a terceira pergunta indicada no início deste item –, se ajudar a entender algum aspecto do ordenamento vigente. A nosso ver, embora os inúmeros argumentos trazidos pelo A. em prol da dicotomia sejam tendencialmente corretos (§§ 19-22), é necessário colocar a seguinte pergunta: à luz do retroexposto, o direito brasileiro realmente adota uma dicotomia ou existem pontos de referência para um sistema diverso? A resposta encontra-se no *sistema de fontes subsidiárias erigido pelo próprio legislador* nas mais diversas leis (em especial, códigos) do ordenamento jurídico. O panorama pode ser

em nosso paiz, versados não apenas em technica de direito constitucional, mas em direito publico, mas em sciencia politica, mas em historia politica geral e nacional.”

100. Cf. nt. 70, *supra*.

101. Uma síntese pode ser encontrada em KLINGHOFFER, Hans. Direito público e direito privado (resumo da teoria de Hans Kelsen). *Revista Forense*, a. 39, n. 89, p. 395-399, 1942.

102. Ver também SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito público e direito privado – Notas sobre o aspecto histórico do problema e sobre a possibilidade de uma revisão. *Arquivo Forense*, v. 46, p. 55-62, 1962. em especial p. 57-58.

resumido no seguinte quadro: (a) a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) indica a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º) como fontes subsidiárias; (b) a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina o recurso à jurisprudência, à analogia, à equidade e a “outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”, aos usos e costumes, e ao direito comparado (art. 8º, *caput*); (c) o Código de Defesa do Consumidor (CDC) reconhece outros direitos previstos em tratados internacionais, leis ordinárias internas e regulamentos, e os decorrentes de princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (art. 7º, *caput*); (d) o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece, na ausência de dispositivo expresso, o uso sucessivo da analogia, dos princípios gerais de direito tributário, dos princípios gerais de direito público e da equidade (art. 108); (e) a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei n. 7.853/1989) prescreve a consideração de valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social e do respeito da dignidade humana, e outros decorrentes da Constituição ou “justificados pelos princípios gerais de direito” (art. 1º, 1º); (f) a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) autoriza as partes a convencionar que a arbitragem ocorra com base em princípios gerais de direito, usos e costumes, e regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º); e (g) o Código de Processo Penal (CPP) admite a interpretação extensiva, a analogia e “o suplemento dos princípios gerais de direito” (art. 3º).¹⁰³

A leitura conjunta dessas normas revela o aspecto essencial. Se existem princípios gerais de direitos aos quais se oporiam, de um lado, aos princípios gerais de direito público e princípios gerais de direito privado (*a contrario sensu*) e, de outro, princípios gerais de direito do trabalho, princípios gerais de direito tributário e, por decorrência lógica, princípios gerais de direito civil, ambiental, urbanístico, administrativo, financeiro etc., como tudo isso pode ser compatibilizado com a dicotomia? O sistema delineado pelo legislador é fixado em três níveis de abstração. Primeiro, os princípios gerais de direito são normas aplicáveis a todas as áreas do direito, sendo irrelevante determinar se elas seriam de direito público ou de direito privado. Implicitamente, o legislador admite existirem pontos comuns entre ambas as áreas, ou, para ser mais preciso, uma espécie de “supradireito” a reger ambas as áreas. O segundo, especialmente claro no art. 108, CTN, é a separação entre princípios gerais de direito privado e de direito público, a qual somente pode ser teoricamente concebível, se esses princípios forem normas diferentes dos princípios gerais de direito e mutuamente excludentes. Dito de outra forma: há princípios gerais válidos para todo o ordenamento (seja direito privado, seja direito público), princípios gerais válidos apenas ao direito privado e ainda princípios gerais exclusivos do direito público. Terceiro, cada ramo do direito (direito civil, processual civil, penal, processual penal, trabalhista, processual trabalhista, constitucional, administrativo, tributário etc.) tem seus próprios princípios regentes. No resultado, cada área do

103. Outras normas, em especial de direito internacional, ainda poderiam ser mencionadas.

direito exige uma combinação desses níveis para chegar aos princípios aplicáveis, devendo o intérprete recorrer ao mais abstrato somente quando o mais concreto não fornecer uma resposta. O direito civil, por exemplo, se submeteria aos princípios gerais de direito, aos princípios gerais de direito privado e aos princípios gerais de direito civil.

Esse sistema pode parecer deveras complicado à primeira vista, mas ele é capaz de acomodar todas as necessidades. Os princípios gerais de direito compreendem, entre outros, os direitos fundamentais¹⁰⁴ aplicáveis – *mesmo que de maneira diversa* – tanto ao direito privado quanto ao direito público, como a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF). Os princípios gerais de direito privado e de direito público são constituídos pelas normas aplicáveis apenas em cada um desses ramos, por exemplo, a autonomia privada no direito privado e a separação de poderes no direito público. Eventualmente pode haver intersecções quando o direito público recorre ao direito privado como direito subsidiário, como ocorre, *v.g.*, na aplicação subsidiária aos contratos administrativos nos termos do art. 54, *caput*, Lei 8.666/1993 e no uso de institutos, conceitos e formas de direito privado na interpretação da lei tributária (art. 110, CTN). Os princípios gerais de cada ramo do direito variam muito de um para outro, podendo ser mencionadas, no direito civil, a igualdade de partes (não apenas em direito contratual, mas também em direito de família) e a vedação ao enriquecimento sem causa; no direito empresarial, a rápida circulação de riquezas; no direito ambiental, a obediência ao princípio do poluidor-pagador. Na prática, todas essas distinções têm pouca relevância, seja porque o recurso aos princípios gerais é bastante raro diante do detalhamento legislativo e da prioridade de outras fontes supletivas, seja porque a ideia de princípios gerais nunca recebeu o devido tratamento doutrinário e jurisprudencial. Confrontado com um caso prático, o intérprete realiza de maneira intuitiva o processo de selecionar as normas relevantes para obter uma resposta. Um civilista não cogita, por exemplo, da supremacia do interesse público ao resolver um problema de nulidade do contrato, porque isso simplesmente não faria sentido algum.

A partir desse sistema, chega-se ao seguinte resultado: o direito brasileiro vigente exige a diferença entre direito privado e direito público, porque ela é imanente à interpretação e aplicação da lei. É necessário delimitar o que é direito privado, porque somente os princípios gerais dessa área se aplicam a seus ramos, da mesma forma como é indispensável determinar o que é direito público, porquanto somente seus princípios são utilizados em suas áreas. Nesse sentido, o A. está coberto de razão ao sustentar a diferença entre direito privado e direito público. No entanto, dois aspectos merecem ser atentamente observados. Primeiro, a dicotomia no sentido de uma *summa divisio* ou de uma “distinção sistemática” não é um dado apriorístico, foi diversas vezes contestada no

104. Ao menos aparentemente nesse sentido, cf: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 27 e 49.

longo desenvolvimento do direito nacional e nunca logrou alcançar contornos muito claros entre nós.¹⁰⁵ Sua negativa ou eventual superação não coloca, por si só, a autonomia do direito civil (ou do direito privado) em perigo.¹⁰⁶ *De lege lata* ela é de fato um dado necessário, mas em casos extremos ela pode ser afastada por via doutrinária¹⁰⁷ e *de lege ferenda* talvez fosse mais adequado retornar de modo decisivo às raízes lusitanas e admitir, entre os dois polos, um *ius mixtum*, no qual se encaixariam muito bem algumas áreas de enquadramento polêmico em nossos dias, como o direito penal,¹⁰⁸ o “direito privado administrativo”,¹⁰⁹ o direito do trabalho¹¹⁰ e o direito urbanístico.¹¹¹ É muito difícil, por exemplo, dizer que o direito penal é apenas direito público, quando ele produz reflexos imediatos no direito de indenizar (aspecto eminentemente civil). Segundo, em vista do sistema de fontes do direito brasileiro, os critérios desenvolvidos para delimitar direito privado de direito público em ordenamentos jurídicos estrangeiros são imprestáveis para nós. Ao menos no direito vigente, tão importante quanto saber o que é direito privado e o que é direito público, é poder determinar quais regras encontram-se acima dessa diferença e, portanto, constituem uma espécie de “conjunto de normas neutras”. Ambos esses aspectos podem, aliás, explicar por que as inúmeras teorias (e suas combinações)

-
105. Por esse motivo, não faz sentido nenhum falar em uma necessidade de superar a dicotomia direito privado vs. direito público, como faz parte da doutrina (recentemente, por exemplo, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 20). Ao menos no direito brasileiro, essa dicotomia nunca chegou propriamente a se impor.
106. O perigo – se ele realmente existe – encontra-se em outro lugar.
107. Veja nossa análise do Caso da UBC em 3.3., *infra*.
108. Cf. SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito público cit. (nt. 101 *supra*), p. 58 (o direito penal “tem[,] em nosso entender[,] função e essência próprias, ao lado do direito privado e do público”). Do mesmo autor, ver também: Aspectos gerais do direito penal. *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, a. 2, n. 7, 1955. p. 253-255 e Esboço de uma filosofia do Direito Penal. *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, a. 3, n. 11 e 12, 1956. p. 265-270.
109. Nesse sentido, COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos cit. (nt. 17 *supra*), p. 62 e 68 (“[...] o Direito Privado Administrativo, *misto* de Direito Privado, como parte predominante, e de Direito Público”, grifo nosso).
110. Há uma antiga divergência na doutrina a respeito. Enquanto uns (como o A., § 5, p. 27) classificam esse ramo como direito privado, outros o atribuem ao direito público (por exemplo, AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 54 e 79, nt. 49). A nosso ver, o impedimento de o interesse particular ou de classe se sobrepor ao interesse público (art. 8º, *caput*, CLT) vai de encontro à essência do direito privado, mas não é suficiente para enquadrar o direito do trabalho como ramo apenas do direito público.
111. Dizemos “talvez”, porque é possível questionar o valor de manter as ideias de “direito privado” e “direito público”. Do ponto de vista histórico, ao menos a dicotomia não parece ser necessária, como destaca ANKUM, Hans. La nocion cit. (nt. 31 *supra*), p. 529-530 e, entre nós, SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito público cit. (nt. 101 *supra*), p. 56-57.

elaboradas por mais de um século no exterior foram e continuam a ser infrutíferas. O nó do problema parece se encontrar em um momento anterior, qual seja, no equívoco de visualizar apenas as alternativas entre dicotomia e a ausência dela.¹¹²

Um último ponto ainda merece destaque pelo potencial de causar mal entendidos e seu eventual uso retórico. O A. aponta, corretamente, a tentativa ocorrida na Alemanha durante o Nazismo de eliminar a diferença entre direito privado e direito público pelo açambarcamento do primeiro pelo último (§ 22, pp. 132-134).¹¹³ À primeira vista, esse dado poderia levar o intérprete a associar qualquer tentativa de combate a essa dicotomia a um regime totalitário, repugnando-o sem pensar duas vezes por ser uma ideia essencialmente condenada. O A. não pensou assim, mas o espírito de nosso tempo faz necessária uma advertência. Esse modo de proceder – uma espécie de açodamento – seria prejudicial não apenas por revelar uma postura anticientífica e bloquear o debate ao elevar a negação da necessidade do direito privado ao patamar de tabu,¹¹⁴ mas também por impedir um exame mais preciso da experiência totalitária. Por mais que regimes como o Nazismo ou o Socialismo Soviético tenham se esforçado por eliminar a esfera individual, nenhum deles logrou atingir esse objetivo. A doutrina alemã da época negava a dicotomia sem conseguir tirar daí algo palpável. O direito soviético, por sua vez,

-
112. Ao menos uma parte da doutrina alemã parece ter se apercebido disso. Bullinger, por exemplo, defende, ao lado de direito privado e direito público, um “direito comum” (*Gemeinrecht*) – Cf. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart*. In: LÖWISCH, Manfred; SCHMIDT-LEITHOFF, Christian; SCHMIEDEL, Burkhard (Org.). *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1991. p. 69-91, em especial p. 87 ss. Ao se referir ao “*Verwaltungsprivatrecht*”, ele fala inclusive de um “direito misto” (*Mischrecht*, p. 90). Do mesmo autor, cf: *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer, 1968. em especial p. 80 ss. *et passim*. Defendendo o abandono da dicotomia, LEISNER, Walter. *Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht*. *Juristenzeitung*, v. 61, p. 869-775, 2006. em especial, p. 875 e Stolleis, Michael. *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staats*. In: Hoffmann-Riem, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (Org.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*. Baden-Baden: Nomos, 1996. p. 41-61. em especial p. 59. Ver também KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. ed., München: C. H. Beck, 1997. p. 105.
113. Ao menos aparentemente havia, porém, uma clivagem ao menos na doutrina soviética. Segundo Saldanha, “[h]á quem [...] pense que o fenômeno da passagem a um regime socialista, realizada em tantos países hoje, levaria à supressão do direito privado. Não é tal, porém, o caso, de vez que a socialização não tem propriamente eliminado os direitos privados, e há mesmo juristas que consideram – por exemplo Pashukanis – que todo direito verdadeiro é privado” (cf: Direito público cit. (nt. 101 *supra*), p. 58).
114. Isso ocorre, por exemplo, no período do auge do debate sobre a admissibilidade de casamento e união estável de pessoas do mesmo sexo. Adotar qualquer uma das posições sobre o tema não pode ser necessariamente associada com racismo ou discriminação. Muitas pessoas são contrárias não ao resultado, mas à forma como ele foi alcançado.

incorria em enorme contradição, pois, como o objetivo da revolução era atingir o comunismo por meio do fim do Estado, quando esse fim fosse atingido, o próprio direito público perderia o sentido, porquanto o indivíduo não precisaria mais se defender de atos estatais.¹¹⁵ Daí se retira a verdadeira lição histórica: apesar de todos os impulsos históricos para eliminar a esfera individual e exterminar com o direito privado, nenhum deles conseguiu chegar nem perto disso. Provavelmente por conta da própria natureza das coisas, em especial da condição humana, ele sobreviveu firme e forte, ostentando, porém, algumas cicatrizes e reminiscências, como as normas por vezes demasiado socializadoras presentes em códigos civis e leis esparsas.

2.3. *Segunda e terceira partes: os sentidos de "constitucionalização", seu início no direito privado e a forma como ela deve ocorrer (modelo fraco da eficácia mediata ou indireta)*

Os dois temas analisados na segunda e na terceira partes – constitucionalização do direito e eficácia dos direitos fundamentais – são muito caros aos estudiosos do direito civil. Teria o civilista de deixar os livros tradicionais de lado, abandonar ou ao menos rebaixar a uma segunda classe o estudo histórico de institutos jurídicos em prol dos instrumentos dos direitos fundamentais? Teria ele de se aprofundar em todas as minúcias da CF/1988 (e, quem sabe, também das anteriores) e – a seguir o costume brasileiro – de outras constituições estrangeiras para resolver uma disputa envolvendo a formação de um contrato de compra e venda? Teria ele de mudar radicalmente seu modo de pensar e argumentar, deixando, por exemplo, de discutir se em determinado caso deve ser aplicado o regulamento da lesão (art. 156, CC) e concentrar seus esforços na possibilidade de o núcleo essencial da autonomia privada ter sido violado para apenas então concluir pela anulabilidade?¹¹⁶ Seria imprescindível ele entrar no tortuoso debate sobre princípios de interpretação constitucional,¹¹⁷ sobre a pertinência e estrutura

115. Cf. nt. 92, *supra*.

116. A título de exemplo, pense-se no seguinte caso: “[...] em uma relação contratual entre dois particulares, estabeleceu-se, de comum acordo, a restrição a um direito fundamental de um dos contratantes – logo uma restrição a direito fundamental decorrente do exercício da autonomia privada; após a finalização do contrato, e já [estando] em curso seus efeitos, o particular que teve seu direito fundamental restringido ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado; o outro particular, em sua defesa, invoca o princípio da autonomia privada” (cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 161). Esse exemplo é de Wilson Steinmetz, a cuja obra infelizmente não conseguimos ter acesso.

117. A respeito, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Afonso da Silva, Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143. Este artigo deveria ser de leitura obrigatória para todo jurista brasileiro. Os problemas ali retratados são muito recorrentes no direito civil pátrio e – acreditamos – em todas (ou quase todas) as demais áreas.

do princípio da proporcionalidade,¹¹⁸ sobre o conteúdo do princípio da razoabilidade, sobre a conveniência (e eventuais contradições) da interpretação conforme a constituição¹¹⁹ e sobre a forma como se opera a vedação da proteção insuficiente? Deveria ele abandonar a ideia de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e de tipos em prol da dicotomia (hoje reinante, mas com bons motivos muito contestada por autores de peso) entre regras e princípios?¹²⁰ Deveria ele abrir o CC e sair classificando todos os artigos entre regras e princípios, um de cada vez, à busca da interpretação mais adequada ao espírito da CF/1988? Teria o direito civil acabado? Apesar de as respostas a todas essas perguntas serem tudo menos simples ou óbvias, sua importância é enorme, porque elas põem em jogo não apenas a autonomia do direito civil, mas principalmente a forma como o direito vigente deve ser interpretado e aplicado.

A proposta do A. é, nesse ponto, muito clara. Tendo concluído pela subsistência da dicotomia, restava ainda a possibilidade de ela ser atacada pela constitucionalização do direito, em especial pela modalidade da irradiação. Sua abordagem segue a mesma tendência da doutrina nacional anterior de buscar modelos estrangeiros como parâmetros de análise para, em seguida, extrair conclusões sobre o direito brasileiro. Em vista do viés adotado na presente análise, a mesma pergunta apresentada no início do tópico sobre a dicotomia¹²¹ coloca-se novamente aqui: a forma de apresentação do conteúdo e a maneira de análise podem ser transpostas ao nosso direito? O A. responde implicitamente pela afirmativa ao recorrer à doutrina e à jurisprudência estrangeiras. Outros autores seguiram caminhos semelhantes, mesmo quando se revelaram conscientes desse tipo de problema e justificaram sua postura metodológica.¹²² A nosso ver,

118. A literatura de direito constitucional é bastante ampla. Cf., entre outros, ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, 1999; Idem. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2022; AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50, 2002; Idem, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003; Idem. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 43-64; MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério constitucional. In: *Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120-155; MIOZZO, Pablo. *Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägung: Entwickelt am Beispiel des Rechts auf Sozialversicherung in Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.

119. A respeito, cf: AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

120. Cf. nt. 117, *supra*.

121. Cf. 3.2, *supra*.

122. Em especial, AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização cit.* (nt. 25 *supra*), p. 21-23 *et passim*.

essa abordagem acaba por dificultar em muito o exame do direito brasileiro ao levar a um enorme dispêndio de energia em pontos irrelevantes para o ordenamento vigente no Brasil e, ao mesmo tempo, deixar aspectos decisivos esquecidos ou em segundo plano. Na segunda parte, esse problema é muito claro na ausência de qualquer referência ao chamado “direito civil constitucional”. Embora o A. o tenha conscientemente deixado de lado,¹²³ *ao menos para o direito civil* todo o debate perde boa parte de seu propósito, se exatamente o foco de maior discórdia não é colocado a prova. Afinal, o direito civil constitucional é ou não uma manifestação do fenômeno da constitucionalização do direito civil? Em um primeiro momento o leitor tende a responder positivamente, já que um dos principais instrumentos dessa escola é exatamente a irradiação dos direitos fundamentais no direito civil. Mais à frente, porém, ele fica em dúvida, pois, sendo o modelo da eficácia direta rejeitado pelo A., o método do direito civil constitucional também seria equivocado e, portanto, ele ou não poderia ser considerado uma constitucionalização, ou seria uma forma de constitucionalização inadequada.

O aspecto mais sensível da tese encontra-se, porém, no tema da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Assim como Dieter Schmidt no tema da dicotomia,¹²⁴ Claus-Wilhelm Canaris – seguido entre nós por Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁵ – adverte implicitamente para o fato de sua análise ter por objeto apenas o direito alemão vigente à época.¹²⁶ Dois fatos são pacíficos nesse ponto: todos no Brasil concordam (a) sobre a impossibilidade de simplesmente transplantar o modelo alemão ao direito brasileiro vigente e (b) sobre a necessidade de considerar as peculiaridades locais, “aclimatando” o modelo. Nós julgamos necessários tomar mais um passo e acrescentar a

123. Esse ponto foi ressaltado pelo A. em resposta a uma pergunta feita na arguição da tese. Um motivo para essa postura pode residir no fato de nem mesmo o direito civil constitucional pretender – ao menos no discurso – colocar em xeque a autonomia do direito civil. A respeito, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 2, 2006. p. 52-53: “A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz *constitucionalizado, socializado, despatrimonializado*, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, *preservando*, evidentemente, *a sua autonomia dogmática e conceitual*, por outro lado [...]” (últimos grifos nossos).

124. Nt. 29, *supra*.

125. Grundrechte und Privatrecht – Einige Bemerkungen zum Einfluss der deutschen Grundrechtsdogmatik und insbesondere der Lehre Canaris’ in Brasilien. In: *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2017. p. 1258-1259 [= Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 4, v. 12, 2017. p. 65].

126. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*. Berlin/New York: De Gruyter, 1999. p. 10-11 *et passim*; Idem. Prefácio à edição em língua portuguesa. In: *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009 [2003]. p. 15-17.

seguinte pergunta: é possível ao menos utilizar o debate em torno do direito alemão como modelo organizacional para equacionar o problema também no direito brasileiro? Formulado por outras palavras: faz sentido distinguir em eficácia dos direitos fundamentais para o Executivo, Legislativo, Judiciário e particulares, classificar essa eficácia em direta e indireta ou ainda fazer uso de julgados paradigmáticos (por exemplo, o Caso Lüth) para elucidar algum ponto ou tomá-los como paradigmas também para o direito nacional? A resposta a essa pergunta é tudo menos óbvia, mas pode – para os fins desta resenha – ser solucionada por meio da seguinte fórmula. Antes de aproveitar uma teoria estrangeira, é preciso saber se ela é correta em seu país de origem, pois do contrário toda a empreitada cai por terra e perde sentido aproveitar mesmo a orientação mais recente. Tendo esse pressuposto como base (no fundo, uma decorrência do bom senso), cumpre indagar: os marcos teóricos alemães utilizados são incontestes na Alemanha? Por que a doutrina alemã distingue a eficácia entre Executivo, Legislativo, Judiciário e particulares? De onde vem a ideia de classificar a eficácia direta e indireta? Os casos paradigma (como o Lüth) são realmente incontestes?

A leitura de praticamente toda obra ou artigo sobre eficácia dos direitos fundamentais em relação a particulares na Alemanha tem como pontapé o art. 1, III, GG:¹²⁷ “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*”.¹²⁸ A partir da análise desse dispositivo e do contexto no qual ele está inserido, o intérprete – em um exercício analítico, muitas vezes estimulada pela prática – desenvolve o seguinte raciocínio. Nos termos do art. 1, III, GG, Legislativo, Executivo e Judiciário estão vinculados (*binden*) aos direitos fundamentais e, mais do que isso, diretamente (*unmittelbar geltend*). E os particulares? A omissão do constituinte significaria que eles não estariam vinculados aos direitos fundamentais, ou seja, que eles não precisariam atentar aos direitos fundamentais? Ou, estando eles vinculados, essa eficácia também seria direta (*unmittelbar*)? Como essa leitura poderia ser compatibilizada com a literalidade do dispositivo constitucional? Se o constituinte vinculou os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário *diretamente* (*unmittelbar*), não seria razoável admitir a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais da maneira oposta, isto é, *indiretamente* (*mittelbar*)? Tendo em vista o termo “em seguida” (*nachfolgend*), a norma do art. 1, III, GG, valeria apenas para os direitos fundamentais elencados a partir do art. 2, de forma que a dignidade da pessoa humana (art. 1 I GG: *Würde des Menschen*)

127. Por exemplo, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte* cit. (nt. 125 *supra*), p. 11; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte und Staatsrecht*. 27. ed. Heidelberg: F. C. Müller, 2011. v. II. Rdnr. 189 ss.

128. Tradução: “Os direitos fundamentais em seguida vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente”. Sobre as dificuldades de traduzir “*geltend*”, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 269. nt. 72.

teria eficácia direta para todos, inclusive os particulares? A partir da resposta de cada uma dessas indagações, o resultado leva o intérprete a colocar outras e, nessa toada, inúmeros artigos e livros são escritos. Para outros direitos, os resultados daí obtidos somente podem ser aproveitados, (1) se eles forem corretos no próprio ordenamento jurídico de origem (no caso, no alemão), e – indo além –, (2) se as mesmas perguntas também existirem ou fizerem sentido no país de destino (nesta análise, no Brasil).

Um exame desses dois pressupostos coloca em dúvida a utilidade do debate para o direito brasileiro vigente. A literatura alemã caracteriza-se por ser uma das mais ricas do mundo não apenas por sua qualidade, mas principalmente pelo intenso e livre debate de ideias no mais das vezes opostas: sobre todo e qualquer ponto quase sempre se encontram ao menos dois entendimentos. O cenário do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é diferente. Com exceção da necessidade de diferenciar a eficácia dos direitos fundamentais conforme seu sujeito passivo (Legislativo, Executivo, Judiciário e particulares) – o que, aliás, decorre da própria forma como cada um deles atua –, todos os demais pontos são controvertidos. Parte não desprezível da doutrina – nela incluída Canaris e, importante para nossos fins, Matthias Ruffert em tese intitulada *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts* (“Primazia da Constituição e Autonomia do Direito Privado”) – defende o abandono da classificação em teoria da eficácia direta e da eficácia indireta.¹²⁹ Para Ruffert, por exemplo, embora essas teorias tenha sido importantes no início do debate sobre o tema, elas deveriam ser abandonadas, porque em especial a teoria da eficácia mediata (ou indireta) não seria capaz de racionalizar os valores envolvidos nos direitos fundamentais.¹³⁰ A abrangência da teoria da eficácia mediata é igualmente objeto de discordância. Jörg Neuner, por exemplo, confere eficácia imediata (ou direta) apenas à dignidade da pessoa humana no catálogo de direitos fundamentais previstos da GG.¹³¹ O caso Lüth – apesar de ter sido um marco – nem por isso é isento de pesadas críticas, por exemplo de Canaris.¹³² Daí já se extraem elementos suficientes para ilustrar o ponto aqui relevante:

129. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte* cit. (nt. 125 *supra*), p. 38 *et passim*.

130. RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 28. No mesmo sentido, KRAUSE, Peter. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht – Teil 1. *Juristenzeitung*, v. 39, 1984. p. 657.

131. WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: Beck, 2016. § 5, Rdnr. 4 ss., em especial 6 [= NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Beck, 2020. § 5, Rdnr. 4 ss., em especial 6]; NEUNER, Jörg. Die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht. In: NEUNER, Jörg (Org.). *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 159 ss., em especial 168 ss. Concordando, BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum* cit. (nt. 144 *supra*), p. 153.

132. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte* cit. (nt. 125 *supra*), p. 27-30, 93 *et passim*.

se mesmo no direito alemão muitos temas são criticados na literatura específica, por que esses conceitos poderiam (ou deveriam) ser transplantados ao Brasil? Mesmo se eles forem “aclimatados”, o resultado já pode ser *a priori* contestado, porquanto alguém pode estudar a fundo o direito alemão, apresentar todos os argumentos contrários e provar a fragilidade mesmo de uma doutrina dominante na Alemanha.¹³³ A empreitada parece *quase sempre* (para não dizer *sempre*) fadada ao insucesso.¹³⁴

Toda essa crítica baseada em um pressuposto metodológico perderia em muito sentido, se não fosse demonstrado como o tema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares pode ser desenvolvido de maneira autônoma no Brasil. Cumpre, portanto, ao menos indicar um caminho possível em vista da literatura e da jurisprudência nacionais, incluindo o direito estrangeiro tal como recepcionado. A nosso ver, *três diretrizes elementares* – cada uma delas correspondente a perguntas – devem ser observadas, porque elas podem orientar todo o debate. *Primeira*, é possível conceber um modelo geral de eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares sem considerar a especificidade de cada um desses direitos? Em termos mais concretos: um único modelo pode ser a tal ponto generalizado e mesmo assim considerar as peculiaridades de direitos tão distintos quanto a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, a privacidade, a intimidade, a manifestação de pensamento e a igualdade? *Segunda*, sendo o objeto da controvérsia a forma como direitos fundamentais produzem efeitos, qual é o *locus* próprio de desenvolvimento do tema ou, dito de outras palavras, qual é o instrumentário tradicionalmente empregado no direito brasileiro para tratar de eficácia de normas constitucionais (das quais os direitos fundamentais são uma espécie)? O direito alemão aborda o tema sob o termo técnico “*Drittwirkung*” (e semelhantes) e, ao menos na perspectiva mais tradicional, na classificação em teorias da eficácia direta e indireta. O direito brasileiro não teria desenvolvimento um campo próprio de debate no qual teriam sido desenvolvidos conceitos e terminologias próprias? *Terceira*, qual é o enquadramento dogmático adequado do tema da eficácia dos direitos fundamentais? Defender uma determinada leitura sobre a eficácia dos direitos fundamentais produz consequências diretas em qual instituto jurídico do direito constitucional: na interpretação, na declaração de inconstitucionalidade, nos efeitos das normas constitucionais?

A nosso ver, estando essas perguntas bem colocadas, as respectivas respostas defluem naturalmente. Qualquer modelo que almeje abarcar circunstâncias muito diversas está sujeito ao fracasso, porque ele desconsidera especificidades inerentes à própria natureza dos fatos da vida regulamentados. A liberdade de pensamento tem um objetivo muito mais claro e mais fácil de ser realizado do que o direito à moradia ou a própria

133. Um exemplo pode ser encontrado em: MIOZZO, Pablo. *Soziale Grundrechte* cit. (nt. 117 *supra*), p. 122 ss. Uma tradução desta obra para o português seria muito bem-vinda.

134. Reiteramos a advertência da nt. 28, *supra*.

dignidade da pessoa humana. Muitas vezes, um mesmo direito fundamental pode adquirir conotação diversa a depender do campo de incidência. A igualdade contratual não pode, por exemplo, ser equiparada àquela entre cônjuges ou filhos de diferentes ascendentes, seja durante a vida (direito de família), seja após a morte (direito das sucessões). Respeitada a moldura geral do ordenamento jurídico (inclusive o princípio antidiscriminação¹³⁵), toda pessoa é livre para escolher com quem deseja celebrar um negócio e sob quais condições, mas os cônjuges de um casamento devem estar necessariamente em pé de igualdade na sociedade conjugal e a ninguém é dado negar a um filho o direito de legítima por qualquer motivo aleatório. O desdobramento desse dado incontornável é a impossibilidade de se adotar uma única teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Isso explica, por exemplo, por que praticamente todos os modelos defendidos no direito brasileiro (e inclusive no estrangeiro) acabem cedo ou tarde abrindo uma válvula de escape para contornar resultados inconvenientes. Ingo Wolfgang Sarlet defende, por exemplo, uma eficácia direta *prima facie*, deixando, com isso, espaço para uma eficácia indireta.¹³⁶ Virgílio Afonso da Silva apresenta um modelo intermediário (denominado de “adequado”), no qual efeitos indiretos ocorrem por meio de lei e da interpretação, mas efeitos diretos também são admitidos quando não haja lei ou ela seja insuficiente.¹³⁷ O A. propõe um modelo de eficácia indireta com “fatores de correção” quando a interposição legislativa for desnecessária ou as cláusulas gerais não puderem suprir suficientemente a omissão do legislador. Sob essa perspectiva, talvez fosse mais adequado abandonar a construção de um modelo geral e criar grupos a partir de cada direito fundamental em espécie.

A segunda pergunta é bem mais fácil de se responder: o ambiente tradicional de debate sobre eficácia de normas constitucionais no Brasil gira em torno de classificações, sendo a mais famosa delas a entre norma de eficácia plena, de eficácia limitada ou de eficácia contida.¹³⁸ Haveria algum motivo para abandonar essa forma de abordar o assunto em prol das teorias da eficácia direta e da eficácia indireta do direito alemão? A nosso ver, a resposta é negativa. Por um lado, essa classificação tem sido bastante utilizada nas

135. A respeito, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Antidiscriminação* cit (nt. 7 *supra*), *passim*.

136. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163. p. 138 ss.; Idem. *A eficácia* cit. (nt. 127 *supra*), p. 393 ss., 401; Idem. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 57-89. p. 74 ss.

137. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 132 ss.

138. Por todos, AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87 ss.

últimas décadas e, embora seja passível de crítica,¹³⁹ ela tem uma utilidade prática incontestável.¹⁴⁰ Por outro lado, ela também oferece um instrumento muito mais refinado para a análise da eficácia de normas constitucionais do que o modelo alemão. Se o critério de diferença é a *necessidade* de uma lei (*interpositio legislatoris*) para um direito fundamental irradiar efeitos nas relações entre particulares,¹⁴¹ para a teoria da eficácia direta (ou imediata) os direitos fundamentais seriam normas de eficácia plena ou contida, enquanto para a teoria da eficácia indireta (ou mediata) os direitos fundamentais se classificariam como normas de eficácia limitada. Ora, se assim é, por que recorrer à terminologia alemã para designar um fenômeno que pode ser talvez mais bem explicado com instrumentos já disponíveis na literatura brasileira? O jurista brasileiro deveria ou utilizar o aparato conceitual já disponível, aplicando-o às relações entre particulares, ou explicitar – antes de recorrer a modelos alienígenas – os motivos da inadequação ou insuficiência dos instrumentos nacionais para equacionar o problema.¹⁴²⁻¹⁴³ Aplicando-se o conhecimento brasileiro ao modelo do A., chega-se ao seguinte quadro: normas de direito privado são em regra de eficácia limitada, salvo quando uma lei intermediadora for desnecessária ou as cláusulas gerais não se mostrarem adequadas a suprir uma omissão inconstitucional (proibição da insuficiência), hipóteses em que o direito fundamental seria norma de eficácia plena. Qual é, porém, o critério para classificar *tout court* a maioria dos direitos fundamentais com efeitos sobre o direito privado como norma de eficácia limitada? No fundo, o recurso a cláusulas gerais e – no modelo do A. – a “normas objetivas, de caráter fechado”, exerce, nessa leitura, a função de colmatar lacunas causadas pela inércia legislativa em regulamentar uma norma de eficácia limitada ou contida.¹⁴⁴

139. Cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. Direitos fundamentais cit. (nt. 117 *supra*), p. 218 ss.

140. A análise do tema exigiria uma longa digressão e deve ser deixada a cargo dos constitucionalistas. Para os fins da presente resenha, é suficiente consignar o seguinte: boa parte das críticas de Virgílio Afonso da Silva são, sem dúvida, procedentes, mas ela atinge somente parte dos aspectos para os quais a classificação formulada por José Afonso da Silva foi concebida. Mais adequado do que simplesmente extirpá-la é aproveitar seus ganhos e refiná-la.

141. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 86, 89.

142. Perguntamo-nos se Virgílio Afonso da Silva mudaria sua tese sobre constitucionalização após ter criticado a classificação das normas constitucionais em plena, limitada e contida. Sugeriria ele substituir essa tricotomia pela dicotomia eficácia direta (ou imediata) e eficácia indireta (ou mediata)? Sua obra mais recente (consultada por nós após o envio deste texto para publicação) aponta para uma resposta negativa – Cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 61 ss. e 113 ss.

143. Uma tentativa recente foi levada a cabo por MIOZZO, Pablo. *Soziale Grundrechte* cit. (nt. 117 *supra*), p. 197 ss. *et passim*. Essa tese só foi publicada em 2022, cerca de dois anos após esta resenha ter sido escrita.

144. Referimo-nos aqui às normas de eficácia contida, porque as cláusulas gerais desempenham muitas vezes a função de restringir o alcance de uma norma.

A terceira diretriz decorre, em verdade, da necessidade e da conveniência de mais bem delimitar quais são as consequências teóricas e práticas em se adotar uma ou outra teoria. Como nem a teoria da eficácia imediata (ou direta) nem a da eficácia mediata (ou indireta) admitem o recurso direto à Constituição quando há lei (constitucional) regulamentando determinada matéria,¹⁴⁵ ambas as teorias somente podem ter objeto ou (1) a possibilidade de os direitos fundamentais influenciarem a interpretação do direito infraconstitucional, ou (2) a necessidade de existir uma lei para os particulares estarem vinculados a esses direitos. Boa parte da doutrina, entre eles o A., considera possível regulamentar ambos os problemas por meio de uma única teoria, ou seja, a da eficácia mediata (ou indireta) significaria não apenas a necessidade de existir lei para os particulares estarem vinculados aos direitos fundamentais, mas também o mandamento desses direitos serem observados na interpretação do direito infraconstitucional.¹⁴⁶ A nosso ver, essa abordagem tem a vantagem de relacionar os pontos de confluência entre os dos fenômenos, mas traz consigo a desvantagem de baralhar dois problemas substancialmente distintos. Para determinar se um particular somente está vinculado a um direito fundamental, caso haja lei regulamentadora, é preciso saber qual tipo de norma constitucional o direito fundamental é, ou seja, se ele é norma de eficácia plena, limitada ou contida. Esse processo de fato envolve uma interpretação, mas ela é de natureza constitucional, ou seja, uma norma constitucional é analisada a partir de métodos (típicos ou emprestados) do direito constitucional. Outro problema bastante diferente é saber se uma norma infraconstitucional está sendo interpretada de acordo com os valores subjacentes à constituição. Naquele caso se está diante de um problema de eficácia das normas constitucionais; neste, de interpretação de normas infraconstitucionais (e não propriamente de “eficácia”, ou pelo menos não no mesmo sentido de “eficácia”). Tratar juntamente aspectos tão diferentes não apenas confunde o intérprete, como acaba escondendo os pontos relevantes da teoria.

O impacto negativo desse tipo de mistura de temas é especialmente sensível na influência dos direitos fundamentais sobre a interpretação. O A. aborda o tema implicitamente ao criticar, com razão, o uso inadequado da CF/1988 em franco desrespeito ao espaço de conformação do direito atribuído ao legislador e os abusos envolvendo as cláusulas gerais, em especial a boa-fé objetiva. No entanto, não fica claro nem como os direitos fundamentais *de fato* influenciam a interpretação do direito infraconstitucional, nem o enquadramento dogmático do fenômeno. O recurso a cláusulas gerais explica casos absurdos, como o contrato envolvendo o arremesso de um anão (ele é nulo

145. BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht: Eine rechtsvergleichende Arbeit im deutschen und brasilianischen Recht*. Hamburg: Kovač, 2018. p. 299 *et passim*.

146. Assim, por exemplo, AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 147-148.

por afronta aos bons costumes), mas na prática acaba sendo muito vago. Não por outro motivo, o próprio Canaris coloca em dúvida a possibilidade de uma cláusula geral operacionalizar direitos fundamentais.¹⁴⁷ A nosso ver, no contexto da “eficácia” (*rectius: influência*) dos direitos fundamentais na relação entre particulares, o problema deve ser dogmaticamente enquadrado como de *interpretação conforme a constituição*. A partir daí são delineados três elementos específicos. O primeiro concerne o traço diferenciador: ao contrário da interpretação sistemática tradicional, a interpretação conforme a constituição tem como pressuposto a superioridade hierárquica da CF, impondo uma harmonização vertical. Se ela não for possível, a norma infraconstitucional será nula por inconstitucionalidade. O segundo é a forma de operacionalização: por conta da plasticidade das normas constitucionais, a compatibilidade entre Constituição e norma infraconstitucional é bastante maleável, admitindo-se, em princípio, qualquer interpretação que não extrapole moldura geral delineada pela CF. O terceiro é o limite: interpretar conforme a constituição não significa retirar todas as normas diretamente dela, mas no mais das vezes apenas bloquear resultados inconstitucionais. Todas as demais alternativas constitucionais são possíveis e a mais correta deve ser encontrada – ao menos no direito privado – a partir dos métodos tradicionais de interpretação.

A confluência entre os limites da lei e a interpretação (o que de certa forma explica o tratamento conjunto) localiza-se exatamente nesse último elemento: os limites (e eventuais exigências) da lei também se aplicam à interpretação. Da mesma forma como uma lei inconstitucional é nula (pense-se, aqui, especialmente no aspecto material), *o intérprete não pode chegar por meio dos métodos tradicionais a um resultado que, se fosse imposto por lei, seria inconstitucional*. Um exemplo pode ser encontrado no art. 421, CC: se alguém chegasse ao resultado de que somente agiria conforme a função social quem celebrasse contrato benéfico para a coletividade,¹⁴⁸ essa interpretação seria inconstitucional, porque ela implicaria extinguir a autonomia privada.¹⁴⁹ Essa confluência não se

147. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte* cit. (nt. 125 *supra*), p. 16-18.

148. Por exemplo, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, 2000. p. 21: “[...] o Projeto [do CC/2002] abandonou a posição individualista para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*. Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. *Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força [...]*” (primeiro grifo no original). Em sentido semelhante, SILVESTRE, Golberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 51 ss. *et passim*.

149. Cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 163-164. Ver também interessante tese de MESE, Vivianne Ferreira. *Die soziale Funktion des Vertrages in brasilianischen Código Civil: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen Vertragsanpassung*. Baden-Baden: Nomos, 2017. em especial p. 184-186.

confunde, porém, com identidade de limites. Embora o intérprete não possa extrapolar a moldura fixada pela CF (inclusive ao poder constituinte derivado), *ele não detém a mesma liberdade do legislador*. Isso decorre não apenas do (desprestigiado) princípio da separação de poderes (art. 2º, CF), mas também da escolha da democracia e de todo o sistema jurídico erigido em 1988. Pudesse o intérprete tomar as rédeas do direito e se movimentar livremente dentro da larga moldura deixada pelo constituinte, a própria existência do Poder Legislativo seria colocada em xeque. Por esses motivos – que, note-se, decorrem, acima de tudo, de uma escolha política – *a liberdade do intérprete* (e, por tabela, dos juízes) *é muito mais reduzida que a do legislador*. Confrontado com um problema e não havendo uma lei constitucional perfeitamente adequada ao caso, ele *deve* se valer dos métodos tradicionais (gramatical, histórico, teleológico e sistemático, incluindo aqui as cláusulas gerais¹⁵⁰ e os conceitos jurídicos indeterminados) e das fontes subsidiárias (art. 4º, LINDB: analogia, costumes e princípios gerais de direito, incluídos nos últimos os direitos fundamentais) para encontrar uma norma adequada.¹⁵¹ Seu único cuidado com a CF vem, *em regra*, ao término do processo interpretativo: assim como os meios empregados (por exemplo, a analogia) devem ser constitucionais, também o resultado deve ser compatível com a CF. Ao final, o intérprete deve averiguar se ele seria constitucional, caso o legislador tivesse feito uma lei com o mesmo conteúdo.¹⁵² Em caso positivo, a interpretação deve ser aceita; em caso negativo, deve-se buscar uma alternativa compatível com o ordenamento e, se isso for impossível, a própria lei deve ser declarada inconstitucional.¹⁵³

-
150. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “a valoração <das cláusulas gerais> não pode ser, contudo, *ao contrário do que muitos ainda pensam*, uma valoração baseada em valores morais extra ou supralegais. Essa valoração deve ser baseada, e aqui se revela o elo de ligação, *no sistema de valores consagrados pela Constituição*” (cf: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 78-79, grifos no original). Essa leitura não pode ser aceita, por ser incompatível com a realidade da vida e a própria essência do princípio da boa-fé objetiva. Não se vislumbra, por exemplo, como o intérprete poderia determinar – a partir do “sistema de valores consagrados na Constituição” –, se o vendedor do controle acionário de uma sociedade anônima satisfaz ou não os deveres de informação inerentes à boa-fé. Somente valores extralegais, no mais das vezes associados aos usos e costumes do tipo de negócio, permitem aferir *in concreto* se o princípio da boa-fé foi ou não violado. Ver, por exemplo, TJSP, 1ª Cam. Reserv. de Dir. Empr., Ap. Cív. n. 1066058-37.2015.8.26.0100, rel. Hamid Bdine, j. 14-3-2017 (a respeito, cf: BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 243).
151. Trata-se de um *dever*, porque a lei estabelece isso. O intérprete somente poderia agir de maneira diversa, se a norma de fontes subsidiárias (no direito civil, o art. 4º, LINDB) fosse declarado total ou parcialmente inconstitucional. Esse não é, porém, o caso, como veremos adiante (cf: 3.5, *infra*).
152. No exemplo do art. 421, CC, o intérprete deve se fazer a seguinte pergunta: “Se o legislador estabelecesse em uma lei que os particulares somente podem contratar quando e no limite em que for necessário para a tutela dos interesses da coletividade, essa norma seria constitucional?”
153. Um exemplo no qual a própria lei deveria ter sido declarada inconstitucional encontra-se em: STJ, 4ª T., HC n. 12.547/DF, rel. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 01.06.2000, DJ 12.02.2001. p. 8.

Mais delicado é, porém, determinar se o intérprete – apesar de restrito tanto pela moldura constitucional quanto por todo o sistema infraconstitucional – pode fazer as vezes do legislador, quando este permanecer omissivo diante de um dever constitucional. A resposta foi dada pelo próprio constituinte, por vias transversas, com as normas sobre inconstitucionalidade por omissão. Embora o art. 5º, § 1º, CF estabeleça a “aplicação imediata” dos direitos fundamentais,¹⁵⁴ o legislador somente previu dois meios para suprir omissões relevantes, a saber: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO, art. 103, § 2º, CF e arts. 12-A ss., Lei 9.868/1999) e o mandado de injunção (MI, art. 5º, LXXI, CF e Lei 13.300/2016). Ou seja, independentemente de haver ou não uma omissão, ela apenas pode ser acionada judicialmente quando couber uma dessas ações.¹⁵⁵ Para o debate da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, tanto a ADO quanto o MI coletivo devem ser afastados, porque estão restritos a determinados legitimados. Por sua vez, o MI individual somente é admissível quando a falta de norma tornar “inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (arts. 5º, LXXI, CF e 2º, *caput*, Lei 13.300/2016). Ao menos em tese, qualquer direito fundamental pode ser considerado um “direito constitucional”, mas novamente surge um problema de ordem processual. Esse direito de ter uma omissão suprida somente pode ser utilizado por meio de um MI individual, e não em uma ação comum entre dois particulares. Disso decorre um resultado incômodo, mas incontornável *de lege lata*: como não existe no direito brasileiro um controle difuso *genérico* de constitucionalidade por omissão¹⁵⁶ (se houvesse, a ADO e o MI perderiam boa parte de sua razão de ser), o juiz não pode, em uma ação entre dois indivíduos, alegar a infração de um dever de legislar (em sentido amplo) para suprimir uma omissão inconstitucional. A título de exemplo, o fato de a ausência de uma lei sobre o superendividamento provocar, devido às especificidades do direito brasileiro, uma ofensa à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)¹⁵⁷⁻¹⁵⁸ não

154. A doutrina diverge sobre a interpretação do art. 5º, § 1º, CF – Cf. STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113-130; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 57-58; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia* cit. (nt. 127 *supra*), p. 269-282. Em nossa leitura, esse debate é irrelevante.

155. No mesmo sentido, cf. MIOZZO, Pablo. *Soziale Grundrechte* cit. (nt. 117 *supra*), p. 276-278.

156. De maneira semelhante, MIOZZO, Pablo. *Soziale Grundrechte* cit. (nt. 117 *supra*), p. 279-282. Sem razão, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 506.

157. BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum* cit. (nt. 144 *supra*), p. 353 ss.

158. Meses após o envio deste artigo para publicação, a Lei 14.181/2021 entrou em vigor em 01.07.2021, suprindo a lacuna normativa supraindicada.

confere ao juiz o poder de criar uma norma *em uma ação de cobrança movida por um fornecedor em face de um consumidor*. O único meio de obter um regulamento seria por ADO ou MI.

Fixados esses pressupostos, podem ser tecidas algumas críticas ao modelo de eficácia indireta fraca com “dupla porta de entrada”. Primeiro, se – como destaca a doutrina – tanto a teoria da eficácia direta (ou imediata) quanto a da eficácia indireta (ou mediata) conduzem a resultados semelhantes¹⁵⁹ e *nenhuma delas concede ao intérprete o poder de se sobrepor à lei*¹⁶⁰, não se vislumbra por que a autonomia do direito civil seria vinculada à teoria da eficácia indireta. A eficácia direta não se identifica com arbitrariedade e – ao menos no direito hoje vigente – não seria em si uma ameaça, até porque o próprio constituinte não teve intenção alguma de eliminar o direito civil. Segundo, o tratamento conjunto de falta de lei (problema de eficácia) e de sua interpretação (problema de influência) traz dificuldades para identificar os pontos relevantes de cada um dos assuntos. Terceiro, não fica claro o motivo pelo qual a eficácia mediata (ou indireta) seria fundamental para preservar a autonomia do direito civil, mas as “válvulas de escape” – enquanto meros fatores de correção – não constituiriam um perigo. Quarto, as cláusulas gerais são apontadas como meio de entrada dos direitos fundamentais, mas não se indica como essa leitura se compatibilizaria com o modelo de fontes construído pelo legislador. Se, por exemplo, houver um costume apto a preencher uma lacuna, os direitos fundamentais teriam preferência? Quinto, o significado de “norma objetiva, de caráter fechado” é bastante obscuro. Não se sabe, por exemplo, se ela abarcaria toda norma diferente de cláusula geral (incluindo, portanto, normas com conceitos jurídicos indeterminados) ou se ela se restringiria a normas que exigem um mínimo de interpretação. Sexto, o princípio da proteção insuficiente não pode ser um meio para corrigir falhas da teoria da eficácia mediata (ou indireta), porque ele não é alegável em demandas entre particulares.

Ao lado dessas críticas mais abstratas e conceituais, inúmeros outros pontos poderiam ser levantados. O principal deles é, a nosso ver, a comprovação do modelo defendido em casos práticos. O exemplo utilizado como paradigmático e – subentende-se – digno de ser importado pela doutrina e jurisprudência brasileiras é o Caso Lüth. Todo o argumento é desenvolvido em torno do § 826, BGB, em especial da cláusula geral dos bons costumes (*gute Sitten*). Lüth poderia fazer um boicote ao filme de Harlan, porque sua conduta não iria de encontro aos bons costumes, o que, por sua vez, decorreria do direito fundamental de liberdade de expressão (art. 5, I, 1, GG). Ora, como esse caso seria resolvido no Brasil de nossos dias? O Código Civil não prevê uma norma semelhante ao § 826, BGB.

159. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia* cit. (nt. 127 *supra*), p. 398-399; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 141-143.

160. BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum* cit. (nt. 144 *supra*), p. 299 *et passim*. Ao se falar em “lei”, pressupõe-se, naturalmente, uma lei constitucional.

Logo, se Harlan estivesse em nosso território e quisesse promover semelhante ação, ele teria de preencher os requisitos gerais de responsabilidade civil, a saber: conduta ilícita, dano, nexos de causalidade e culpa (em sentido amplo, arts. 186 *c/c* 927, *caput*, CC). Nesse contexto, Lüth teria praticado uma conduta (promover boicote), Harlan teria sofrido um dano, haveria nexos de causalidade e Lüth teria agido com dolo. O ponto de discórdia encontrar-se-ia, então, no conceito de ilicitude e a pergunta-chave seria a seguinte: promover boicote contraria o direito, ou seja, constitui ato ilícito? A ideia de contrariedade ao direito é bastante ampla e em sua argumentação poderiam ser alegados tanto os costumes (opor-se ao nazismo é, no Brasil de nossos dias, um ótimo costume) quanto os direitos fundamentais. Em nosso direito, portanto, o deslinde da controvérsia dependeria na adequada interpretação de um *conceito jurídico indeterminado*, qual seja, a ilicitude.¹⁶¹ Para nós, não se trata, em consequência, de um paradigma de uso de uma cláusula geral para mediar a influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁶²

O mesmo problema se manifesta, de maneira inversa, na ausência de teste prático da teoria em face de casos brasileiros. Tome-se como exemplo o caso da União Brasileira de Compositores (UBC),¹⁶³ um dos *leading cases* sobre o tema no Brasil.¹⁶⁴ No direito anterior à Lei 11.127/2005, a qual introduziu o art. 57 no Código Civil de 2002,¹⁶⁵ a teoria do A. seria colocada em face de três possibilidades: (a) ou o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF) não se aplicariam, (b) ou eles entrariam no direito privado por meio de uma cláusula geral ou de uma “norma objetiva, de caráter fechado”, (c) ou se configuraria uma das “fator de correção” (desnecessidade de norma mediadora ou dever fruto do princípio da proteção insuficiente). O contexto vigente na época (subsistente ainda hoje) afasta a possibilidade de não garantir a ampla defesa na exclusão de um associado, ao menos se tomado como certo o fato (controvertido entre os ministros) de a impossibilidade de participar da associação causar danos patrimoniais ao excluído. Nenhuma cláusula geral (em especial, a boa-fé objetiva e os bons costumes) parece se adequar ao caso e inexistia no ordenamento anterior ao CC/2002 uma norma passível de aplicação analógica (hoje se poderia pensar no art. 1.085). Restariam, por fim, buscar uma saída nos “fatores de correção”. O princípio da proteção insuficiente não seria o instrumento adequado, porque ele

161. No direito brasileiro, o mesmo se daria em eventual controvérsia sobre a admissibilidade de danos morais no caso das *lingeries* – Cf. STF, 1ª T., RE n. 160.222-8/RJ, rel. Sepúlveda Pertence, j. 11.04.1995, DJ 01.09.1995.

162. Sobre a diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. § 14. p. 142-146 [= *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed., 3ª tir., São Paulo: Saraiva, 2019. § 14, p. 158-161].

163. STF, 2ª T., RE n. 201.819-8/RJ, rel. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006.

164. SARLET, Ingo Wolfgang. *Grundrechte und Privatrecht* cit. (nt. 124 *supra*), p. 1270.

165. Esse art. 57, CC/2002, seria um exemplo de “norma objetiva, de caráter fechado”?

não poderia ser alegado em controle difuso genérico de omissão. A única alternativa possível seria, então, a desnecessidade de norma intermediadora, cuja consequência seria no mínimo surpreendente: o art. 5º, LV, CF se aplicaria *diretamente* às relações entre particulares, no caso entre o associado e a UBC. O modelo do A. leva, nesse exemplo, a um resultado ao menos aparentemente contraditório com seus próprios pressupostos. Em vez de o “fator de correção” da desnecessidade de lei intermediária ser determinada *a priori* – pois isso deveria sobressair da mera leitura da norma (por exemplo, art. 5º, X, CF, sobre dano moral) –, ele se torna uma cláusula de escape para “salvar” o modelo.¹⁶⁶

Em vista das ideias retroexpostas,¹⁶⁷ esse caso seria solucionado de uma maneira mais simples. Se de fato a UBC exercia uma atividade de caráter público e o associado sofreria enorme prejuízo patrimonial ao ser excluído, a associação deveria, em verdade, ser classificada na zona cinzenta entre o direito privado e o direito público, ou seja, no direito misto. Em consequência, as regras de direito público se aplicariam de maneira *direta*, assim como no direito administrativo, o qual – apesar de ser direito infraconstitucional – está sujeito à aplicação imediata dos direitos fundamentais. Entre essas regras de direito público encontram-se o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), ou seja, por conta do caráter público da UBC, o associado somente poderia ser excluído depois de lhe ser concedida a oportunidade de apresentar seus motivos. A existência de dispositivo infraconstitucional para regulamentar a hipótese afastaria a necessidade de recorrer à CF, mas não seria indispensável para o associado fazer valer seu direito de se defender. Há, por assim dizer, uma eficácia dos direitos fundamentais em uma relação *publicizada* entre particulares. Em contrapartida, quando a associação tiver caráter meramente privado, o procedimento para excluir um associado poderia ser relegado ao estatuto, não sendo necessário sempre garantir a ampla defesa. Entender o contrário e criar um dever legal de conceder ao associado a possibilidade de se defender em quaisquer casos parece ir longe demais, a ponto de afetar mesmo a autonomia privada na vertente da liberdade de se associar. A própria constitucionalidade do art. 57, CC, poderia ser questionada por ser excessiva.¹⁶⁸ Na prática, essa norma é bastante nociva e, de certo modo, inócua, pois, não havendo nenhum prejuízo econômico ou um caráter

166. O A. admite uma “eficácia direta excepcional” como “fissura” de seu modelo, mas – por conta dos exemplos citados (direito de reunião, de associação e de resposta proporcional à ofensa, art. 5º, XVI, XVII e V, CF) – subentende-se que essas exceções são aferíveis pela mera leitura da CF (§ 70, p. 334-335). No exemplo da UBC explorado no texto, a incidência direta do art. 5º, LV, CF, a relações entre particulares não é óbvia e no direito hoje vigente seria desnecessária diante do art. 57, CC/2002.

167. Cf. 3.2, *supra*.

168. Uma interpretação adequada seria, a nosso ver, entender o art. 57, CC, como norma de ordem pública para associações publicizadas e como norma dispositiva para associações com fins exclusivamente privados.

público envolvido, se os associados não lograrem excluir uma pessoa indesejada, eles podem simplesmente abandonar a antiga agremiação e criar uma outra na qual a *persona non grata* não seja ou não possa ser aceita. Esse resultado geral seria, inclusive, a tendência dos ministros que participaram do julgamento.

Ainda sobre a necessidade de submeter a teoria a teste prático, não é tão fácil encontrar exemplos concretos de uso de influência dos direitos fundamentais por meio de cláusulas gerais, como se poderia supor em vista da importância que lhes é atribuída. Salvo melhor juízo, a doutrina brasileira não cita sequer um caso nacional. Nada obstante, esse parece ser o instrumento adequado de resolver o Caso Air France, decidido ainda com referência a dispositivo da CF/1967 (art. 153, § 1º, EC 1/1969, correspondente ao art. 5º, *caput*, CF).¹⁶⁹ O contexto sócio-político da época (hoje em dia ainda mais intenso) de igualdade entre pessoas conflitava diretamente com a prática de conceder determinadas vantagens a um empregado e a negativa a outro apenas com fundamento na nacionalidade (ser francês ou brasileiro). Considerando o direito do trabalho como um ramo misto,¹⁷⁰ esse problema poderia ser equacionado de duas formas: (a) o princípio da igualdade incide diretamente, por conta do caráter público envolvido; ou (b) um instrumento de direito privado atuaria como intermediário. A primeira alternativa deve ser excluída, porque a existência de um contrato de trabalho é um elemento meramente acessório, ou seja, o mesmo conflito poderia se dar em um contrato de prestação de serviço puramente civil. A segunda fornece uma resposta mais adequada. A diferença de tratamento entre duas pessoas com base exclusivamente na nacionalidade cria um sentimento de revolta ou mesmo de repugnância por ela não ser considerada um critério idôneo a justificar a diferença.¹⁷¹ Configura-se, assim, uma discriminação injustificada de um grupo de pessoas (funcionários brasileiros) em detrimento de outro (funcionários franceses), a qual viola diretamente a cláusula geral de bons costumes. Em consequência, o termo contratual excludente da vantagem é nulo (art. 166, II, CC/2002), devendo também o funcionário brasileiro receber o benefício. A norma constitucional do princípio da igualdade até pode ser invocada subsidiariamente para *reforçar* a infração dos bons costumes, mas ela não é necessária ao deslinde do caso.¹⁷²

169. STF, 2ª T., RE n. 161.243-6/DF, rel. Carlos Veloso, j. 29.10.1996, DJ 19.12.1997.

170. Nt. 109, *supra*.

171. A depender das circunstâncias concretas, a nacionalidade pode ser utilizada como um critério distintivo para excluir pessoas de uma nacionalidade ou de uma região dentro de um país. A título de exemplo, o time de futebol Athletic Bilbaou (Espanha) adota desde 1919 a prática de contratar apenas jogadores integrados à cultura basca por motivos históricos e culturais. Não há aí nenhuma discriminação ilícita. A nosso ver, nada impediria um time brasileiro vinculado às tradições locais de ter apenas atletas de sua cidade. A cláusula do estatuto seria plenamente válida e não infringiria qualquer dispositivo da CF/1988.

172. No entanto, sob o aspecto da prática judicial, a alegação de um dispositivo constitucional é bastante importante, pois – como bem demonstra o Caso Air France – ela pode se revelar essencial para permitir uma reanálise do caso nos tribunais superiores, em especial no STF.

Em resumo, pode-se dizer o seguinte sobre a tese apresentada pelo A. O modelo de eficácia indireta fraca com “fatores de correção” oferece, no resultado, uma fórmula eficaz de equacionar adequadamente a influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, ele peca por ser um desenvolvimento de um conjunto de teorias e pressupostos teóricos aclimatado ao direito brasileiro. Esse processo de incorporar o modo alemão de tratar do tema ao direito brasileiro, adaptando-o em determinados pontos, resultou em desconsiderar tanto a inexistência do ponto de partida do direito alemão no ordenamento nacional, quanto a diversidade de contexto normativo a apresentar problemas diferentes e impor uma abordagem distinta. Se falar em teorias da eficácia direta e da eficácia indireta já é controverso no direito alemão apesar do art. 1, III, GG, no direito brasileiro esse par conceitual somente turva a verdadeira natureza do problema. O mais adequado parece ser diferenciar dois focos centrais: a interpretação e a lei. O primeiro (interpretação) exige, no direito brasileiro, um enquadramento da influência dos direitos fundamentais no sistema de fontes. No direito civil, o intérprete deve seguir o procedimento estabelecido pelo legislador (métodos tradicionais de interpretação em vista das normas em geral – nos quais se incluem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados –, analogia, costumes e princípio gerais de direito, art. 4º, LINDB). Os direitos fundamentais desempenham, nesse contexto, apenas dois papéis: (a) eles estabelecem a moldura geral que não pode ser extrapolada; e (b) podem ser utilizados como último critério, a título de princípios gerais de direito. O segundo foco (lei) se desdobra em (a) lei inconstitucional e (b) ausência (omissão) inconstitucional de lei. Em controvérsias entre particulares, normas podem ser declaradas nulas por inconstitucionalidade, mas sua falta somente pode ser suprida por meios adequados (ADO ou MI). O juiz não pode criar uma norma *ad hoc* para um caso, nem os particulares são obrigados a adivinhar qual poderia ser essa norma ao celebrar um contrato ou realizar um ato com eventuais efeitos jurídicos (atos ilícitos). Nada impede, naturalmente, que a CF tenha uma norma de eficácia plena cuja aplicabilidade independa de qualquer intermédio legislativo, por exemplo, igualdade de tratamento entre filhos (art. 227, § 6º).¹⁷³

Todas essas considerações permitem formular uma resposta às indagações feitas no início deste tópico. O direito civil não tende a desaparecer, seus métodos continuam atuais – até porque a dogmática dos direitos fundamentais ainda é muito incipiente em especial quanto aos métodos de interpretação¹⁷⁴ – e o civilista não precisa aplicar todas as técnicas constitucionais ao direito civil.¹⁷⁵ Muito pelo contrário, *ao menos em vista*

173. Nesses casos pode-se, porém, questionar se esse tipo de norma não é, em verdade, uma norma de direito civil apenas formalmente constitucional.

174. A respeito, AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional cit. (nt. 116 *supra*), *passim*.

175. Em verdade, ao menos em matéria de interpretação, as “técnicas constitucionais” são muito tributárias do direito civil “clássico”, com menciona AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional cit. (nt. 116 *supra*), *passim*.

do ordenamento jurídico brasileiro hoje vigente, o direito civil mantém sua autonomia metodológica e conceitual, até porque – se a constituição tem de fato uma “precedência hierárquica” – ele possui uma “precedência de conhecimento”¹⁷⁶ sobre as relações entre particulares diante dos direitos fundamentais.¹⁷⁷ Casos de direito civil continuam a se submeter *prima facie* ao direito civil e devem ser solucionados *prima facie* por meio de suas normas e com o uso (correto) de sua metodologia tradicional (critérios de interpretação gramatical, histórico, sistemático e teleológico; cláusulas gerais; conceitos jurídicos indeterminados; analogia, costumes e princípios gerais de direito, art. 4º, LINDB).¹⁷⁸⁻¹⁷⁹ Essa autonomia não é, porém, absoluta. Se o civilista de fato não precisa se tornar um constitucionalista, ele deve ter um conhecimento bastante abrangente da Constituição e de seus métodos, porque é *necessário fazer a todo momento um controle de resultado*.¹⁸⁰ A interpretação e a aplicação de uma norma de direito civil somente podem ser consideradas aceitáveis, se elas estiverem dentro da moldura traçada pela própria constituição e – por se tratar de intérprete – em conformidade com os demais parâmetros fixados pelas leis infraconstitucionais. O direito civil de hoje é de fato muito diferente daquele vigente até o século XIX, quando ele podia e tinha de ser, por assim dizer, “ensimesmado”. Essa mudança não implica, porém, subtrair-lhe seu valor nem rebaixá-lo a um mero acessório ou apêndice do direito constitucional. O direito civil encontra-se atualmente em um ponto intermediário: sua autonomia existe, mas ela é *um pouco* relativizada por ser restrita pela *larga* moldura fixada pelo constituinte e pelo legislador ordinário.

176. Expressão de RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung* cit. (nt. 129 *supra*), p. 49-52.

177. Sobre a questão de precedência no direito alemão, cf. MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram. “Vorrang des Verfassungsrechts” und “Vorrang des Privatrechts”. In: LÖWISCH, Manfred; SCHMIDT-LEITHOFF, Christian; SCHMIEDEL, Burkhard (Org.). *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1991. p. 423-470.

178. O exemplo da nt. 115 é não apenas inimaginável na prática judicial brasileira, como ainda parte de um pressuposto equivocado, pois essa não é a forma prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro para colmatar lacunas.

179. O tema dos princípios merece especial atenção. Existe uma tendência implícita no direito brasileiro de considerar o debate constitucional sobre regra, princípio e postulado como pertencente à teoria geral do direito e, portanto, aplicável também ao direito civil (cf., por exemplo, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual* cit. (nt. 104 *supra*), p. 49 ss.). Deve-se, porém, tomar muito cuidado com esse tipo de aproximação, seja porque o ambiente normativo é diferente (normas constitucionais têm algumas peculiaridades relevantes), seja porque o próprio debate dos constitucionalistas foi em grande medida importado. Sobre o tema, ver, por exemplo, AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005; e METZGER, Axel. *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. Agradeço ao Dr. Jan Peter Schmidt por ter chamado minha atenção à última obra.

180. O método mais simples é formular uma pergunta na maneira indicada na nt. 151, *supra*.

2.4. *Relação entre as partes e o conjunto da obra*

O exame da primeira parte (3.2) e das segunda e terceira partes (3.3) já indicam o sentido sobre a relação entre os temas tratados no livro do A., mas alguns pontos merecem uma análise mais pormenorizada. Ao contrário do que se pode supor em uma abordagem preliminar, a maior inovação do A. não consiste nem em defender a dicotomia, nem em dar novos contornos ao fenômeno da constituição, nem em criar um modelo completamente novo sobre a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Já no início de sua obra o A. revela os juristas nos quais mais se inspirou (e não simplesmente copiou): Franz Bydlinski na primeira parte; Louis Favoreu, Robert Alexy, Gunnar Folke Schuppert, Christian Bumke e Virgílio Afonso da Silva na segunda; e Günter Dürig na terceira. A grande novidade encontra-se na forma como a matéria foi organizada e o argumento foi construído. Partindo do mais genérico para o mais específico, o fundamento de toda a tese é a subsistência da diferença (*summa divisio* ou dicotomia) entre direito público e direito privado. Todas as objeções levantadas na doutrina são refutadas (§ 22), salvo a constitucionalização do direito (incluindo o direito civil), cuja complexidade exigiria uma parte autônoma. Esse último fenômeno é, então, analisado em pormenores, sendo identificada uma de suas manifestações que poderia, em última análise, ameaçar o direito civil, a saber, a constitucionalização por irradiação. Como esta última ocorre por meio da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares, o tema é analisado a fundo, sendo concebido um modelo de eficácia indireta “fraca” com “fatores de correção”. Essa abordagem é inovadora, porque ela percorre o caminho inverso ao normalmente encontrado na doutrina. Enquanto a maioria dos autores (se não todos) primeiro discute o modelo de eficácia dos direitos fundamentais para depois analisar seu impacto na dicotomia,¹⁸¹ o A. inicia da dicotomia para chegar ao modelo de eficácia. A causa da maioria (teoria da eficácia) é relegada à consequência para o A. e a consequência da maioria (dicotomia) é elevada ao patamar de causa para o A., ou seja, o A. inverteu a ordem argumentativa.

Essa estrutura montada pelo A., apesar de inovadora no direito brasileiro (e talvez também no exterior), permite identificar alguns pontos fracos que podem ser extraídos a partir de duas conclusões fundamentais. Primeiro, se existisse uma relação de prejudicialidade rígida entre dicotomia, constitucionalização e modelo de eficácia de direitos fundamentais, a queda de um desses pilares teria o efeito automático de derrubar os outros ou de pelo menos colocar em xeque a própria estrutura da tese. Dito por outras palavras: a dependência de uma das partes em relação às outras seria tamanha a ponto de o ataque a qualquer uma delas expor as demais ao risco de desmoronar. No entanto, essa relação não parece ser assim tão rígida. Como existe, por exemplo, uma alternativa entre a dicotomia direito privado e direito público (a tricotomia com o direito misto),

181. Por exemplo, AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização* cit. (nt. 25 *supra*), p. 172-174.

não parece correto vinculá-la à constitucionalização e à eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Em verdade, como procuramos demonstrar *supra*,¹⁸² os direitos fundamentais parecem se situar em um campo intermediário comum a todo o ordenamento jurídico brasileiro vigente, agindo de maneira mais efetiva (“direta”) no campo do direito público e de maneira mais subsidiária na seara do direito privado. Enquanto naquele seus efeitos são mais intensos, nesta eles apenas fixam a moldura dentro da qual o legislador e o intérprete podem se mover, havendo ainda uma zona de confluência (direito misto) na qual elementos públicos autorizam uma incidência mais direta (como no exemplo da UBC). Segundo, – e esta parece ser uma fragilidade não explicitada na obra – por conta dos “fatores de correção”, também a dicotomia poderia sofrer – na leitura do A. – algumas “fissuras”. Em princípio, elas poderiam ser enquadradas como hipóteses da zona cinzenta entre direito público e direito privado, mas essa leitura seria equivocada, porque elas deixariam de ser “fissuras” para serem meras “dificuldades classificatórias”. O mais coerente seria, então, ver nessas “fissuras” verdadeiras pontes entre direito privado e direito público, a relativizar (mesmo se apenas excepcionalmente) a própria dicotomia.

Daí não se conclui, porém, pela desnecessidade da primeira parte. Pelo contrário, ela apenas deveria ser redimensionada: como o verdadeiro acerto do A. consistiu em refutar a possibilidade de o direito privado ser submetido (“colonizado”) pelo direito público, o mais adequado seria alterar o tema de dicotomia para *a inviabilidade de o direito público regulamentar todas as relações jurídicas da vida*. Esse ponto de partida teria impactos imediatos nos outros temas analisados. A constitucionalização seria encarada como um fenômeno não exaustivo, ou seja, como um dado que – apesar de irrefutável – não poderia em hipótese alguma levar a uma concepção totalizante de constituição. Se o direito público não é apto (em verdade, nem foi concebido) para tratar das relações entre particulares, o intérprete não pode querer extrair da constituição uma resposta para todos os problemas privados. Ao menos no atual grau de desenvolvimento do direito brasileiro, a constitucionalização somente pode almejar o estabelecimento de pontes com o direito privado. O mesmo vale para o problema da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares: a necessidade de respeito à autonomia privada – tutelada implicitamente pela CF (arts. 5º, *caput*, e 170) – exclui a possibilidade de exigir dos particulares uma obediência fiel aos princípios do direito público como se eles fossem o próprio Estado. Particulares têm uma liberdade relativamente ampla assegurada na CF, e isso para agir *tanto em prol quanto contra os interesses da coletividade*, desde que obedecidos os limites de tolerância estabelecidos pelo próprio ordenamento. Imaginar o contrário é de fato ao menos teoricamente possível, mas uma tal concepção traz consigo os inconvenientes de Estados totalitários, o que explica, aliás, a tentativa desses regimes (como o nazista e o soviético) de destruir o direito privado por meio de uma predominância

182. Cf. 3.2, *supra*.

total do direito público. Uma tal concepção é, porém, completamente incompatível com o sistema erigido pela Carta de 1988.

2.5. *Excurso: o "direito civil constitucional"*

Todas essas considerações precisam ser complementadas por um breve exame do "direito civil constitucional".¹⁸³ Surgido no início da década de 1990,¹⁸⁴ esse movimento tem como pauta desenvolver um método para aplicar diretamente normas constitucionais a relações entre particulares, integrando o direito civil (e, pode-se dizer, todo o direito infraconstitucional) à "tábua de valores" da CF. Em outra oportunidade¹⁸⁵ já nos ocupamos brevemente com a fragilidade dos pressupostos dessa escola, pois – como procuramos demonstrar – muitos dos problemas que ela se dispõe a combater não apenas nunca existiram no Brasil, mas foram espécies de bodes expiatórios utilizados no exterior (em especial na Alemanha) para legitimar transformações duvidosas durante o século XX. A título de exemplo, podem ser repetidos aqui o combate ao mito da "liberdade sem limites", ao suposto individualismo exacerbado do século XIX e o positivismo jurídico.¹⁸⁶ Inúmeras pesquisas relativamente antigas analisaram as fontes e os debates reinantes na época e comprovaram, de maneira objetiva, a inexistência desses fenômenos. Nem mesmo os pandectistas eram tão pandectistas como se supôs há não muitas décadas.¹⁸⁷ Algumas obras antigas que se dispunham a combater esses espantelhos – em

183. Sobre o problema terminológico, cf: FIUZA, César. Prefácio. In: DUARTE ALMEIDA, Victor. *O contrato e a Constituição: autonomia privada e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 12-13. Nos últimos anos formou-se um consenso na comunidade jurídica brasileira sobre a inconveniência dessa expressão.

184. Em sentido diverso, apontando o início do direito civil constitucional já antes da entrada em vigor da CF/1988 com fundamento em um artigo de Orlando Gomes, MESE, Vivianne Ferreira. *Die soziale Funktion des Vertrages* cit. (nt. 148 *supra*), p. 193 e nt. 737.

185. A respeito, com indicação da literatura correspondente e algumas citações diretas pertinentes, cf: MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no Direito Civil brasileiro: uma análise do dever do vendedor no CC/2002*. São Paulo: Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da USP, 2018. Introdução, B.II, pp. 10 ss. Ver também críticas muito bem fundamentadas em MESE, Vivianne Ferreira. *Die soziale Funktion des Vertrages* cit. (nt. 148 *supra*), p. 191-198.

186. Outro exemplo quase escandaloso é o combate à *summa divisio* entre direito público e direito privado. Ora, se nenhum autor *brasileiro* e *de nossa* tradição jurídica defendeu uma dicotomia rígida (nem mesmo o A.), onde estaria o "cenário, cristalizado pela insistência da doutrina civilística em [...] manter a dogmática dicotômica [...] [que] dificulta enormemente a proteção da pessoa humana" (cf: TEPELINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Ajuris (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul)*, a. 32, n. 100, 2005. p. 156)? A influência desse tipo de argumento somente se explica pela falta de controle em estudos doutrinários críticos.

187. Sobre esse ponto, cf: HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman. "Wie pandektistisch war die Pandektistik"? – Eine Einleitung. In: HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman (Org.).

especial a *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, de Franz Wieacker – são reconhecidas como ultrapassadas em diversos pontos. Aí se encontra o motivo, aliás, pelo qual mesmo monografias alinhadas com a perspectiva civil constitucional publicadas nos últimos anos repetem a velha lorota sem citar nenhum autor ou nenhum julgado a expressar um pernicioso “formalismo positivista”¹⁸⁸. Pensando no direito brasileiro, quem poderia, por exemplo, ser classificado por “positivista”? Teixeira de Freitas? Tobias Barreto? Cândido Mendes de Almeida? Pontes de Miranda? Lacerda de Almeida? Clóvis Beviláqua? Pimenta Bueno? Néelson Hungria? Essa pesquisa já foi realizada e o resultado foi, como seria de se esperar, negativo.¹⁸⁹

Nesta sede é oportuno analisar um outro aspecto igualmente problemático, mas ainda despercebido pela doutrina brasileira, a saber, os *equivocos da recepção* do próprio direito civil constitucional. A origem dessa escola não se encontra, como se poderia imaginar a um primeiro momento, em um desenvolvimento autóctone desencadeado pela feitura e entrada em vigor da CF/1988. Pelo contrário, sua matriz teórica é (ou parece ser¹⁹⁰) o pensamento do jurista italiano Pietro Perlingieri, em especial sua obra *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, cuja terceira edição italiana foi publicada em 1994.¹⁹¹ O direito civil constitucional constitui, nesse sentido, um movimento iniciado na Itália e transmudado para o Brasil por alguns juristas nacionais (entre outros, por Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Luiz Edson Fachin¹⁹²) com o objetivo de renovar o direito civil brasileiro ao harmonizá-lo

Wie pandektistisch war die Pandektistik?: Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 1-16.

188. Expressão de TEPEDINO, Gustavo. Os sete pecados capitais da teoria da interpretação. *Revista EMERJ*, v. 20, n. 3, p. 319-343, 2018. p. 322.

189. Cf. as referências bibliográficas indicadas na obra de nt. 184.

190. Cf. nt. 183, *supra*.

191. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Ao menos aparentemente (não tivemos acesso à versão italiana), do título original da obra *Profili del diritto civile* (3. ed., 1994) não consta “introdução ao direito civil constitucional”. Optamos por concentrar nossa análise nesta obra, porque ela é a mais citada. Outros trabalhos do jurista italiano são conhecidos e mencionados em notas de rodapé na medida do necessário. Entre eles, destacam-se: Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6/7, p. 63-77, 1998/1999 e *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 (a respeito, cf: resenha – publicada como prefácio da tradução – de GRAU, Eros Roberto. Pietro Perlingieri ou o direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 10, v. 40, p. 227-230, 2009).

192. SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais cit. (nt. 135 *supra*), p. 59, nt. 4; idem. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, 2007. p. 53, nt. 1. Essa é a versão expandida do artigo: Direitos

com a CF/1988. Esse processo de trazer um modelo teórico desenvolvido em um país estrangeiro para o direito brasileiro é há muito tempo causa de inúmeros problemas inclusive para a doutrina “tradicional”, entre eles a perda de detalhes importantes no ato de importar e a inexistência de condicionantes teóricos do ordenamento de origem no de destino.¹⁹³ Essas mesmas dissonâncias encontram-se, curiosamente, também no direito civil constitucional brasileiro. A leitura da principal obra de Perlingieri revela, ao menos nos temas de interesse para esta resenha, diversos aspectos surpreendentes, a ponto de se colocar em dúvida se o próprio jurista italiano não se alinharia mais à tese defendida pelo A. do que àquela propalada pelos *capites scholae* do movimento brasileiro. Deixando-se de lado aqui o sério problema da vinculação da obra à normas de direito positivo da Constituição italiana,¹⁹⁴ dois pontos sensíveis serão analisados a seguir: (1) o entendimento do jurista italiano sobre a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares e (2) o limite do uso de normas constitucionais na interpretação e aplicação do direito civil.

Ao tratar da relação entre norma constitucional e norma ordinária (*rectius*: infra-constitucional), Perlingieri localiza, adequadamente, o problema na teoria das fontes de direito e apresenta quatro modelos: teoria da constituição como limite, teoria da relevância somente interpretativa, teoria da aplicabilidade indireta e teoria da aplicabilidade direta.¹⁹⁵ Pela primeira, a norma constitucional seria apenas uma barreira ou limite, atuando somente de maneira subsidiária e residual, sem nunca incidir na atividade interpretativa. Essa teoria deveria ser rejeitada, porque ela significaria negar à norma constitucional o caráter de verdadeira norma jurídica e o direito ordinário seria aplicado apenas mediante o “esquema lógico da subsunção”.¹⁹⁶ Pela segunda, a norma constitucional constituiria não apenas um limite, mas também seria utilizada como princípio jurídico geral, influenciando a interpretação das normas ordinárias. Essa perspectiva não poderia ser seguida por negar o valor jurídico à norma constitucional e não utilizar “plenamente as potencialidades das normas constitucionais”.¹⁹⁷ Pela terceira, normas

fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, p. 90-125, 2007.

193. Esses pontos ainda precisam ser mais bem explorados pela doutrina brasileira. Posteriormente, quando a vida nos permitir, retornaremos ao assunto.

194. Veja-se, em especial, o comando imperativo sobre o dever inderrogável de adimplemento da solidariedade social, previsto no art. 2º: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*” A CF/1988 não tem nenhuma norma semelhante.

195. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 10.

196. *Idem.*

197. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 10-11.

constitucionais somente poderiam regulamentar o direito civil, quando o fizessem juntamente com uma norma ordinária, ou seja, uma norma constitucional não poderia incidir sozinha. O problema residiria, aqui, no fato de normas constitucionais terem caráter substancial e serem tão jurídicas quanto as demais normas.¹⁹⁸ Por fim, nos termos na quarta teoria, a norma constitucional pode – “quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração”¹⁹⁹ – regulamentar diretamente uma relação jurídica de direito civil. Essa leitura deveria ser adotada, porquanto ela “é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos”.²⁰⁰

Essas linhas surpreendem quando comparadas ao proceder dos representantes do direito civil constitucional no Brasil. Perlingieri não defende uma incidência automática da Constituição a toda e qualquer relação entre particulares,²⁰¹ mas *apenas quando não houver uma norma ordinária regulamentando a hipótese ou essa norma* (incluindo o resultado de sua interpretação) *for inconstitucional*. Ele adota, em consequência – e apesar de sua terminologia –, uma combinação entre as teorias da eficácia indireta e direta:

“Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – *que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos* – seja na aplicação direta – *assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado ordinário* –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada.”²⁰²

Como pode ser eventualmente difícil de saber, se em um caso a eficácia é indireta ou direta, não se deveria, a seu ver, atribuir muita importância a essa classificação. O elemento decisivo seria, pelo contrário, “confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas”.²⁰³ Esse último aspecto é, sem dúvida, criticável, seja porque não faz sentido

198. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 11.

199. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 11, grifo nosso. No original, Perlingieri certamente adicionou esse trecho entre parênteses para evitar mal entendidos.

200. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 11.

201. Os textos de direito civil constitucional não são muito claros, mas essa ideia subjaz a maior parte dos escritos, por exemplo, TEPEDINO, Gustavo. Por uma nova dogmática. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 1, v. 4, 2000. p. iii; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 17, n. 65, 1993. p. 29 ss.

202. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 11-12, grifos nossos.

203. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 9, p. 12.

perquirir o resultado de uma aplicação de uma norma, se sua interpretação se mantiver nos moldes constitucionais,²⁰⁴ seja porque o próprio caráter aberto das normas constitucionais deixa, no mais das vezes, enorme espaço de conformação ao legislador, cuja norma promulgada – ainda que restritiva – deve ser respeitada, se ela superar os parâmetros do controle de constitucionalidade (em especial, do princípio da proporcionalidade). No entanto, o resultado permanece o mesmo: para o jurista italiano, o intérprete não deve recorrer sempre diretamente à norma constitucional; antes, *havendo norma ordinária adequada ao caso concreto, é ela que deve ser aplicada*. O resultado deverá ser respeitado, se ele confirmar a eficácia da norma constitucional, o que – deduz-se – somente não ocorrerá se ele for inconstitucional (por ação ou omissão). Nesta última hipótese – *e somente nela* –, o intérprete deve aplicar diretamente a constituição.²⁰⁵

A teoria da eficácia indireta “fraca” com “fatores de correção” conduz a um resultado – se não idêntico – ao menos muito semelhante. Na leitura do A., estando a norma infraconstitucional em consonância com a CF (*a contrario sensu*, se ela for inconstitucional, ela não pode incidir), ela deve ser aplicada, até porque – se a norma e, consequentemente, seu resultado são constitucionais – seria improdutivo tentar aplicar novamente a norma em que se baseou a regra ordinária. Excepcionalmente, porém, quando a própria norma constitucional for tão detalhada a ponto de ser desnecessária qualquer norma infraconstitucional, ou for violada a proibição da proteção insuficiente, o intérprete poderia recorrer diretamente aos princípios constitucionais. O A. até poderia, sem nenhum impacto em sua tese, afirmar que a aplicação da norma constitucional “confirmaria” a eficácia da norma da CF, mas esse acréscimo não apenas seria desnecessário, como ainda seria um argumento meramente retórico e apenas ocultaria o fato de o elemento relevante ser a incidência da norma ordinária. Também as cláusulas gerais poderiam ser apontadas como uma diferença, pois Perlingieri as menciona como instrumento a ser utilizado pelo intérprete para oxigenar o direito infraconstitucional com valores constitucionais.²⁰⁶ A dissonância é, todavia, apenas de fundo: enquanto o A. esforça-se para traçar uma linha clara entre aplicação de norma ordinária (regra) e de norma constitucional (exceção), apontando cláusulas gerais e “normas objetivas, de caráter fechado” como “portas de entrada”, o jurista italiano adota um viés mais prático.

204. Pensamos aqui tanto na inconstitucionalidade de toda a norma quanto apenas de uma de suas interpretações.

205. Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais cit. (nt. 190 *supra*), p. 69: “As normas constitucionais tratam de todos os efeitos, da maneira interna de se interpretar a Constituição. As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas *ad hoc* ordinárias. *Que se apliquem*, portanto, *as normas ordinárias*, mas de acordo com os valores constitucionais, *caso elas existam; em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais quanto aos fatos concretos*” (grifos nossos).

206. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 17, p. 27 s.

Para Perlingieri, mais importante do que fixar a maneira como a eficácia dos direitos fundamentais ocorre nas relações privadas, é perquirir se o resultado se encontra conforme a constituição, seja por incidência direta, seja por incidência indireta de uma norma constitucional.

A leitura por nós defendida supra também não é afetada pela teoria do jurista italiano. Em sua classificação, nossa tese enquadrar-se-ia no primeiro grupo,²⁰⁷ no qual a constituição tem o papel de estabelecer um limite ou barreira ou direito ordinário.²⁰⁸ De fato, a nosso ver, por conta do sistema de fontes construído pelo legislador brasileiro e recepcionado pela CF/1988,²⁰⁹ o intérprete deve em primeira linha interpretar as normas infraconstitucionais segundo os métodos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico, incluindo aqui as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados) e preencher lacunas conforme o art. 4º, LINDB (analogia, costumes e princípios gerais de direito). Ao mesmo tempo, ele deve afastar normas inconstitucionais e conformar-se²¹⁰ com o fato de que, *por imposição explícita do próprio constituinte originário*, omissões – mesmo se inconstitucionais –, se não puderem ser colmatadas com os métodos previstos em lei, somente podem ser supridas pelas ações adequadas, a saber, ADO e MI. No entanto, nenhuma das críticas de Perlingieri são suficientes para derrubá-la. Por um lado, esse sistema não nega o caráter jurídico da norma constitucional, pois – salvo quando ela é tão detalhada a ponto de já ter todos os elementos de incidência (por exemplo, art. 227, § 6º, CF) – ela serve como parâmetro de controle de constitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão. Em verdade, qualquer teoria da Constituição como limite admite, implicitamente, a juridicidade das normas constitucionais, pois do contrário não haveria nenhum controle das normas ordinárias. Por outro lado, inexistente qualquer vínculo de necessidade entre a ideia de Constituição

207. Uma observação é inevitável neste ponto: essa teoria da constituição como limite não faz sentido no direito alemão, porque ele não prevê normas de interpretação e aplicação da lei. Em direitos com esse tipo de regra (como o italiano e o brasileiro), ela deveria necessariamente ser tratada na doutrina como uma das formas de regulamentar a influência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. No Brasil isso não ocorreu, porque todos os autores a se ocupar com o tema se baseiam nas teorias desenvolvidas à luz do direito *positivo* alemão.

208. Cf. 3.3, *supra*.

209. Quem entender diferente deve explicar porque esse sistema de fontes não teria sido recepcionado.

210. Ao utilizarmos o verbo “conformar-se” não queremos defender uma passividade diante das enormes disparidades socioeconômicas que assolam nosso país. Pelo contrário, é necessário distinguir. Enquanto *operadores do direito*, devemos aceitar as regras *constitucionais* postas, porque elas decorrem do sistema democrático erigido pela CF/1988. No entanto, na qualidade de *cidadãos* devemos sim lutar por mudanças legislativas e, por tabela, por uma melhora das condições do país. Em uma democracia, não é dado a ninguém impor unilateralmente sua própria vontade em nome de uma suposta justiça; grandes transformações devem ser canalizadas por meios adequados.

como moldura e um “esquema lógico de subsunção”. Não negamos a possibilidade de o intérprete recorrer a cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ao interpretar o direito ordinário. Pelo contrário, em nossa leitura, os princípios constitucionais podem inclusive ser diretamente utilizados sob a forma de princípios gerais de direito. Eventuais constitucionalidades daí advindas (seja por ação, seja por omissão) devem ser combatidas com os instrumentos disponibilizados pelo legislador. Um ou outro resultado será, ao menos em um primeiro momento, insatisfatório (em especial nos casos de omissão), mas não vemos como passar por cima disso sem violar, conscientemente, o mecanismo delineado pelo próprio constituinte.²¹¹

O segundo ponto – sobre o limite do uso de normas constitucionais na interpretação e aplicação do direito civil – é muito menos delicado do que a aparência poderia sugerir. Assim como muitos juristas brasileiros, Perlingieri defende o respeito de muitas regras – pode-se dizer – “tradicionais”. Ele prega a necessidade de normas regulamentares e se opõe ao uso exclusivo da técnica de cláusulas gerais, pois, “[s]e assim não fosse, o Poder Judiciário poderia decidir arbitrariamente o caso concreto, de acordo com opções legislativas” e, sendo o princípio da legalidade (art. 1, § 2º, Constituição Italiana) desrespeitado, “a sorte do País estaria exclusivamente nas mãos do juiz, que, além de tudo, não é eleito, mas é vencedor de um concurso por exames”.²¹² Da mesma forma, ele reconhece a impossibilidade de efetivar a igualdade nas relações entre particulares por influência exclusiva da Constituição, por conta de um limite da norma italiana. Em suas palavras:

“É necessário dizer *com clareza* que não é possível que a carga inovadora contida no art. 3, § 2 se realize em todo o seu alcance nas relações privadas. E isso, não porque tal norma não tenha amplos espaços de correta utilização por parte do intérprete, mas porque ela postula que seja a República, em todas as suas articularidades, a remover os obstáculos à efetiva igualdade.”²¹³

Dito por outras palavras, a igualdade deve ser realizada em primeira linha pelo Estado, e não pelo intérprete ao analisar relações entre particulares. Em consonância com esse entendimento, superar o formalismo e o dogmatismo não resulta em uma legitimidade para desrespeitar o direito positivo.²¹⁴ A seu ver, o jurista não pode “arrogar-se [...] o poder de fundar o direito” nem “crer que [...] seja vinculado à norma, mesmo constitucional, somente se ‘concretamente verificar que ela exprime o valor que é presente segundo as condições históricas e sociais daquele momento’”.²¹⁵ Pelo contrário, também

211. Cf. nt. 209, *supra*.

212. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 27, p. 42.

213. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 34, p. 49, grifos nossos.

214. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 44, p. 60.

215. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis cit.* (nt. 190 *supra*), § 44, p. 61.

no direito italiano a “superação da garantia *formal* na norma é *inadmissível* [...]: a superação da norma jurídica a favor daquela social viola o princípio da legalidade e aquele da *democraticità*”.²¹⁶ Mais à frente, o jurista ainda arremata: “ao intérprete não é consentido saltar ou deliberadamente ignorar o texto”.²¹⁷

Até esse ponto, Perlingieri não difere em nada de uma perspectiva mais “tradicional”.²¹⁸ A verdadeira discordância encontra-se no sistema de fontes utilizado para colmatar eventuais lacunas. O art. 12 das disposições preliminares ao *Codice Civile* estabelece as seguintes regras de interpretação:

*“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.”*²¹⁹

Para Perlingieri, essa norma (anterior à Constituição hoje vigente) esbarraria em um obstáculo intransponível. Ela iria de encontro à “legalidade constitucional”, pois, ao impor ao intérprete o dever de se restringir à literalidade da norma e à intenção do legislador, ele deixaria de atender aos interesses e valores constitucionais relevantes, e ainda violaria a própria natureza do processo interpretativo (mesmo o texto claro precisa ser interpretado).²²⁰ Em consequência, a “interpretação por graus” deveria ser considerada não recepcionada (“ab-rogação implícita”)²²¹ e em seu lugar dever-se-ia almejar um método harmonizado e compatível com o sistema constitucional italiano. Ele seria alcançado pela atitude do intérprete de superar a busca do significado literal das normas em prol de uma contextualização da norma em todo o ordenamento jurídico unificado pela unidade constitucional e nos fatos históricos concretos, abrangidos aí fatos

216. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 44, p. 61, grifos nossos.

217. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 47, p. 67. Enfatizando esse mesmo ponto em outra obra de Perlingieri, cf: GRAU, Eros Roberto. Pietro Perlingieri cit. (nt. 190 *supra*), p. 230.

218. Por “tradicional” não entendemos aqui os mitos do formalismo, da subsunção mecânica, do “juiz boca da lei” etc., mas a prática *real* da doutrina e da jurisprudência há muitas décadas.

219. Tradução: “Ao aplicar a lei não se lhe pode atribuir um sentido diverso daquele que se evidencia do significado próprio das palavras segundo as conexões delas, e da intenção do legislador. Se uma controvérsia não pode ser decidida por uma disposição precisa, deve-se levar em conta as disposições que regulamentam casos similares ou matérias análogas; se o caso ainda continuar duvidoso, decide-se segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado” (tradução de Maria Cristina de Cicco em PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), p. 333).

220. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 53, p. 74-75.

221. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 53, p. 76.

individuais e sociais.²²² A “interpretação axiológica” deveria ser compreendida, assim, como um instrumento para superar a regra *in claris non fit interpretatio*, do art. 12, por meio de uma interpretação que tome em consideração todo o ordenamento jurídico. Nas palavras do jurista italiano, a “interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à atuação dos novos valores constitucionais”.²²³

A análise conjunta do contexto normativo e da teoria criada em vista dele permite identificar com mais precisão o alcance das ideias expostas por Perlingieri. Levar em conta o sistema implantado pela Constituição não significa, em sua leitura, nem aplicar normas constitucionais sempre diretamente, nem ignorar a literalidade das normas infraconstitucionais, nem conferir ao intérprete o poder de atualizar o direito de maneira automática quando as mudanças sociais o exigirem. O jurista italiano sabe dos perigos envolvidos nesse tipo de atitude e, por respeito à legalidade e ao princípio democrático, combate qualquer tentativa de conferir ao juiz a possibilidade de se sobrepor ao legislador. O dever de obedecer às normas infraconstitucionais regulamentadoras é importante e não pode ser afastado pelo intérprete. No entanto, essa postura metodológica não pode ser levada ao extremo de restringir sua atividade a ponto de ele se tornar um mero exegeta da literalidade das normas, desconsiderando o restante do ordenamento, em especial a constituição. Certas normas podem ser incompatíveis com o ordenamento jurídico e devem, por esse motivo, ser declaradas não recepcionadas ou inconstitucionais. Daí a necessidade de superar a primeira parte do art. 12, segundo a qual a literalidade e a intenção do legislador deveriam ser incondicionalmente obedecidas, e seguir uma interpretação sistemática e axiológica. O mesmo deveria se aplicar à segunda parte do art. 12, porquanto – e nesse ponto o jurista é pouco claro – a interpretação analógica (incluída aqui tanto a *analogia legis* quanto a *analogia iuris*, sendo a última identificada com os princípios gerais de direito) exprimiria uma “lógica puramente formal” e incompatível com o processo interpretativo, visto que a “interpretação é sempre analógica”.²²⁴ Por esses motivos, o intérprete não estaria vinculado às regras interpretativas do

222. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 56, p. 77-81.

223. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 51, p. 72.

224. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* cit. (nt. 190 *supra*), § 53, p. 75: “Na perspectiva hermenêutica que tende a individuar a normativa mais adequada ao caso, a *analogia legis* esfuma muito os seus contornos, já que os casos concretos nunca se repetem, quanto menos pelas diversidades de natureza temporal, espacial e subjetiva que contribuem para individuá-los. Desse modo existe, de um ponto de vista lógico, uma previsão legislativa não para aquele caso específico – salvo eu não se tenha já, e em forma única, verificado (mas, v. art. 11, § 1, disp. prel. Cód. Civ.) –, mas para uma série ou tipos de casos similares ou matérias análogas, entre elas necessariamente dessemelhantes. Nesse sentido, a interpretação é sempre analógica. É, portanto, difícil separar as hipóteses previstas tipicamente pela lei das hipóteses não previstas; estas últimas seriam dutíveis somente com base em semelhanças relevantes com hipóteses já previstas tipicamente

art. 12, devendo buscar parâmetros no sistema jurídico como um todo, tendo em vista especialmente os valores expressos nas normas constitucionais.

Feita essa reconstrução da obra e de seu contexto normativo, pode-se, agora, retornar ao direito brasileiro e verificar sua compatibilidade com o pensamento desenvolvido pelo jurista italiano. A CF/1988 é reconhecidamente muito rica em dispositivos dirigentes e de cunho axiológico, mencionando – ao lado de uma enorme plêiade de direitos fundamentais complementados por outros presentes no bloco de constitucionalidade – diversos valores como dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, IV) e busca da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Ela não prevê, porém, nenhum sistema de fontes. No direito civil, ele é regulamentado no art. 4º, LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A interpretação é, por sua vez, é parcamente referida no art. 5º, LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A seguir o método de Perlingieri, ambos os dispositivos somente poderiam ser ignorados, se eles fossem incompatíveis com o processo interpretativo ou com o sistema axiológico erigido pela CF/1988. Daí se extraem as duas perguntas centrais para a análise do tema hoje no Brasil: (1) obrigar o juiz a preencher lacunas por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito está em descompasso com a CF/1988 e, portanto, deveria ser declarado total ou parcialmente inconstitucional?; (2) o dever do juiz de considerar os fins sociais almejados pela lei e as exigências do bem comum são total ou parcialmente inconstitucionais? Se as respostas forem negativas, o intérprete está vinculado aos arts. 4º e 5º, LINDB; se elas forem positivas, ele deverá buscar outros parâmetros interpretativos.

A nosso ver, a própria literalidade dos dispositivos impõe, sem grande esforço, respostas necessariamente negativas. O sistema de fontes erigido pelo art. 4º, LINDB, pode, sem dúvida, ser criticado, mas ele não pode ser *sic et simpliciter* taxado de inconstitucional. Em verdade, tendo em vista a enorme indeterminabilidade característica de normas de direitos fundamentais, faz todo sentido o legislador buscar critérios razoáveis para colmatar leis que – como todos sabemos (inclusive os juristas tradicionais, seja lá quem eles forem) – não são capazes de prever todas as hipóteses da vida. A analogia é um ótimo instrumento para tanto: como ela significa aplicar a mesma norma a situações similares não previstas pelo legislador, seu efeito é promover um tratamento isonômico, cujo fundamento último no direito brasileiro é o art. 5º, *caput*, CF/1988. Os costumes apresentam-se, da mesma forma, como um método efetivo, pois, não havendo lei sobre o tema, eles representam uma norma criada espontaneamente pela sociedade

(somente neste caso seria necessário o recurso à analogia). A linearidade de uma tal distinção exprime uma lógica puramente formal, que revela a própria inadequação”.

para resolver um problema muitas vezes setorizado ou de alcance muito restrito. O direito não se esgota em si mesmo, mas reconhece a necessidade de buscar respostas nas práticas sociais. Naturalmente, quando o art. 4º, LINDB, refere-se a “costume”, subentende-se a exigência de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, em especial com a CF/1988, até porque entender o contrário significaria admitir no sistema a entrada de normas inconstitucionais.²²⁵ Por último, os princípios gerais de direito têm um conteúdo pouco claro e bastante controvertido.²²⁶ Como apontamos supra,²²⁷ a partir da leitura dos diversos dispositivos em todo o ordenamento jurídico, eles devem ser entendidos como normas aplicáveis a todos os ramos do direito, distinguindo-se, assim, dos princípios gerais de direito privado, de direito público, de direito tributário etc. No ordenamento jurídico hoje vigente, *em uma interpretação evolutiva*, eles devem ser compreendidos de maneira ampla, abarcando inclusive os direitos fundamentais.²²⁸ Com isso, o legislador fixa critérios minimamente objetivos, recorrendo a normas indeterminadas apenas quando não houver uma forma mais fácil e direta de obter uma norma justa.

O art. 5º, LINDB, também não pode ter sua constitucionalidade facilmente contestada. De maneira muito diversa do legislador italiano (art. 12), o brasileiro não impõe ao juiz o dever de se ater nem à literalidade da norma nem à intenção do legislador. Antes, por não haver nenhuma prescrição a respeito, ele tem a possibilidade de recorrer a todos os métodos de interpretação (gramatical, histórico, lógico e sistemático) e verificar qual

225. Nesse sentido, COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 72, 178, 284 e 295.

226. A concepção histórica dos “princípios gerais de direito” é bastante tortuosa e até hoje seu significado é muito controvertido na literatura e na jurisprudência brasileira. A redação original do projeto primitivo dizia “princípios deduzidos do espírito da lei” (interpretação teleológica), mas foi alterada pela Comissão Revisora por “princípios gerais de direito”. A respeito, cf: ESPÍNOLA, Eduardo. As lacunas da lei e o movimento do direito livre (*Die Freirechtsbewegung*) – Contribuição ao estudo das fontes do direito e à teoria da interpretação da lei. *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, a. 4, v. 5, 1915. p. 36 s. Para Mese, eles abrangem não apenas “princípios gerais de direito” nacionais, mas também universais, devendo o intérprete se valer do direito comparado para descobrir os últimos – Cf. MESE, Vivianne Ferreira. *Die soziale Funktion des Vertrages* cit. (nt. 148 *supra*), p. 28. Ver também ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Caracterização e natureza dos princípios gerais de direito especialmente no direito brasileiro. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, a. 2, n. 5, 1963. p. 5 ss. [= *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 5, v. 15, p. 473-479, 2018] e MESE, Vivianne Geraldine Ferreira. Das brasilianische Recht und die europäische Romanistik. In: BALDUS, Christian et al. (Org.). *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen – Storia die dogmi e individualità storica die giuristi romani: Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14-17 giugno 2011). Trento: Università degli Studi di Trento, 2012. p. 98-99.

227. Cf. 3.2, *supra*.

228. *Idem*.

deles ou a combinação deles fornece uma norma mais adequada para ser aplicada a um caso concreto. O único dever imposto pelo legislador é o juiz não chegar a um resultado contraditório ou absurdo. Ao interpretar e aplicar o direito, ele não pode contrariar os fins sociais aos quais a norma se dirige nem se opor às exigências do bem comum, ou seja, ele não pode se alienar do mundo e prolatar uma decisão contrária ao contexto social. Esse dado é no mais das vezes verificado inconscientemente em um juízo de razoabilidade e de confronto entre o benefício obtido com uma norma e o sacrifício necessário para sua implementação. Uma norma não pode ser aplicada quando ela contrariar os próprios fins visados ou prejudicar em demasia a sociedade como um todo. Com isso, o legislador brasileiro chega a um resultado – se não próximo – ao menos plenamente compatível com as ideias defendidas por Perlingieri. A regra *in claris non fit interpretatio* não apenas não é prevista em lei brasileira, como ainda é claramente rechaçada pelo art. 5º, LINDB. Os perigos de uma “lógica puramente formal” devem ser evitados pelo juiz ao considerar os fins sociais da norma e as exigências do bem comum *por determinação do próprio legislador*. Ao intérprete é conferida ampla margem de liberdade para se valer de todos os métodos e recursos (incluindo aqui cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) para chegar ao melhor resultado possível.

Tudo isso é, porém, ao menos em boa parte ignorado pelos seguidores do direito civil constitucional no Brasil. Por conta do descompasso de alguns dispositivos do projeto com a CF/1988,²²⁹ eles detectaram uma “incompatibilidade axiológica” entre o CC/2002 e a ordem constitucional e elegeram como objetivo “retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, *a todo custo*, à Constituição da República”.²³⁰ Já em 2002, ou seja, antes mesmo de o atual código entrar em vigor, a postura era de aberta beligerância: “parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando conferir-lhe *máxima eficácia social*, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento jurídico civil-constitucional”.²³¹ A fim de legitimar seu método, alguns autores recorreram a alguns mitos invocados por Perlingieri, como o individualismo, o positivismo e a “lógica puramente formal” (formalismo), e até chegaram a defender abertamente a eficácia direta da CF/1988 nas relações entre particulares.²³² O coerente seria, em seguida, uma análise pormenorizada do sistema de fontes e das regras de interpretação herdadas ainda do sistema constitucional de 1942, demonstrando também sua

229. FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 1, n. 4, p. 243-263, 2000.

230. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *Revista Forense*, a. 98, n. 364, 2002. p. 113, grifo nosso.

231. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas cit. (nt. 229 *supra*), p. 113, grifo nosso.

232. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho cit. (nt. 200 *supra*), p. 29 ss.; EADEM. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 779, 2000. p. 59.

incompatibilidade com a CF/1988 e a necessidade de erigir um novo método calcado em normas constitucionais. No entanto, essa não parece ter sido uma preocupação da escola. Em sua perspectiva, a mera entrada em vigor de um novo diploma constitucional seria suficiente, por conta de sua hierarquia normativa (esse argumento não seria “formal”?), para renovar todo o ordenamento jurídico em torno de valores como a dignidade da pessoa humana e a busca por maior justiça social. O direito civil teria de ser renovado e a aplicação direta da CF/1988

“[...] permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muito deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.”²³³

Os métodos “tradicionais” e o sistema instituído pela LINDB não são analisados em pormenores ao estilo de Perlingieri. Antes, eles são repelidos por incorrerem em quatro “preconceitos”.²³⁴ Primeiro, os civilistas tratariam os princípios constitucionais como meramente políticos e submeteriam toda a matéria de direito civil aos limites da reserva legal, salvo as raras hipóteses “patológicas e extremas” de inconstitucionalidade.²³⁵ Segundo, princípios constitucionais não poderiam ser entendidos como princípios gerais de direito do art. 4º, LINDB, porque esses seriam extraídos por um “método indutivo” e somente poderiam ser aplicados subsidiariamente. Uma tal leitura “representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados e conservadores”.²³⁶ Terceiro, o operador do direito deveria abandonar a *summa divisio* em direito privado e direito público, porque ela seria um empecilho à “tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição”.²³⁷ Quarto, o intérprete não deveria se apegar “à necessidade de regulamentação casuística”, pois o legislador teria dado preferência às cláusulas gerais e, se não houvesse uma mudança de mentalidade, “corre-se o risco de releg[á-las] à ineficácia”. No raciocínio do civilista arcaico,

“[...] como determinada situação concreta não está prevista expressa e casuisticamente, não se reconheceria legislação aplicável, mesmo na presença de cláusulas

233. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 52.

234. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 50. Existe, também, a versão dos “pecados capitais” – Cf. Os sete pecados cit. (nt. 187 *supra*), p. 319 ss.

235. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 50.

236. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 50. No mesmo sentido, Os sete pecados cit. (nt. 187 *supra*), p. 342-343.

237. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 51.

gerais que, versando sobre a espécie, seriam consideradas mero programa de ação legislativa, enquanto endereçadas ao legislador futuro.”²³⁸

Em suma, o “civilista preconceituoso” do início do século XXI deveria ser banido do cenário brasileiro e substituído pelo “civilista constitucionalizado”, ciente do retrocesso do pensamento tradicional e disposto a efetivar – apesar do tropeço do legislador de 2002 – o programa social e solidário do constituinte de 1988.

Essa estrutura argumentativa é atraente e tem um inegável poder de convencimento, afinal, ninguém quer ser retrógrado e ninguém pode se opor a valores como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e o combate à miséria. O problema encontra-se, porém, no pressuposto: esse “civilista preconceituoso” *nunca* existiu.²³⁹ Durante muito tempo de fato se negou caráter jurídico a princípios constitucionais, mas esse problema não era do “civilista tradicional”, e sim do constitucionalista.²⁴⁰⁻²⁴¹ O direito civil do

238. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas cit. (nt. 122 *supra*), p. 50. A ordem do terceiro e do quarto argumentos foi invertida para facilitar a construção do argumento a seguir no corpo do texto.

239. É difícil compreender como a subsunção pode ser associada ao pecado da preguiça, como pretende Tepedino (cf: Os sete pecados cit. (nt. 187 *supra*), p. 327 ss.). Essa afirmação causa espécie no contexto jurídico atual, seja porque a subsunção é no mais das vezes uma empreitada extremamente trabalhosa (ao menos em nossa parca experiência), seja porque é muito mais fácil aplicar um princípio (ou um conjunto deles) do que consumir horas à busca da regra mais adequada. Até mesmo autores antes simpáticos aos princípios têm adotado uma postura mais comedida, como José Fernando Simão, que hoje se opõe à “farra dos princípios” e à “técnica do ‘facilitismo’” (cf: SIMÃO, José Fernando. Prefácio. In: BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 12). Sobre a crítica à aplicação descontrolada de princípios, cf., por exemplo, SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287-305, e GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. n. 70 ss. p. 98 ss. *et passim*.

240. A tese de José Afonso da Silva sobre a eficácia das normas constitucionais (cf: 137, *supra*) foi muito importante para essa virada.

241. Ao tratar da função social do contrato, Tepedino exemplifica (ou parece exemplificar) o problema da negativa de valor jurídico a princípios com um trecho de Orlando Gomes sobre a função econômico-social do contrato (cf: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-396 e nt. 1; *Idem*, Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*, v. 46, 2015. p. 42 e nt. 3). Se assim for, houve um equívoco, pois Gomes não chega nem perto de negar a aplicar alguma norma pelo simples fato de a função social exigir um regulamento mais específico. No direito civil, quando se nega uma pretensão, *tradicionalmente* não se recorre a uma falta de regulamento de uma norma, mas à *ausência de uma norma em si*. Isso somente ocorre, porém, em casos extremos. A história dos

século XX apenas refletia um movimento geral, e isso *sem nunca negar a superioridade hierárquica da constituição*, como bem fez Clóvis Beviláqua ao apresentar algumas mudanças do CC/1916 promovidas pela entrada em vigor da Constituição de 1934.²⁴² Também se desconhece um “civilista tradicional” que tenha classificado direitos fundamentais como princípios gerais de direito.²⁴³ E mesmo quem o faça, como nós,²⁴⁴ não incorre dessa maneira em um comportamento “retrógrado ou conservador” (em tese, por ser novo, ele é “progressista”) por um motivo simples: recorrer apenas subsidiariamente a normas de conteúdo extremamente indeterminado (como as de direitos fundamentais) significa, em verdade, *respeitar o máximo possível o espaço de conformação do legislador ordinário*. Se a CF/1988 deixou-lhe enorme espaço para decidir qual norma é mais adequada e ele se omitiu, nada mais justo do que, primeiro, utilizar a norma mais semelhante; segundo, considerar as práticas reiteradas (costumes) como aceitas também por ele; e, terceiro, somente então buscar uma resposta em princípios gerais, entre os quais encontram-se os direitos fundamentais. O argumento da *summa divisio* não pode ser de modo algum acolhido, porquanto, como vimos supra,²⁴⁵ houve muito antes da CF/1988 diversas tentativas de relativizar ou mesmo de negar a dicotomia.²⁴⁶ Bem observado, se “retrógrado” faz referência a ideias do passado, o direito civil constitucional é bastante “tradicional” nesse ponto.

O argumento das cláusulas gerais é, de todos, o mais aterrador. Desconhece-se um civilista brasileiro que tenha lido o princípio da boa-fé objetiva como um “mero

mais variados institutos jurídicos revela que no mais das vezes os civilistas se esforçam para criar institutos ou flexibilizar a literalidade de leis ou fragmentos (pensemos no direito anterior às codificações) para alcançar objetivos justos. Como exemplos podem ser citados a *clausula rebus sic stantibus*, a teoria da pressuposição (*Voraussetzungslehre*, de Bernhard Windscheid), a teoria da base do negócio jurídico (de Paul Oertmann e de Karl Larenz) e assim por diante.

242. BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. *Revista dos Tribunais*, a. 24, v. 47, p. 31-38, 1935. Ver também PAZ, Firmino. Liberdade contratual. *Revista Forense*, a. 39, n. 90, p. 244-245, 1942. p. 245: “Desde a vigência da Constituição Federal, passaram os direitos e garantias individuais, onde quer que se manifestem, como quer que se apresentem, a ser regulados pelos princípios superiores integrativos da finalidade social do Estado. Se, entre nós, desde 1937, o novo diploma constitucional ditou um sentido novo, novas fórmulas, nova orientação à inteligência dos princípios informativos do regime jurídico, logicamente a interpretação legislativa dos fenômenos sociais, como a judiciária dos atos ou fatos jurídicos, haverá de atender àquelas diretrizes constitucionais, sob pena de se admitir, em contrário, a prevalência das leis anteriores ordinárias sobre o espírito e disposições expressas na Carta Magna Nacional”.

243. Talvez sejamos os primeiros a fazer esse intento. No direito constitucional, ao menos Virgílio Afonso da Silva faz essa conexão (cf: nt. 103, *supra*).

244. Cf. 3.2, *supra*.

245. *Idem*.

246. Ver também o debate no *ius commune* na literatura indicada na nt. 37, *supra*.

programa de ação legislativa”, confundindo-o com uma meramente norma política.²⁴⁷ Também não se compreende por que a metodologia do direito civil constitucional seria indispensável para o uso adequado desse instrumento interpretativo, sob o “risco [...] gravíssimo e evidente [...] de se [privar] de efetividade a boa-fé objetiva, por ausência de um conteúdo preciso; ou se [atribuir] excessivo poder discricionário aos juízes”.²⁴⁸ Os fatos parecem comprovar exatamente o contrário. O método tradicional logrou obter consistência sistemática e segurança jurídica ao desenvolver grupos de casos nos quais a boa-fé se manifesta. Hoje ela é utilizada para interpretar (arts. 112 e 113, CC), preencher lacunas, criar deveres e corrigir a lei e negócios jurídicos,²⁴⁹ e isso tudo sem fazer recurso necessário a uma “tábua axiológica” da CF/1988. O risco de negar qualquer efetividade à boa-fé objetiva decorre, em verdade, da ausência de uma comunidade jurídica diligente e produtiva, e não da falta de aplicar princípios constitucionais. Como bem afirmou Jan Peter Schmidt, a doutrina alemã teria chegado ao mesmo resultado alcançado durante o século XX, se ela tivesse à sua disposição o ordenamento jurídico brasileiro anterior ao CC/2002.²⁵⁰ De modo semelhante, o problema do abuso pelos juízes ao recorrer a cláusulas gerais deve ser combatido com o trabalho da doutrina de controlar as decisões dos tribunais em matéria de direito civil, em especial do STJ.²⁵¹ Somente com a crítica sóbria e bem fundamentada os magistrados se sentirão compelidos a rever alguns posicionamentos e declinar de maneira mais clara seus motivos em seus acórdãos. Recorrer a princípios constitucionais nesse contexto não apenas não traria ganho algum, como ainda poderia colocar em risco os ganhos obtidos ao longo do século XX e ampliar a insegurança jurídica por conta da indeterminabilidade das normas constitucionais.

Essas contradições – somadas a muitas outras apontadas por outros autores e por nós alhures²⁵² – são mais do que suficientes para rechaçar a pertinência do direito civil

247. Cf. nt. 240, *supra*.

248. TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas cit. (nt. 229 *supra*), p. 113, p. 122.

249. Por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado* cit. (nt. 161 *supra*), §§ 49 ss., p. 439 ss. *et passim* [= 2ª ed., §§ 49 ss., p. 481 ss. *et passim*].

250. SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 541-542.

251. Um ótimo exemplo encontra-se em: SCHMIDT, Jan Peter. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, a. 34, n. 2, p. 34-47, 2014. Existe uma versão brasileira parcialmente diferente: Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In: CARVALHO GOMES, Helena de; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (Org.). *Estudos de direito privado: Liber Amicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 119-135.

252. Cf. nt. 184, *supra*.

constitucional. Mesmo assim, parece-nos hoje que o equívoco central dessa escola reside em outro ponto. Ao erigir a CF/1988 ao foco do ordenamento, defender a oxigenação de todos os ramos a partir de seus princípios e negar relevância aos métodos de preencher lacunas (analogia, costumes e princípios gerais de direito), *ela trata a CF/1988 como principal – se não a única – fonte de direito*.²⁵³ Isso vale para todos os casos: não apenas quando não existe norma regulamentadora, mas também quando ela – apesar de existir – não fornece uma resposta considerada justa em vista das contingências sociais, o intérprete deveria recorrer diretamente aos princípios constitucionais e extrair daí a norma *ad hoc*. Ora, se o CC/2002 com mais de 2.000 artigos não consegue prever respostas seguras para todas as vicissitudes da vida civil e empresarial (na parte de obrigações), como poderia a CF/1988, que já se ocupa com temas tão diversos como organização do Estado e direito da criança e do adolescente, conter uma norma para uma hipótese não prevista no CC/2002? Não se estaria a incorrer em um equívoco ao atribuir à CF/1988 a mesma completude que o “civilista tradicional” teria julgado ser possível em vista do código civil durante o século XIX? A CF/1988 não pode ser considerada fonte exclusiva de direito, seja porque ela não poderia cumprir esse papel, seja porque o constituinte não quis isso. Esse entendimento não significa negar qualquer valor jurídico aos princípios constitucionais, mas reconhecer seus limites e atribuir-lhes uma tarefa que eles realmente se encontram aptos a desempenhar. Apesar de muito ampla, a CF/1988 limita-se no mais das vezes a ser *pressuposto* de validade do direito ordinário e a realizar o *papel de controle* de práticas inconstitucionais, seja por ação (incluindo atos jurisdicionais), seja por omissão. Nem todos os problemas do mundo, nem todas as injustiças de nosso país podem ser resolvidas por meio da aplicação de princípios constitucionais, inclusive nas relações entre particulares. Mesmo Perlingieri reconhece isso;²⁵⁴ supor o contrário é ingenuidade.²⁵⁵

Em vista dessa longa análise, uma conclusão é incontornável: embora o direito civil constitucional recorra ao pensamento de Perlingieri como mentor intelectual, ele não segue algumas diretrizes básicas de seu pensamento. Houve uma relevante transformação no processo de “aclimatar” as ideias do jurista italiano ao sistema jurídico nacional. Enquanto o civilista europeu demonstra enorme zelo pela lei como mecanismo de legitimação democrática e procura apenas harmonizar o direito ordinário com as normas

253. Esse pressuposto é normalmente implícito, mas pode ser visto de maneira mais clara, por exemplo, em BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho cit. (nt. 200 *supra*), p. 27: “As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo *precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil*” (grifo nosso).

254. Cf. nt. 212, *supra*.

255. Em sentido semelhante, falando em “*Naivität*” ao tratar da dimensão cultural do direito brasileiro, cf: MESE, Vivianne Ferreira. *Die soziale Funktion des Vertrages* cit. (nt. 148 *supra*), p. 185.

constitucionais (respeitando, sempre, os limites do próprio direito), a escola brasileira busca realizar uma justiça social a todo custo.²⁵⁶ Sob essa perspectiva, o direito civil constitucional não deveria ser identificado nem com a Itália nem com Perlingieri, pois seu conteúdo, seu objetivo e seu método são muito diferentes. Bem observado, no contexto da evolução histórica do direito brasileiro ele é mais uma espécie de “irmão sobrevivente” do direito alternativo,²⁵⁷ pois ambos procuram efetivar a justiça material, mesmo se para tanto for necessário passar por cima das regras de direito positivo.²⁵⁸ A diferença reside apenas no fato de o direito alternativo – talvez por não ter uma roupagem tão atrativa como o direito civil constitucional – ter perdido força e desaparecido já no início do século XXI. Não tardará – acreditamos – para também o direito civil

-
256. Um bom exemplo surgiu em uma aula na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade da USP há alguns anos. O debate girava em torno do seguinte caso: “A” casou-se com “B”, com quem teve um filho. Posteriormente foi descoberto que seu irmão gêmeo “C” também manteve relações sexuais com “B” no exato período da concepção. No processo de investigação de paternidade, o exame de DNA indicou a probabilidade de 99% de ambos os irmãos serem o genitor. Para resolver esse impasse, alguns dos presentes sugeriram aplicar o princípio do afeto para determinar quem deveria ser considerado o pai. Ora, havendo dúvida sobre o genitor e não sendo possível resolvê-la com os recursos tecnológicos hoje disponíveis, o intérprete tem o *dever* de aplicar a presunção romana transmitida no direito vigente no art. 1.597, I, CC/2002, segundo a qual os filhos nascidos 180 dias após o início da convivência conjugal são tidos como do marido. Proceder de maneira diversa destituiria essa presunção de qualquer significado e na prática atribuiria valor excessivo a esse princípio (se é que ele realmente deve ser admitido à luz do direito vigente para estabelecer vínculos de filiação). Somente se poderia cogitar de uma solução diversa, se o art. 1.597, I, fosse total ou parcialmente inconstitucional, ou se ele tivesse sua abrangência de alguma forma reduzida.
257. Em sentido semelhante, Eros Grau vê o neoconstitucionalismo como um sucessor do direito alternativo: “Partindo da pressuposição de que a Constituição de 1988 consagre um Estado Democrático de Direito construído mediante a manipulação de princípios e valores, fazendo *tabula rasa* das regras de Direito positivo, nossos neoconstitucionalistas (lastimo dizer *nossos*) são como que sucessores, a ele retornando, do chamado *direito alternativo*” (cf: GRAU, Eros Roberto. Neoconstitucionalismo e direito alternativo. *O Estado de S. Paulo*, a. 139, n. 45627, p. A2, 14.09.2018. p. A2, grifos no original). De fato, trabalhos de direito alternativo são aqui e acolá citados em textos do direito civil constitucional, por exemplo, em TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Ajuris (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul)*, a. 32, n. 100, 2005. p. 167, nt. 31. Ver também GRAU, Eros Roberto. Em defesa do positivismo jurídico. *O Estado de S. Paulo*, a. 139, n. 45497, p. A2, 12.05.2018.
258. Sobre o direito alternativo, cf: excelente estudo de LOSANO, Mario G. Gesetz und Hacke: Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Südamerika. In: HELMHOLZ, Richard H.; MIKAT, Paul; MÜLLER, Jörg; STOLLEIS, Michael (Org.). *Grundlagen des Rechts: Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*. Paderborn/München/Wien/Zürich: Ferdinand Schöningh, 2000. p. 1023-1063, em especial 1042 ss. Curiosamente, o direito alternativo teve grande desenvolvimento também na Itália.

constitucional ter o mesmo destino. O processo já se encontra-se aberta²⁵⁹ e surdamente²⁶⁰ em curso; seu término é apenas de uma questão de tempo. Apesar de o A. propositalmente não o ter analisado em detalhes, os argumentos desenvolvidos em sua obra contribuem em muito para isso.²⁶¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas, divergências e complementações expostas supra tiveram em mente dois objetivos. Por um lado, procurou-se ilustrar em vista de temas concretos a importância de a doutrina nacional atribuir a devida atenção aos problemas envolvidos com o uso de lei, doutrina e jurisprudência estrangeiras na interpretação e aplicação do direito brasileiro. Esse ponto é muito sensível e seus impactos são incalculáveis. Por outro lado, buscou-se exercer o *munus* da doutrina da maneira mais sóbria e transparente possível.²⁶² O direito brasileiro somente poderá avançar e se desenvolver adequadamente, quando seus estudiosos começarem a analisar de maneira crítica um os trabalhos do outro sem incorrer em “partidarismos” e sem ter “receio de ofender”. Os eventuais entendimentos dissonantes retroexpostos em nada diminuem o valor da obra aqui analisada. Muito

259. Cf. recente obra de DUARTE ALMEIDA, Victor. *O contrato e a Constituição: autonomia privada e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

260. Apesar de muitos dos trabalhos recentes de autores vinculados à escola do direito civil constitucional até chegarem a repetir seus cânones (em regra, no primeiro capítulo), na substância eles se distanciam deles a ponto de não se detectar qualquer influência. Um bom exemplo pode ser observado em TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Daí ser correta a observação de que, “[n]o exame de estudos concretos, [...] frequentemente a distinção [entre direito civil constitucional e dogmática <tradicional>] se esfumaça” (cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Antidiscriminação* cit (nt. 7 *supra*), p. 199, nt. 33).

261. Sem querermos ser pessimistas, mesmo depois o direito civil constitucional ter entrado em definitivo para a história do direito civil brasileiro, a doutrina pátria terá de permanecer alerta, porque o gatilho desse movimento – a saber: o sentimento de injustiça a indignar toda a sociedade – permanecerá a existir e poderá levar ao surgimento de outras teorias com o mesmo objetivo. É sempre importante manter o seguinte pensamento em mente: combater injustiças é importante e louvável, mas esse objetivo não pode ser realizado de qualquer forma e a todo custo, ao menos não em um estado democrático de direito.

262. A seguinte passagem de Junqueira de Azevedo poderia ser transportada e mesmo ampliada para a tese do A.: “Trata-se verdadeiramente de uma *tese*. O leitor poderá discordar, à moda de Montaigne que, quando lia, ia brigando com o autor, ou poderá se deixar levar pelas idéias do trabalho e concordar. De nossa parte, do que temos certeza é que se trata de uma leitura agradável e instigante” (cf. Prefácio. In. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. XVI, grifo no original).

pelo contrário, eles apenas aumentam seu brilho e refletem que o A. logrou alcançar o desígnio último do verdadeiro jurista: chamar atenção de seus contemporâneos para alguns temas e criar um interesse em torno deles. A obra ora analisada despertou parte significativa dos autores vinculados a uma doutrina “tradicional” para a constitucionalização do direito ordinário e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Antes tidos como irrelevantes e relegados a problemas a serem debatidos e resolvidos por constitucionalistas, esses assuntos tornaram-se – por conta dos louváveis esforços do A. – comuns a toda comunidade dos estudiosos de direito civil pátrio. Nesse contexto de abertura de horizontes, a obra do A. nesses temas (em sentido amplo, e não apenas esta tese) constitui um marco no Brasil. Estivesse ainda entre nós, Antonio Junqueira de Azevedo estaria muito orgulhoso de seu discípulo.
