



ALUMNI

Revista da Associação dos Antigos Alunos
de Direito da UFRJ

**DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO – O NEOCONSTITUCIONALISMO
ITALIANO E SUA ADOÇÃO NO BRASIL***

**CIVIL LAW AND CONSTITUTION - ITALIAN NEOCONSTITUTIONALISM AND
ITS ADOPTION IN BRAZIL**

Francisco Amaral**

Resumo: É este texto uma reflexão crítica, com é próprio da tradição jurídica da Faculdade Nacional de Direito, no sentido de exame das causas e dos fundamentos de um novo paradigma jurídico-filosófico surgido na Europa do pós-guerra, o chamado direito civil constitucional, em virtude da terrível violação dos direitos humanos causada pela segunda guerra mundial, particularmente na Itália, importado deste país por eminentes juristas brasileiros e aqui prontamente adotado sem a necessária e prévia consideração de sua necessidade e conveniência.

Palavra-chave: Direito civil constitucional;

Abstract: This text is a critical reflection, as is typical of the legal tradition of the National Faculty of Law, in the sense of examining the causes and foundations of a new legal-philosophical paradigm that emerged in post-war Europe, the so-called constitutional civil law , due to the terrible violation of human rights caused by the second world war, particularly in Italy, imported from this country by eminent Brazilian jurists and here promptly adopted without the necessary and prior consideration of its need and convenience.

Keyword: Constitutional civil law;

Introdução. A Constituição da República e o Código Civil

O tema escolhido é a relação entre os nossos diplomas jurídicos fundamentais, a Constituição da República e o Código Civil, entre os quais se advoga uma relação de

* Este artigo foi originariamente escrito para um livro em homenagem ao Prof. Dr. Roberto Rosas, ex-aluno da FND, ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Acadêmico e Advogado.

** Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

complementaridade como já superiormente defendido por Miguel Reale,¹ e não de subalternidade como têm amplamente defendido. os adeptos do chamado direito civil constitucional.

Procura-se, assim, contribuir para uma necessária reflexão sobre o direito brasileiro contemporâneo que, para enfrentar os problemas decorrentes da crescente complexidade da realidade social, política, econômica e cultural,² tem nesses diplomas a expressão legal dos valores, princípios e regras que orientam a realização de direito e da justiça em nosso país.

Recorde-se, preliminarmente, que as leis, sejam de natureza pública ou privada, compreendendo as Constituições, os Códigos e a legislação especial, são respostas que a sociedade, por seus órgãos legislativos, elabora para a prevenir ou resolver conflitos de interesses nas relações existentes 1) entre o cidadão e o Estado, que é uma relação jurídica de poder, matéria de direito público, ou 2) entre as pessoas na sua convivência diária, que é uma relação jurídica de igualdade, matéria de direito privado. Essas respostas orientam-se por ideias básicas que determinam os modos de comportamento social, os chamados valores. As leis refletem, assim, os valores dominantes na época de sua edição, isto é, as concepções filosóficas que exprimem a cultura de um povo e fundamentam e legitimam o seu sistema jurídico. No Brasil contemporâneo esses valores são a pessoa humana, a justiça, a liberdade a segurança, a igualdade, o bem comum, tanto na Constituição da República, quanto no Código Civil, e ainda a democracia, o trabalho e o pluralismo político como valores próprios da Constituição da República, o estatuto jurídico do político (Castanheira Neves).

O direito civil é o direito comum. Regula as relações entre os indivíduos nos seus conflitos de interesses e nos problemas de organização de sua vida diária, disciplinando os direitos referentes à pessoa e à sua família, e os direitos patrimoniais, pertinentes à atividade econômica, à propriedade dos bens e à responsabilidade civil. Seu diploma básico é o Código Civil, sistema que tem como objeto as relações jurídicas privadas, aquelas cujos sujeitos, inclusive o Estado, participam em condições de igualdade. Essas relações constituem a matéria de direito civil, a razão de ser do Código, como exprime o seu artigo primeiro ao dispor que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. São relações jurídicas

¹<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>

²Fulvio Pastore in “*Il filosodo del diritto davanti alla crisi della complessità*”, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. XXV.

de direito privado as de *personalidade*, em que se protegem os direitos inerentes à pessoa; as de *família*, se decorrentes do matrimônio, da união estável, do parentesco, filiação ou tutela, e as *patrimoniais*, quando dirigidas à satisfação de interesses econômicos. As relações jurídicas patrimoniais são as *obrigacionais* e as *reais*.³

O direito constitucional é o direito que tem por objeto a constituição política do Estado,⁴ seus princípios e normas. Estuda a organização geral do Estado, seu regime político e sua estrutura governamental.⁵ Para Pinto Ferreira, baseado em Durkheim, o direito constitucional é a ciência positiva das Constituições. É a ordem jurídica do Estado.⁶ Para Gomes Canotilho, a Constituição moderna é *a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político*. É a ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito, declaração nessa carta escrita de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia, é a organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado,⁷ conceito esse que se converteu em um dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de ser chamado “conceito ocidental de constituição”.⁸ A Constituição pretendeu enraizar duas ideias básicas 1) ordenar, fundar e limitar o poder político, 2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Temas centrais do constitucionalismo são, assim, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*.

Quanto ao vínculo entre o Código e a Constituição, há que se reconhecer que o Código Civil de 1916, por força das transformações políticas, jurídicas e sociais que marcaram a sociedade brasileira no curso do século XX, que a levaram do paradigma da modernidade ao paradigma da pós-modernidade, e deste ao da complexidade,⁹ viu-se privado da posição central que ocupava no sistema de fontes do direito moderno em favor da Constituição da República de 1988, que passou a ser a fonte suprema do processo orientador da produção legislativa, sem prejuízo da disciplina própria de relações jurídicas específicas. A

³Seja-me permitido reproduzir aqui meu livro *Direito Civil.Introdução*, 10ª edição, p. 270.

⁴Hauriou, apud José Afonso da Silva,*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 34.

⁵Paulo Bonavides,*Curso de Direito Constitucional*, 21ª edição,São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 36.

⁶Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 9.

⁷J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 52.

⁸Rogério Soares, in Gomes Canotilho, op. cit., p. 52.

⁹Edgar Morin, *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare le sfide della modernità*, Milano, 1993, pp. 10-24.

Constituição incorporou, assim, no seu texto, valores, princípios e institutos básicos do direito civil que passaram a ser também o fundamento legitimador do texto constitucional, *in casu* a liberdade, a segurança, a igualdade (no Preâmbulo), a dignidade humana e a livre iniciativa (no seu art. 1º), os direitos da personalidade (art. 5º, X, XI, XII, XIII), o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o direito da herança (art. 5º, XXX), a proteção à família (arts. 203 e 226), dotados, não obstante o seu caráter programático, própria de sua natureza constitucional, de eficácia imediata e direta (art. 5º, § 1º). A constitucionalização desses princípios e institutos de direito civil deu azo à defesa de um novel Direito Civil Constitucional, que seria *materialmente* direito civil e *formal e positivamente* direito constitucional, sistematizado em três blocos: o direito civil constitucional da pessoa, o da família e o do patrimônio.

Pode-se assim reconhecer que os preceitos constitucionais ampliaram seu campo de abrangência, para incluir no seu corpo legal, normativo, institutos tradicionais do direito civil, além dos valores e princípios referidos. Esse processo representou, para alguns, a *publicização do direito privado*, ou mais especificamente a “*constitucionalização do direito civil*”, expressão trazida do direito italiano, no sentido de que “matérias tratadas pelos civilistas entraram na Constituição”, e para outros, o inverso, a *civilização do direito público*, patente não só na incorporação de valores básicos do direito civil no Preâmbulo do texto constitucional, como seu fundamento axiológico legitimador, como é o caso da liberdade, da segurança, da igualdade e da justiça, como também na incorporação de direitos de natureza civil, como é o caso da personalidade, da propriedade, da herança, da proteção à família. Também demonstrativos da *civilização do direito público* seriam a contratualização da atividade pública e a privatização dos serviços públicos, ou ainda administração das modalidades de *governance*.¹⁰ Todas essas disposições normativas permitem caracterizar-se o texto da Constituição como expressão de um direito *formalmente* constitucional, em uma visão bem positivista, que convive com um direito *materialmente* civil, com é o do Código Civil e leis especiais.

Com a aprovação, porém, do Código Civil de 2002, que incorpora, desenvolve e regulamenta as disposições constitucionais de natureza civil, isto é, os princípios e institutos supramencionados, impõe-se reconhecer um inevitável refluxo na ideia da

¹⁰François Ost. *Quale filosofia del diritto?*, Rivista di filosofia del diritto-Journal of Legal Philosophy, 1/2012, il Mulino, Bologna, p. 32.

constitucionalização da matéria civil, recuperando esse Código a sua posição no ordenamento jurídico brasileiro, “como lei básica, mas não global, do direito privado”. O disposto no art. 1º do Código no sentido de que “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”, implica reconhecer que os conflitos e as pretensões decorrentes da violação desses direitos devem resolver-se, prioritariamente no âmbito da relação jurídica de direito privado, que é um direito fundamentado em valores próprios e sistematizado em função de relações específicas, respeitando, evidentemente, a normativa de natureza constitucional, mas não perdendo a sua natureza de direito privado. Respeita-se, desse modo, o primado do atual Código Civil, que é lei própria da matéria civil, aprovada pela e na vigência da Constituição da República.

Deve-se, assim, reconhecer a existência de uma relação de complementaridade entre Constituição da República e Código Civil, no que tange à pessoa humana, hoje reconhecida como valor fonte do direito, no sentido de que dele é causa eficiente. Uma relação de complementaridade e não de subalternidade como jovens civilistas juristas defendem no Brasil, como expressão do chamado direito civil constitucional, argumento falso que leva a um raciocínio incorreto e, por isso mesmo, conduz uma conclusão falsa a que se pretende dar aparência de verdadeira.¹¹ Essa tese é produto da importação indevida de um modelo jurídico estrangeiro, o chamado *direito civil constitucional*, cultivado na Itália como produto de uma realidade social e política completamente diversa da brasileira. Um de seus fautores, o grande civilista italiano¹² afirma que “*a norma jurídica não pode ser compreendida fora da sociedade, historicamente determinada, e a relevância da sociedade civil não pode ser avaliada separadamente da norma*” o que significa reconhecer que a norma é expressão da sociedade que a produz. Considera, por isso, ser necessário o encontro do filósofo com o jurista, mais propriamente o filósofo do direito com o civilista (idem). Disso se conclui que a adoção da tese do direito civil constitucional no Brasil representa, assim, um filoneísmo, um gosto excessivo por novidades desnecessárias que comprometem a seriedade e o prestígio do pensamento jurídico brasileiro.

Essa nova concepção surge no direito italiano a partir dos anos 60, com a entrada em vigor da sua Corte Constitucional, como produto da constitucionalização, isto é,

¹¹Jaime Puigarnau, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1978, p. 211.

¹²Pietro Perlingieri, autor do clássico “*Il diritto civile nella legalità costituzionale*”, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 3.

do processo de transformação de um ordenamento dominado pelas normas constitucionais¹³ impostas, juntamente com os princípios, a todas as relações, inclusive as particulares, por força de um novo constitucionalismo, a teoria do direito do Estado constitucional moderno. É uma expressão do neoconstitucionalismo, filosofia que defende a conexão necessária entre o direito e a moral por meio dos princípios, surgindo, assim, formalmente, o novel direito civil constitucional na Itália a representar um renovado jusnaturalismo. O neoconstitucionalismo se apresenta então como a teoria que melhor explica, e a filosofia que melhor justifica o direito do Estado constitucional moderno,¹⁴ que seria o jusnaturalismo. Na Itália, os autores qualificados como neoconstitucionalistas sustentam a tese da conexão entre o direito e a moral, recaindo, assim, no jusnaturalismo. O direito é conexo à moral, particularmente no Estado constitucional. É a posição dos três principais autores neoconstitucionalistas: Dworkin, Alexy e Nino.

Os fundamentos filosóficos do direito. Jusnaturalismo, positivismo jurídico e neoconstitucionalismo.

Recorde-se que os Códigos e as Constituições são leis superiores que surgem no curso da história como produto do processo de racionalização e sistematização que marcou o pensamento jurídico europeu dos séculos XVIII e XIX, racionalista e jusnaturalista.

Fundamento e justificação desse processo, isto é, sua fonte primeira e razão de ser de sua obrigatoriedade, foram duas concepções filosóficas, o *jusnaturalismo* e o *positivismo jurídico*, o direito natural e o direito positivo. O direito natural como conjunto de princípios essenciais e permanentes atribuídos à Natureza (na antiguidade greco-romana), a Deus (na Idade Média), ou à razão humana (na época moderna), que serviriam de fundamento e legitimação ao direito positivo. O positivismo como teoria que reduz o direito ao direito posto pelo legislador, contrapondo-se e negando o direito natural. Caracteriza-se pela aplicação do método científico ao estudo do direito.

Na época moderna (séculos XVIII e XIX), o direito natural desenvolve-se sob o nome de *jusnaturalismo* (Grotius e Pufendorf), e é considerado como “expressão de

¹³Vittorio Villa, *Uma teoria pragmaticamente orientada dell'interpretazione giuridica*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012, p. 8.

¹⁴Mauro Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, p. 33.

princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem”, dos quais se pode deduzir um sistema de regras jurídicas. Por influência do iluminismo, estilo de pensamento que, no século XVIII, defendeu a liberdade de pensamento e a reforma social e política, contestando a tradição e a autoridade, torna-se a expressão do racionalismo no direito e por isso se denomina *iusracionalismo*, levando ao surgimento dos códigos modernos que, nos países europeus, foram verdadeiros “atos de transformação revolucionária”.

Contrapondo-se ao jusnaturalismo, o *positivismo jurídico* defende a sua exclusividade, afirmando não existir outro direito que não o positivo, considerado como autêntica ciência. Diversamente do direito natural, o positivismo jurídico considera o direito como um conjunto de ordens ou comandos, produto da vontade humana ou da autoridade (*auctoritas non veritas facit ius*) garantidos pelo Estado e providos de sanção. Muito desenvolvido nos séculos XIX e XX, o positivismo jurídico, apresenta hoje limitações e insuficiências que atestam a sua *crise*, embora seja ainda a doutrina dominante. Essa crise refletiria a “quebra do modelo de ciência que o sustentava”, com a perda da certeza e da universalidade do direito. Além da permanência da corrente jusracionalista, como direito superior e como critério de valoração do direito positivo, o positivismo enfrenta ainda os desafios do *realismo jurídico* — uma outra corrente filosófico-jurídica que defende a existência de “um direito nascido espontaneamente da sociedade”, pela atividade de seus membros, do que decorreria a “revalorização do papel do juiz e a crescente admissão de sua função criadora do direito”. Outro fator de enfraquecimento ou superação do positivismo seria a importância crescente dos princípios jurídicos. Princípios e diretrizes, valores de natureza moral ou prática que orientam comportamentos e a própria realização do direito. Também se afirma ser o positivismo insuficiente e perigoso. Insuficiente porque identifica o direito com a lei do Estado, o que justifica a sua coatividade mas não explica o conteúdo da norma jurídica. Além disso, ver todo o direito nas regras postas pelo Estado leva ao método estreito da exegese, que se caracteriza, precisamente, pelo culto da lei, pela identificação desta com o direito e pela interpretação como processo de pesquisa da vontade do legislador.¹⁵ O positivismo seria também perigoso porque, em nome do Estado, de podem justificar as leis mais desumanas,¹⁶ como se verificou nos governos totalitários de deflagaram as grandes guerras do século passado.

¹⁵Manuel Atienza. *El Sentido del Derecho*, p. 234.

¹⁶Giles Goubeaux, p. 23.

Ambas as concepções, jusnaturalismo e positivismo jurídico, são hoje objeto de profunda revisão crítica, que apontaria para a sua superação. Seriam teorias de ontem.¹⁷ Tem em comum a concepção objetivista do direito, isto é, a crença de que esse é um conjunto de enunciados normativos, externo e preexistente, que a ciência jurídica pode objetivamente conhecer e descrever.¹⁸ Ocorre que o trauma causado pela descoberta dos campos de extermínio nazista (Auschwitz) e depois os campos de concentração estalinistas, próprios dos regimes totalitários da Europa do século XX, mudou as relações entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, abrindo a porta para o realismo jurídico e uma nova filosofia, o neoconstitucionalismo.¹⁹

Em uma síntese conclusiva e diferenciadora das duas correntes doutrinárias, poder-se-ia dizer que: a) quanto ao conceito de direito, o jusnaturalismo é dualista, admitindo a existência e o primado do *direito natural* sobre o *positivo*, pelo que este, para existir e ser válido, deve ser justo, sob pena de poder ser desobedecido; o jusnaturalismo defende, conseqüentemente, uma concepção valorativa, ontológica e ética do direito, enquanto o positivismo tem desse uma concepção a valorativa, empírica e técnica; b) quanto às fontes do direito, o jusnaturalismo defende o recurso a fontes suprapositivas, como os princípios, o costume, a equidade, enquanto o positivismo limita as fontes ao direito positivo; c) quanto ao método, o jusnaturalismo defende um critério teleológico e prudencial na realização do direito, visando o justo concreto, isto é, a decisão justa do caso específico, enquanto o positivismo segue a orientação empirista, considerando o juiz mero aplicador das normas ao caso concreto, segundo procedimentos lógico-dedutivos de subsunção.²⁰

São manifestações da influência do jusracionalismo no direito moderno o processo de racionalização e sistematização do direito, de que resultaram os códigos e as constituições dos séculos XVIII e XIX, e ainda, a preocupação com a justiça e a igualdade material, o reconhecimento de princípios suprapositivos, o conceito e defesa dos direitos fundamentais, o desenvolvimento da responsabilidade civil, a fundamentação de um direito

¹⁷Francesco Viola-Giuseppe Zacaria. *Diritto e interpretazione. Lineamenti de teoria ermeneutica del diritto*, seconda edizione, Roma-Bari, Editori laterza, 2000, p. 21.

¹⁸Stefano Berthea. *Certeza del diritto e argumentazione giuridica*, Catanzaro, Rubbettino Editore, 2002, p. 14.

¹⁹Mauro Barberis, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e as diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Torino, G.Giappichelli, 20013, p. 22

²⁰Mário Bigotte Chorão. *Positivismo Jurídico*, in Polis Enciclopedia Verbo da Sociedade e do Estado, vol. 4, p. 1.422.

geral da personalidade, a elaboração de categorias de natureza técnico-jurídica, como a de sujeito de direito, de declaração de vontade, de negócio jurídico etc.²¹

O positivismo jurídico, por sua vez, influenciou na concepção normativa do direito, na separação radical entre o *ser* e o *dever ser*, isto é, entre o direito e a moral; na compreensão do direito como o ordenamento jurídico de um Estado, recusando a existência do direito natural como legitimador desse ordenamento; na consideração da validade e eficácia das normas jurídicas, independentemente do seu conteúdo etc. Do positivismo decorre ainda o raciocínio lógico dedutivo na aplicação do direito, deduzindo-se as normas jurídicas dos conceitos e dos princípios da ciência jurídica, sem recurso a valores extrajurídicos, considerando-se que a aplicação do direito leva, necessariamente, a uma decisão justa.²² A norma seria justa só pelo fato de ser válida.²³ Além disso, considerando o direito um sistema fechado e pleno, nega a existência de lacunas do sistema. É o dogma da plenitude da ordem jurídica, hoje superado. Decorre ainda da concepção positivista, a formação técnica do jurista, vinculado à teoria científica, que leva a um ensino sistemático-conceitual, independente e anterior à formação prática do estudante.

O neoconstitucionalismo

O chamado direito civil constitucional é produto de uma nova concepção teórico-filosófica que, sob o título de neoconstitucionalismo, se desenvolveu no continente europeu, e agora seduziu jovens civilistas brasileiros.

Fato é que nas últimas décadas tem-se verificado no Brasil uma franca adesão a essa nova filosofia, concepção até então estranha ao nosso pensamento jurídico, importada diretamente da Itália, onde surgiu se desenvolveu em função das exigências políticas, econômicas e sociais surgidas no pós guerra, concepção adotada como imperativo categórico, sem a necessária reflexão crítica que a considere nos seus fundamentos e na sua realização prática e metodológica.

Reconheça-se preliminarmente, que todas as inovações no campo do direito são válidas e devem ser acolhidas desde que, oportunas e concordantes com os fundamentos

²¹Wieacker, p. 707.

²²Wieacker, p. 496.

²³Bobbio. *Teoria della norma giuridica*, p. 48, com observações críticas a essa concepção, p. 55 ss.

do sistema vigente, atendam às necessidades da sociedade a que se destinam e correspondam aos anseios dos seus participantes. A franca adesão de juristas brasileiros a esse novo tipo de pensamento europeu, sem qualquer necessidade política ou social que a justifique, além das que levaram ao advento da Constituição da República, de 2088, e do Código Civil de 2002, torna conveniente conhecer e avaliar as circunstâncias que levaram ao surgimento desse pensamento.

O termo neoconstitucionalismo, usado prevalentemente na Itália e Espanha, designa tanto uma forma particular de Estado, o Estado constitucional de direito, quanto uma nova orientação filosófico-jurídica, na qual, porém, não existe uma corrente unitária mas sim um conjunto de reflexões autônomas e não coincidentes.²⁴ O termo denota, assim, mais uma atmosfera cultural do que uma concepção do direito. Um tipo de cultura jurídica no sentido de comportamentos, práticas, de estilos de interpretação e de argumentação, adotadas pelos juristas em certo contexto histórico, referentes a específicas soluções de casos concretos, seus fundamentos, suas fontes jurídicas.²⁵ Seus principais teóricos são Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino, que, em uma perspectiva antipositivista defendem a tese da necessária conexão entre o direito e a moral. A esses pode-se acrescentar Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero e José Moreno, na Espanha, e Gustavo Zagrebelsky na Itália.

Esse novo pensamento filosófico é consequência direta e imediata de Auschwitz, que levou à a crise do positivismo jurídico e o retorno do jusracionalismo, principalmente nos Estados constitucionais, isto é, aqueles dotados de uma “constituição rígida, garantida pelo controle de legitimidade constitucional das leis e formada por princípios que inspiram toda a legislação”, objeto do chamado neoconstitucionalismo.

Com a violência da segunda guerra mundial, com os horrores dos campos de concentração, de que Auschwitz é o símbolo, a milenar filosofia do direito mudou radicalmente. Até então, todos concordavam que ao direito se devia obedecer; depois, sobre isso se começou a discutir. Os jusnaturalistas acusaram o positivismo jurídico de cumplicidade com o nazismo porque os seus seguidores consideravam o direito nazista como qualquer outro, pelo que devia ser obedecido. Com isso renasceu o direito natural, até então eclipsado com o processo de codificação civil, passando a chamar-se jusnaturalismo, que teria

²⁴Giorgio Bongiovani, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in *Filosofia del diritto di Mauro Barberis, Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e as diritto positivo*, p. 84.

²⁵Giorgio Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna. Il Mulino, 2017, p. 32.

como principal característica a tese da conexão necessária entre o direito e a moral, pelo que o direito injusto não seria direito. Vinte anos depois de Auschwitz surge e se desenvolve o neoconstitucionalismo, a defender os valores éticos (morais, políticos, jurídicos) formulados como princípios constitucionais que passaram a exprimir o a conexão do direito com a moral (Ronald Dworkin, Carlos Nino). O jusnaturalismo passou então a caracterizar-se 1) pela conexão necessária entre o direito e a moral, 2) pela concepção geral da ética, no sentido de que os juízos de valor são objetivamente justos ou injustos, e 3) pelo formalismo interpretativo no sentido de que cada caso jurídico tem uma só solução correta ou justa.²⁶

O neoconstitucionalismo no direito brasileiro

Cabe, assim, indagar quais as razões determinantes da adoção, em nosso país, dessa nova concepção jurídica e, no que diz respeito ao Código Civil, saber se esse novo direito atende às necessidades da sociedade brasileira ou se é apenas simples importação de modelo estrangeiro estranho à nossa realidade, o que tornaria inconveniente e injustificável a sua aceitação.

No direito brasileiro contemporâneo, Constituição e Código são sistemas legais que têm em comum a pessoa humana como valor fonte do direito, no sentido de que dele é causa eficiente e preexistente. A Constituição da República a ela se refere, ao considerar a dignidade da pessoa humana como valor jurídico fundamental²⁷ da ordem jurídica brasileira.²⁸ Sua natureza e dignidade são o fundamento, a causa e medida dos direitos e deveres. No mesmo sentido o seu art. 5º, dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos e deveres individuais e coletivos, reconhece a igualdade de todos perante a lei, garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à liberdade de associação, a reparação do dano moral, a inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, e a função social da propriedade. Também no âmbito privado, mais propriamente no Código Civil brasileiro (arts. 11 a 21), a pessoa é bem jurídico protegido pelos chamados direitos da personalidade. Em segundo lugar, depois da pessoa, a justiça como valor em si, dando lugar à justiça social, a justiça que exige de todos e de cada um o

²⁶Mauro Barberis, op. cit. p. 26.

²⁷Constituição da República, art. 1º, III.

²⁸Constituição da República, art. 1º, III.

necessário para o bem comum. Seu objetivo é a distribuição mais equitativa das riquezas, sendo consagrado na Constituição brasileira, no seu capítulo da ordem econômica e financeira.²⁹ Depois, a segurança, valor fundamental dos códigos civis do século passado, que, consagrando a separação entre a sociedade civil e o Estado, visavam proteger a liberdade do indivíduo na sua vida particular contra a ingerência do poder político. Atualmente, constatando-se a incapacidade do sistema econômico de resolver, por si só, os problemas inerentes ao seu funcionamento, tornou-se inevitável a intervenção do Estado no campo da economia, levando a segurança individual a ocupar lugar secundário na hierarquia axiológica que fundamentava as instituições civis do século passado, em favor da segurança coletiva e do bem comum.

É, porém, na liberdade, um dos valores mais importantes para o direito em geral e para o direito civil em particular, em suas vertentes da autonomia privada e no direito de propriedade, que se manifestam as mais profundas modificações.

A liberdade jurídica reconhece no indivíduo o poder de produzir efeitos no campo do direito. Consiste no poder de praticar todos os atos não-ordenados, tampouco proibidos em lei, optando entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos. A liberdade jurídica compreende, assim, um conjunto de garantias que protegem a pessoa na sua atividade privada e social. A Constituição delimita o campo dessa liberdade, definindo o âmbito material que compete ao Estado e o que compete ao indivíduo como pessoa e como cidadão. O setor que o Estado reconhece como externo ao seu domínio de atuação é o do direito privado, em que o indivíduo pode exercitar sua liberdade de modo subjetivo e de modo objetivo. Esse âmbito de atuação do particular é como uma esfera de imunidade, relativamente isenta da presença estatal. O direito privado surge, assim, como um espaço livre deixado ao particular pelo direito público.

Há que salientar, porém, que desde o início do século XX, com as exigências de mudança decorrentes da revolução industrial, que mostrava a diferença cada vez maior entre a *igualdade formal*, de todos perante a lei, e a *desigualdade material*, que afastava as classes menos favorecidas, vem o Estado se servindo do direito não mais para garantir a ordem e a segurança, mas, principalmente, para promover reformas sociais, passando, assim, do Estado Liberal ao Estado Social.

²⁹Constituição da República, art. 170.

Com o advento do Estado social ou intervencionista, entra em crise o individualismo típico do direito privado, expresso nos códigos civis francês e alemão, como produto da contradição entre os ideais jurídicos da burguesia e o anseio da justiça das classes menos favorecidas. O valor da liberdade supera-se com o ideal da socialização e da presença do Estado na economia. A *autonomia privada* vem a ser gradativamente limitada por princípios e normas que, regulando os interesses fundamentais do Estado ou estabelecendo, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade, passam a constituir a chamada ordem pública. Mesmo assim, permanece a autonomia privada como princípio fundamental, embora limitada, no seu campo de atuação, pela ordem pública e pelos princípios da justiça contratual, segundo a qual, nos contratos, cada parte deve receber o equivalente ao que dá, e da boa-fé, complemento da justiça contratual, que é a lealdade das partes no cumprimento de suas prestações.

Outro instituto que sofre substanciais mudanças, é a propriedade, que deixa de ser um direito absoluto passando a ter função social, como disposto na Constituição da República, art. 170, III. O que a norma constitucional pretende é estabelecer uma exigência de *destinação social*, ou seja, um aproveitamento comum dos recursos e das riquezas, mobiliárias e imobiliárias, ainda que sejam de propriedade particular, o que equivale a dizer que o proprietário tem, além de poderes, deveres. Outra mudança é a fragmentação do conceito unitário de propriedade. Não mais uma propriedade, mas várias propriedades. Não mais a unidade conceitual do direito subjetivo, mas o pluralismo dos estatutos da propriedade. A nova propriedade caracteriza-se, desse modo, pela *relatividade* do direito e pela *variabilidade* do seu conteúdo,³⁰ de acordo com o tipo de destinação e de organização. Várias propriedades como a imobiliária urbana e a rural, a industrial, a dos bens de produção e de bens de consumo, a pública e a particular, a individual e a coletiva.³¹

Essas transformações acentuam-se com as mudanças sociais do pós-guerra e, principalmente, nas últimas décadas, com a revolução tecnológica, a globalização da economia, o progresso da medicina e da biologia, que permitem o controle da reprodução e da genética, a massificação nas relações de consumo e nos meios de comunicação, configurando as seguintes características do direito civil contemporâneo. Essas transformações compreendem a crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevada esta

³⁰Francesco Lucarelli. *Diritti civili e istituti privatistici*, Padova, Cedam, 1984, pp. 218 e 219.

³¹Pietro Perlingieri. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizione Scientifiche, 1984, p. 467.

à condição de valor fundamental da ordem jurídica e um novo processo de codificação no sentido de que a regulamentação da matéria privada seria não mais por um código civil, mas por códigos setoriais, temáticos, aptos a disciplinarem uma parte especial da matéria jurídica.³²

Não obstante as críticas à codificação, tem-se verificado um processo de ressystematização da matéria civil, substituindo-se o modelo de sistema fechado e pretensamente completo, que daria certeza e segurança jurídica, por um modelo mais aberto e flexível, enriquecido por princípios, regras, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que aumentam o poder criador do intérprete, mas também a insegurança e a incerteza no direito. No que nos diz respeito, em 12 de janeiro de 2002 entrou em vigor o novo Código Civil como lei básica, mas não global, do nosso direito privado. Dispondo no seu artigo 1º que “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”, estabelece-se como âmbito prioritário de eficácia dos direitos, pretensões e ações de natureza civil.

O direito civil tem-se também caracterizado pelo surgimento de novos ramos jurídicos, alguns com princípios próprios, outros vinculados ainda aos princípios fundamentais do direito civil, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito previdenciário, o direito imobiliário, o direito aeronáutico, o direito bancário, o direito industrial, o direito notarial, inexistentes no século XIX, que surgem devido à crescente complexidade das relações jurídicas, a exigir do legislador disciplina específica e autônoma. Além desses ramos autônomos, surgem também, no âmbito do direito civil, leis especiais, verdadeiros microssistemas legais, como o das sociedades por ações, o estatuto da terra, o do mercado de capitais, o da legislação bancária, o do inquilinato, o da responsabilidade civil, o dos direitos autorais, o dos seguros, o da propriedade industrial, o da proteção ao consumidor, à criança e ao adolescente, ao idoso, à pessoa com deficiência, o uso da internet, defesa da concorrência, etc, a provocar significativa alteração na teoria das fontes e na interpretação desse direito.

Amplia-se também o campo temático do direito civil. Novos problemas causados pelo desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade contemporânea, do conhecimento e da informação, levam ao surgimento de novos campos de estudo e consideração por parte do direito civil como são, por exemplo a bioética, a informática, o ambiente, e ampliam os já existentes, como a responsabilidade civil, chamada a enfrentar os

³²Natalino Irti. *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 123.

novos desafios da ciência e da técnica. A disciplina jurídica de todos esses campos orienta-se por valores e princípios que, como já inicialmente exposto, são comuns ao direito civil e ao constitucional, o que atesta a identidade axiológica e jusnaturalista dos respectivos diplomas legais.

Finalmente, mas não de menor importância, muda-se também o modelo de interpretação jurídica. A introdução de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados no sistema do Código Civil, **enriquece** o campo teórico-doutrinário e contribui para a abertura e flexibilidade do sistema, a implicar significativa mudança no problema da interpretação jurídica. Esta deixa de conceber-se como simples interpretação da lei para constituir-se em ato de realização do direito.³³ Na medida em que a decisão judicial contribui para a formação do direito ela é criadora do direito.³⁴ Assiste-se, assim, a um retorno à razão prática, no sentido de uma nova concepção metodológica de realização do direito, superando-se o modelo tradicional de interpretação jurídica, o modelo dedutivo, positivista, que tinha na exegese do texto legal o seu ponto de partida e o raciocínio lógico-dedutivo como processo de “aplicação” de direito, a caracterizar o paradigma do pensamento sistemático, em favor de um novo modelo, o dialético, que considera a interpretação jurídica uma atividade prática e constitutiva do direito, a desenvolver-se segundo um raciocínio dialético que tem como ponto de partida o problema, o caso concreto a resolver, e como critérios de orientação os princípios e as regras do sistema jurídico. O direito civil contemporâneo não seria, portanto, um sistema de regras, mas uma prática social interpretativa, na qual o juiz intérprete tem a importante função de agente realizador.

A interpretação jurídica deve hoje considerar-se não mais como uma exegese dos preceitos legais incidentes mas como um processo de criação judicial.³⁵ O seu raciocínio é problemático no sentido de que se desenvolve em função de casos concretos, que o jurista deve solucionar, é prático porque em função de comportamentos humanos, é axiológico, por fundamentar-se em valores básicos do meio social e jurídico, e é dialético (retórico) não demonstrativo (lógico-formal), no sentido de que parte de “opiniões geralmente admitidas”, sendo o trabalho do intérprete mais de invenção do que de demonstração, superando-se assim

³³A. Castanheira Neves. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 11.

³⁴Luigi Lombardi Vallauri. *Jurisprudence*, in Archives de Philosophie du droit, Tome 35, Paris, Éditions Sirey, 1990, p. 192.

³⁵Sálvio de Figueiredo Teixeira, *A criação e realização do direito na decisão judicial*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 275.

o modelo do normativismo positivista persistentemente ainda dominante no pensamento jurídico brasileiro. A concepção tradicional, que vê a interpretação jurídica como um simples processo semântico, passa assim por uma radical revisão, no sentido de considerá-la não mais simples análise de textos legais, mas decisivo ato de criação normativa.³⁶ A interpretação jurídica é, assim, a atividade, o raciocínio prático, pelo qual o jurista elabora a norma adequada à solução do problema concreto.

Todas essas mudanças ou transformações demonstram que o legislador brasileiro está atento à necessidade do direito brasileiro enfrentar, com adequadas soluções jurídicas, os novos problemas que a sociedade contemporânea suscita, no que tem sido acompanhado pela eficaz atuação da justiça brasileira. As leis não criam direito, as leis orientam a criação do direito, tarefa que os nossos tribunais têm feito a contento, haja em vista a rica produção jurisprudencial das últimas décadas.

Conclusão

Finalmente, uma demorada e amadurecida reflexão sobre o chamado direito civil constitucional levou-me a concluir pela sua improcedência e conseqüente inadequação ao sistema jurídico brasileiro. Isso porque essa nova concepção do direito não resulta da realidade brasileira e do seu pensamento jurídico. Orientada e disciplinada por dois recentes estatutos legislativos, a Constituição da República Federativa e o Código Civil, cujas disposições normativas se fundamentam e legitimam em valores e princípios jurídicos, a sociedade política e a sociedade civil brasileira encontram nesses diplomas legais a disciplina da sua organização e os critérios para a solução dos conflitos surgidos nas respectivas relações jurídicas, sendo desnecessário recorrer-se a concepções jurídicas estrangeiras, resultantes de outras circunstâncias históricas que não as da nossa realidade.

Por outro lado, se a concepção do direito civil constitucional implica o regresso ao jusnaturalismo, pela sua defendida conexão com a moral, no direito brasileiro apresenta-se como manifestamente formal, positivista, normativista, no sentido de que considera a constitucionalização do nosso direito civil só pelo fato de normas de direito privado estarem incluídas no texto legal da Constituição.

³⁶Cfr. Castanheira Neves. *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, 2003, p. 6 ss.

Não diria, assim, que o direito civil constitucional, como defendido no Brasil é um sofisma, no sentido de “uma invenção engenhosa, argumento válido na aparência, mas não concludente na realidade, que se profere para enganar os outros ou a nós próprios sob a influência do amor próprio, do interesse, da paixão”, mas sim que é uma importação indevida de uma concepção estranha à nossa cultura jurídica, adotada mais pelo encanto da novidade do que por consciente necessidade.

Sou, assim, levado a concordar com a afirmação do filósofo Luís Washington Vita que, no seu “*Escorço da Filosofia no Brasil*” publicado em Coimbra, em 1964, de que “*o pensamento brasileiro, mais do que criativo, é assimilativo das ideias alheias e, ao invés de abrir rumos novos, limita-se a assimilar e a incorporar o que vem de fora*”. Mais adiante acrescenta “*os filósofos nacionais foram e continuam sendo assimiladores de doutrinas alheias, adaptando-as às exigências de nossa formação espiritual*”, afirmações também aplicáveis ao pensamento jurídico. Essa opinião pode amenizar-se com o parecer de Cruz Costa que, reconhecendo ter sido a inteligência brasileira formada graças às contribuições estrangeiras, recebidas como novidade, que supria o espírito de análise em detrimento da crítica, o que demonstrava o filoneísmo da nossa vida intelectual, reconhecia, entretanto, também não possuir o Brasil o monopólio da imitação, já que esta é fenômeno natural e universal.³⁷

³⁷Cruz Costa, “*Contribuição à História das Idéias no Brasil*”, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, ps. 6 e 8.