

Constitucionalização do direito civil e segurança jurídica: a necessária priorização da aplicação indireta das normas constitucionais

Constitutionalization of civil law and legal certainty: a needed prioritization of indirect application of constitutional rules

Flávia Silveira Siqueira¹

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Orientador)²

Resumo: O presente estudo propõe a priorização da aplicação indireta das normas constitucionais nas relações privadas. Desse modo, havendo normativa ordinária aparentemente aplicável ao caso concreto, o intérprete apenas poderá aplicar diretamente normas constitucionais após justificar o afastamento do enunciado em razão de inconstitucionalidade. Para isso, serão consideradas as principais críticas ao direito civil-constitucional que apontam para o amplo espaço de discricionariedade do intérprete e consequente diminuição da segurança jurídica. A partir delas, será definido como deve ser entendida a segurança jurídica hoje e sua importância para a construção de bases jurídicas sólidas para a defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo a concluir pela ordem de prioridade como solução coerente com as premissas do direito civil-constitucional.

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito civil após a constitucionalização; 2.2. Novos contornos da técnica legislativa e da interpretação do direito civil; 3. A segurança jurídica a partir das premissas da constitucionalização do direito civil; 4. Aplicação direta e indireta das normas constitucionais; 4.1 A diferença de ônus argumentativo entre as aplicações direta e indireta; 5. Ordem de prioridade e segurança jurídica; 6. Conclusão.

Palavras-chave: direito civil; civil-constitucional; segurança jurídica.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq) e do Programa de Educação Tutorial Institucional da Universidade Federal de Lavras (PETI-Direito UFLA).

² Doutor em direito privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC–Minas). Professor associado de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Líder do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq). Tutor no Programa de Educação Tutorial Institucional da Universidade Federal de Lavras (PETI-Direito UFLA).

Abstract: This study proposes the prioritization of the indirect application of constitutional norms on private law. Therefore, if there is a rule apparently applicable to a specific case, the lawyer has to justify its unconstitutionality in order to proceed to a direct application of a constitutional rule. To begin with, we will consider the main criticisms of the civil-constitutional methodology that points to a reduction of legal certainty due to the large measure of arbitrariness given to the lawyer. Thereby, it will be defined how legal certainty should be understood nowadays and its importance to the construction of solid legal basis to the defense of the fundamental rights in private relations, concluding that to establish a priority order is a solution coherent with the premises of civil-constitutional law.

Contents: 1. Introduction; 2. Civil law after its constitutionalization; 2.2. The new framework of the legislative technique and legal interpretation; 3. Legal certainty under the premises of the civil-constitutional law; 4. Direct and indirect application of constitutional rules; 4.1. The different argumentative burden between the direct and indirect application; 5. Priority order and legal certainty; 6. Conclusion.

Key-words: civil law; civil-constitutional; legal certainty.

1. Introdução

A constitucionalização do direito civil é uma escolha que se legitima e se justifica pelo contexto histórico e social em que se insere. É uma mudança profunda na tradição metodológica do Direito Civil que contrasta com a tradição dos principais institutos de direito privado, como a propriedade, a família e os contratos. Naturalmente, esse contraste leva a críticas diversas e a múltiplas compreensões do fenômeno, ocupadas em estabelecer sistemáticas aptas a efetivamente construir um ordenamento uno e centrado na axiologia constitucional.

Nesse caminho, é importante se guiar pelo alerta de Pietro Perlingieri³, segundo o qual “a reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização importa”. Trinta e três anos após a promulgação da Constituição de 1988, anos de debates e aplicações da metodologia do direito civil-constitucional, é necessário refletir sobre seus sucessos e

³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124.

suas fragilidades, considerando que a prática apresenta desafios imprevisíveis a qualquer teoria.

A consciência quanto ao método exige também a consciência quanto aos seus problemas, e, nisso, assumem papel fundamental as críticas formuladas ao direito civil-constitucional. As críticas não devem ser vistas como simples reverência a um método reputado inapropriado, ou como uma sugestão para o abandono total da metodologia. Devem ser encaradas como fundamentais para a compreensão das fragilidades, seja do direito civil-constitucional em si, seja da forma como este é apropriado e utilizado pelos juristas.

Assim, o presente trabalho se ocupa de olhar para as críticas que apontam para o risco à segurança jurídica provocado pela inafastável tarefa do intérprete de considerar um grande número de variáveis em cada decisão. Considerando que os apontamentos encontram respaldo na realidade e que a segurança jurídica é um elemento essencial para a efetivação da axiologia constitucional das relações privadas, busca-se dar a esse problema uma solução a partir das premissas do próprio direito civil-constitucional.

Para isso, no tópico 2, objetiva-se delimitar o que se entende por constitucionalização do direito civil, contextualizando as mudanças na técnica legislativa e na interpretação do direito privado a partir da constitucionalização no Brasil. No tópico 3, será discutido o significado de previsibilidade para a segurança jurídica a partir das premissas do direito civil-constitucional e sua íntima relação com a necessidade de fundamentação das decisões. No tópico 4 será delimitado o que se entende por aplicação direta e indireta das normas constitucionais e evidenciada a diferença de ônus argumentativo entre ambas. Ainda no mesmo tópico, será relacionado o uso indiscriminado da aplicação direta a um maior risco de discricionariedade e à segurança jurídica. Por fim, munido das premissas construídas, será demonstrado no tópico 5 a necessidade de se estabelecer uma ordem de prioridade entre a aplicação indireta e direta em prol da segurança jurídica e, por consequência, garantia de uma maior força dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2. O direito civil após a constitucionalização: novos contornos da técnica legislativa e da interpretação jurídica.

A constitucionalização do direito civil é um movimento que ganha força no Brasil após a Constituição de 1988. Como expõe Gustavo Tepedino, um dos principais autores

responsáveis por introduzir no direito civil brasileiro a noção de constitucionalização, a Constituição atual “inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante”.⁴

A citação do autor se refere ao contexto de promulgação da Constituição de 1988, no qual o direito privado já sofria mudanças, especialmente no que tange à perda de centralidade do Código Civil na regulamentação do direito privado.⁵ Tais mudanças impactaram a tradição civilista, construída sobre os fundamentos individualistas e voluntaristas consagrados pelo Código Napoleônico de 1804 e reproduzidas ao longo do século XIX, sendo sua preocupação central garantir que as relações privadas fossem ditadas pela autonomia da vontade dos envolvidos, com o mínimo de intervenção provocada pelos limites externos postos pela legislação.⁶

A técnica legislativa e interpretativa acompanha tais pretensões, de modo que o Código Civil visava ser completo e exclusivo, ou seja, centralizar em um único documento a disciplina de todas as situações jurídicas relevantes, por meio de regras claras em seu texto quanto às situações a que se aplica e às consequências de sua aplicação.⁷ Desse modo, o Código Civil assumia posição de “Constituição do direito privado”, regulador único das relações entre os sujeitos de direito, resguardando-as de interferências estatais.⁸ Constrói-se, portanto, a ideia de um sistema fechado, cujas regras são autossuficientes para a regulação eficaz das situações de fato.⁹

Nessa concepção, a interferência do legislador se dá apenas no sentido de reprimir ilícitos, estabelecendo um espaço no qual os sujeitos privados possam exercer sua autonomia da vontade.¹⁰ Frente a isso, o papel do juiz é meramente procedimental, de aplicação das normas à situação pela técnica da subsunção: identifica-se a previsão legal

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 5-8.

⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-35, 2020, p. 10.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 179, p. 207-217, 2008, p. 209.

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 102.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012, p. 14-15.

que contém a hipótese em questão e aplica-se as consequências previstas.¹¹ A justiça nas relações estaria assegurada, portanto, pela certeza das regras que as regulam e pela igualdade de sua aplicação a todo cidadão.

O modelo perdeu força ao longo da transição da concepção de Estado Liberal para o Estado Social ao longo do século XX. A partir dos anos 30, no Brasil, o Código Civil começa a perder sua posição de exclusividade na regulamentação das relações patrimoniais privadas¹². Isso se dá em razão do descompasso com as reivindicações de uma sociedade cada vez mais plural, com novos interesses a serem tutelados e demandas sociais de novas classes econômicas emergentes dentro do sistema privado liberal que reproduzia as situações de desigualdade existentes. Assim, as demandas sociais pressionaram uma maior intervenção estatal, que se deu essencialmente por meio de leis especiais.¹³

É nesse momento que Gustavo Tepedino identifica o início do movimento já amplamente conhecido por dirigismo contratual, marcado pelo intervencionismo do Estado na economia, em especial na regulação dos contratos privados.¹⁴ O Estado se utiliza de leis extravagantes como instrumento de intervenção nas relações privadas, retirando matérias inteiras do âmbito de regulação do Código Civil e dados a elas normativa própria e independente daquele, iniciando o processo de descodificação do direito civil. Desse modo, o Código perdeu centralidade a ponto de doutrinadores afirmarem que o direito privado havia se tornado um cenário fragmentado, com diversos universos legislativos completos em si mesmos.¹⁵

Nesse mesmo contexto, que não se limita ao Brasil, mas também se expressa nos países europeus no pós-guerra¹⁶, as Constituições passam a estabelecer princípios e deveres sociais delimitadores da atividade econômica, o que foi levado ao auge no Brasil pela

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019, p. 32.

¹² TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6.

¹³ SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *civilistica.com*, v. 9, n. 3, p. 1-35, 2020, p. 3.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005, p. 4.

Constituição de 1988.¹⁷ Com fundamento em última instância na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)¹⁸, o texto constitucional elenca a justiça social entre os fundamentos da ordem econômica (art. 170), condiciona o direito de propriedade ao atendimento da sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), modifica a concepção de família (art. 226) e prevê os direitos da personalidade (art. 5º, X), para citar algumas das disposições diretamente referentes a matérias de direito privado.

Evidencia-se, portanto, que a Constituição de 1988 trata explicitamente dos mais importantes institutos privados e os funcionaliza a valores distintos daqueles que inspiraram o Código Civil de 1916, os quais continuariam, em grande medida, presentes no Código de 2002.¹⁹ Desenha-se um cenário no qual as normas constitucionais assumem o topo da hierarquia do ordenamento não apenas formalmente, mas materialmente também para o Direito Civil. Isso significa que os valores elencados na Constituição Federal são parâmetro para a leitura de todo o ordenamento, uno e centrado nas normas constitucionais. Essa é a premissa fundamental da qual parte o presente trabalho.

Tal premissa foi sistematizada no direito italiano por Pietro Perlingieri e é de profunda influência no direito civil brasileiro após sua obra ter sido introduzida no país por Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes. A unidade do ordenamento jurídico, orientado pela centralidade nas normas constitucionais, é um dos principais pressupostos teóricos do autor italiano, segundo o qual²⁰:

É indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito, o que exclui que se possa configurar o sistema jurídico dividido em ramos autônomos ou em tantos microssistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados e não comunicáveis entre si.

Diante disso, compreende-se que hoje não é possível localizar delimitações nítidas que diferenciem e isolem “direito público” e “direito privado”. O direito privado em geral, e o direito civil especificamente, não encontra justificativa para manter-se isolado do

¹⁷ SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-35, 2020, p. 3.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 179, p. 207-217, 2008, p. 209.

¹⁹ LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999, p. 103.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

ordenamento constitucional, especialmente considerando a previsão constitucional de regras e princípios relativos à propriedade, aos direitos da personalidade, à atividade econômica privada, às relações de consumo e à família.²¹

A exigência de adaptação do direito privado aos ditames constitucionais impulsiona ainda mais o movimento de descodificação, visto que os novos centros de interesse voltados à pessoa humana não encontram respaldo nas normas individualistas e patrimonialistas do Código Civil.²² Desse modo, a legislação ordinária, em especial as leis extravagantes, consolidam-se enquanto instrumento fundamental para a concretização dos princípios constitucionais. O Código de Defesa do Consumidor (1990) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) são os exemplos mais evidentes dessa tendência, elaborados logo após a promulgação da Constituição. Mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015) e a Lei Geral de Proteção de Dados (2018) demonstram que o surgimento de novos centros de interesse são uma constante.

Em geral, as leis extravagantes são elaboradas com influência direta das pessoas e organizações dos setores aos quais dizem respeito, de modo que a própria construção textual se afasta dos termos jurídicos tradicionais, para adotar linguagens técnicas setoriais.²³ Nas palavras de Daniel Sarmento²⁴,

a elaboração destas normas vai decorrer, com frequência, de intensa negociação entre os seguimentos interessados na sua promulgação (governo, sindicatos, associações civis, grupos de interesse etc.), com debates e concessões recíprocas. A lei sob esse prisma, aproxima-se do contrato, e surge a figura do “legislador-negociador”.

Desse modo, o sujeito da lei não é abstrato e idealizado, mas concreto, situado em determinado grupo com fatores econômicos e sociais influentes e com interesses próprios. Contrário à pretensa neutralidade axiológica do Código Civil, estabelecem objetivos concretos e princípios norteadores da interpretação de suas normas, alinhados às diretrizes constitucionais de proteção da pessoa humana.²⁵

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13.

²² TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, São Paulo, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002, p. 114.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

²⁴ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 26, p. 272-297, 2003, p. 287.

²⁵ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 26, p. 272-297, 2003, p. 287.

Diante da perda de centralidade e importância do Código de 1916, questionou-se se seria necessária a elaboração de um novo diploma, que terminou por ser aprovado em 2002, carente de discussões profundas entre os civilistas quanto a seu texto e tendo por base projeto elaborado nos anos 70, durante o regime militar.²⁶ Em razão disso, afirma Gustavo Tepedino²⁷:

O Código Civil de 2002 não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração. Tal circunstância indica a complexidade axiológica da nova codificação brasileira, a exigir especial atenção da atividade do intérprete.

Em relação a esse descompasso entre os valores que inspiraram originalmente o Código Civil e aqueles previstos na Constituição de 1988, cabe referência a Pietro Perlingieri. Ao se referir ao Código Civil Italiano de 1942, promulgado durante o regime fascista daquele país, e que também convive com a fragmentação em legislações especiais²⁸, afirma²⁹:

A questão da aplicabilidade das leis formadas na presença de valores diversos resolve-se somente com a consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.

É nesse sentido que não há que se falar em divisão do ordenamento em microssistemas, universos legislativos isolados enquanto única referência legislativa em relação à determinada matéria. Frente ao cenário que se apresenta, de normatividade dos princípios constitucionais, elevação de matérias privadas ao texto constitucional e insuficiência da tradicional técnica casuística, não é possível negar a incidência das normas constitucionais no direito privado, sob pena de negar a própria supremacia da Constituição.³⁰

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, São Paulo, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002, p. 115.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, São Paulo, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002, p. 115.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 179.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175.

³⁰ Cabe destacar, pela perspectiva constitucionalista, que a constitucionalização do direito civil se insere em um contexto mais amplo de mudança de compreensão do papel das próprias constituições nos ordenamentos jurídicos, que se inicia no contexto europeu e inspira diretamente o brasileiro. A mudança se dá principalmente o abandono da ideia de normas constituintes meramente programáticas, em direção à efetividade de suas normas. (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005).

Frente à unidade e complexidade do ordenamento, cabe ao civilista, em especial, a tarefa de compatibilizar a tradicional técnica de interpretação e aplicação de suas normas com aquela exigida pela incidência das normas constitucionais, de modo a³¹:

elaborar uma teoria da interpretação que não seja formalística – fundamentada no mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto à norma abstrata –, que saiba propor uma interpretação das disposições normativas no que se refere à hierarquia das fontes, e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica.

A abstração dos princípios constitucionais torna insuficiente o magistrado “boca da lei”, ou seja, a aplicação das normas à situação unicamente pela técnica da subsunção. Portanto, nem sempre a solução do problema está na norma abstratamente considerada, mas só se chega à resposta constitucionalmente adequada à luz do problema e dos fatos relevantes. Assim, a constitucionalização intensifica a importância não apenas do magistrado, mas das partes de um processo no exercício do contraditório, bem como da construção doutrinária. O papel do jurista deixa de ser de mero aplicador e passa a ser de um intérprete, que coparticipa na criação do direito, junto ao legislador.³²

Dessa tarefa de compatibilização material do direito civil à Constituição Federal têm se ocupado os juristas brasileiros nas últimas décadas. Notáveis mudanças no que diz respeito à interpretação e aplicação das normas civis se apresentam, traçando um caminho em direção à funcionalização dos institutos privados aos valores fundamentais do ordenamento. É da descrição de tais mudanças que se ocupa o próximo tópico.

2.2 Novos contornos da técnica legislativa e da interpretação do direito civil

Apesar de parte significativa do Código Civil ter sido pensada distante temporalmente da influência dos valores constitucionais, há inovações em seu texto e em sua técnica que ganham sentido especialmente sob a Constituição de 1988. A necessidade de maior intervenção estatal nas relações privadas, bem como a crescente complexidade das relações sociais, leva não apenas à elaboração de leis extracodificadas, mas provocam mudança na própria técnica legislativa, que seria posteriormente incorporada ao Código Civil de 2002. A mais importante delas é a utilização de normas abertas, notadamente a

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do direito civil na legalidade constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

³² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005, p. 13.

previsão de cláusulas gerais³³, que passam a conviver com as regulamentações casuísticas.

Na definição de Judith Martins-Costa³⁴, as normas abertas caracterizam-se

pela ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.

Evidencia-se, portanto, o contraste com a técnica da casuística até então empregada como principal técnica na legislação privada³⁵. Tais normas são caracterizadas pelo elemento descritivo em seu texto, de modo que as situações concretas sobre as quais incidem são bem delimitadas, bem como as consequências de sua incidência³⁶. São esses os elementos que as tornam, hoje, insuficientes para abarcar as constantes novas situações que exigem posicionamento e solução do Direito, aliados à natural lentidão do processo legislativo.

A previsão e efetiva utilização de cláusulas gerais é responsável por profundas mudanças no direito privado. Enquanto espécies de norma aberta, as cláusulas gerais abrem mão da previsão das situações que atraem sua incidência, bem como das consequências de sua aplicação.³⁷ Segundo Judith Martins-Costa³⁸, são instrumentos formais que permitem a inserção de elementos extrajurídicos (standarts de conduta, diretivas econômicas, valores morais e rol de precedentes judiciais, por exemplo) no sistema jurídico. Expressam, portanto, o reconhecimento por parte do legislador especial da

³³ Optou-se aqui pela classificação terminológica utilizada por Judith Martins Costa no livro “A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação”. Assim, entende-se por “normas abertas” gênero normativo que inclui dentre suas espécies os princípios, diretivas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 133).

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 133.

³⁵ As cláusulas gerais não foram, por si só, novidade nas normas editadas nos anos 90. À título de exemplo, o Código Comercial de 1850 já se utilizava da previsão de cláusulas gerais, especificamente da boa-fé. Contudo, a norma jamais foi utilizada em razão da desconfiança em relação à discricionariedade atribuída ao intérprete, associada à ausência de critérios axiológico aptos a balizar sua interpretação. (TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, São Paulo, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002, p. 116).

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 143-144.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 159.

³⁸ Martins-Costa, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 176.

impossibilidade de regulamentar de forma pormenorizada todas as situações passíveis de relevância para o direito civil.³⁹

Contudo, a unidade do ordenamento e a supremacia da Constituição não permitem que esse processo interpretativo se pretenda axiologicamente neutro.⁴⁰ Assim, o conteúdo das cláusulas gerais deve ser dado “por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior”⁴¹, ou seja, nos princípios constitucionais. No mesmo sentido, afirma Thamis Dalsenter⁴² que

nem todo valor moral compartilhado pela sociedade assumirá, necessariamente, o figurino de um valor juridicamente protegido. O conteúdo axiológico das proposições jurídicas deverá ser construído a partir de uma atividade hermenêutica que toma como norte o conteúdo constitucional que lhe é correlato.

Assim, a tarefa de identificar os elementos normativos, a extensão e os limites das cláusulas gerais recai sobre a doutrina na construção de parâmetros interpretativos⁴³ e sobre o operador que tem diante de si os elementos do caso concreto.⁴⁴ No direito das obrigações, o art. 422 do Código Civil⁴⁵ exemplifica bem a construção e utilidade de uma cláusula geral no sistema. Como expõe Judith Martins-Costa, doutrina e jurisprudência não apenas assentaram um sentido genérico do dispositivo ligado à lealdade e confiança, mas criaram novos institutos no ordenamento fundamentados na cláusula, a exemplo do inadimplemento antecipado, do adimplemento substancial ou o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.⁴⁶

Todavia, destaca a autora que esse processo de assentamento de sentidos para as cláusulas gerais não é linear. Novamente exemplifica que a utilização do art. 422 do Código Civil já foi desordenada, com decisões se utilizando de conceitos e institutos de forma desconexa entre si, até determinadas soluções serem lentamente ancoradas no

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 19.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239.

⁴² CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. O papel criativo do juiz na legalidade constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 721-750, 2016, p. 736.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 216.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237.

⁴⁵ Art. 422 do Código Civil: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 180.

dispositivo.⁴⁷ Esse é um processo natural para as cláusulas gerais e, em certa medida, constante, tendo em vista que pela própria natureza da técnica, seu sentido não será confinado a uma definição final.

Diante disso, ao permitir o ingresso no ordenamento de elementos não jurídicos que preenchem seu significado, a adoção das cláusulas gerais provoca profunda mudança na configuração do ordenamento. Afasta-se a concepção de sistema fechado e autossuficiente para dar lugar a um sistema aberto e móvel, delimitado pela legalidade constitucional.⁴⁸ Aberto em razão da própria possibilidade de inserção de elementos não dados pelo enunciado normativo, de modo que não é possível compreender a totalidade do ordenamento enquanto encerrado em suas próprias disposições.

Por sua vez, a mobilidade diz respeito à forma de acomodação dos novos elementos inseridos no sistema, que não comportam hierarquização prévia nos moldes das previsões casuísticas. Nesse sentido, não é possível determinar em abstrato, por exemplo, se na solução de um conflito contratual deverá prevalecer a autonomia privada dos sujeitos contratantes ou se esta será em parte suprimida em razão da imposição de determinado dever imposto pela boa-fé contratual.⁴⁹ Isso significa que o sistema jurídico passa por constante ressistematização⁵⁰, permitindo a reação do ordenamento frente às modificações sociais.

Sem embargo da importância e impacto das cláusulas gerais, também as regras casuísticas exigem esforço interpretativo no sentido de aplicá-las segundo a principiologia constitucional, tendo em vista que “não há norma jurídica sem interpretação”⁵¹. O texto aparentemente claro da norma que especifica sua hipótese de aplicação e consequência não afasta a necessidade de adequar seu conteúdo aos princípios constitucionais, vez que esse é um processo essencial para a tradução da totalidade de seu conteúdo⁵².

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 180.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 176.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 181.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 174.

⁵¹ LÔBO, Paulo. Novas razões para a força normativa dos princípios nas relações privadas. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, Belo Horizonte, v. 19, p. 271-284, 2018, p. 276.

⁵² BODIN DE MORAES, Marina Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 3-20, 1991, p. 16.

Portanto, mesmo as normas ordinárias, em especial as casuísticas, não assumem significado completo por si mesmas, ou a partir do código ou estatuto em que se inserem, mas devem ser interpretadas e aplicadas a partir dos princípios constitucionais. Frente à Constituição de 1988, as regras e os institutos de direito civil se legitimam na medida em que sejam instrumentos aplicados para a realização da pessoa humana, promoção e proteção de seus direitos fundamentais. Assim⁵³,

Não é a interpretação sistemática realizada tão-somente no âmbito das normas ordinárias que pode conduzir à individuação da totalidade do conteúdo da norma ordinária; esta não pode ser interpretada sem ser inserida no sistema visto na sua totalidade e, portanto, sobretudo à luz da legalidade constitucional.

Soma-se a este o entendimento de Judith Martins Costa, para quem a classificação entre enunciados claros ou vagos é uma questão de gradação.⁵⁴ Ou seja, regras casuísticas são “mais claras” que as cláusulas gerais, pois, lidas em abstrato, contam com um núcleo de hipóteses não controversas. Contudo, possuem “zonas de penumbra” inerentes à vagueza semântica da linguagem, que configuram casos-limite nos quais o texto por si é incapaz de informar se estão ou não realizadas as condições previstas no enunciado.⁵⁵

Todavia, frente à legalidade constitucional, é preciso confrontar até mesmo esse núcleo de certeza conferido pela regra em abstrato, ou seja, apartada do caso concreto. Pietro Perlingieri alerta para o fato de que essa clareza do texto é apenas relativa, visto que as palavras variam de significado a depender da cultura e referências daquele que as lê, assumindo sentidos segundo a disposição do intérprete em compreendê-las de certo modo⁵⁶. Não se pode, todavia, permitir que tais “pré-compreensões” sejam obstáculo para a compreensão plena da normativa.

A compreensão de tais mudanças implica, portanto, a conclusão de que a totalidade do ordenamento não pode ser apreendida em abstrato, mas apenas no momento de aplicação no caso concreto. O sentido da norma jurídica só se apresenta quando inserido em seu contexto de aplicação, em um processo hermenêutico de dialética entre fato e

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 149.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 148-149.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 621.

norma⁵⁷, de modo que a norma não se confunde com o artigo de lei e “a clareza não é um *prius*, mas um *posterius* da interpretação”⁵⁸.

Levar à cabo essa missão, contudo, exige do intérprete atuação dinâmica e ativa frente ao texto normativo, atuação que não é possível pelo método da subsunção, limitado à pretensão de exaurir o sentido da norma a partir de seu texto.⁵⁹ Por essa razão, conclui o jurista italiano que o princípio *in claris non fit interpretatio* é de “duvidosa legitimidade constitucional”⁶⁰.

A despeito das consequências positivas da constitucionalização do direito civil para o direito civil brasileiro, a teoria não é isenta de críticas, que apontam especialmente para um problema de segurança jurídica que emerge com o afastamento da atuação mecânica do magistrado. Diante disso, passa-se a uma análise das principais críticas apresentadas a fim de compreender o que significa segurança jurídica a partir dos pressupostos da constitucionalização apresentados.

3. A segurança jurídica a partir das premissas da constitucionalização do direito civil

A constitucionalização do direito civil, nos termos apresentados, resulta no maior protagonismo do intérprete no ordenamento, devido à exigência de uma atuação mais complexa em comparação com a simples aplicação subsuntiva da norma. Seu inafastável papel criativo exige um esforço interpretativo inédito no direito privado, apto a trabalhar, em cada caso, com a normativa ordinária aplicável, os princípios constitucionais relevantes e as peculiaridades do caso concreto.

Para Fernando Leal, os custos são altos demais para o julgador. Na resolução de cada caso concreto, há muitos fatores de complexa operação, de forma que é preciso: i) identificar os princípios constitucionais relevantes sem recair em uma “miopia constitucional”⁶¹, ou seja, sem realizar uma seleção conveniente de princípios que apenas

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, 2019, p. 1-3.

⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616.

⁵⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013, p. 12.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221.

⁶¹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 133.

veste o resultado de justificação; ii) delimitar o sentido desses princípios; iii) identificar os elementos relevantes do caso concreto e de que forma eles influenciam na interpretação das normas e; iv) resolver possíveis conflitos entre normas ordinárias e constitucionais. Para o autor, o resultado dessa complexa exigência é o estabelecimento de um “modelo decisório particularista”, com amplo campo para a discricionariedade e diminuição da segurança jurídica.⁶² Nas palavras do autor⁶³,

é a relevância da segurança social em um mundo subideal que justifica uma prioridade *prima facie* da dimensão de segurança jurídica frente à dimensão de justiça, que só é invertida quando, por exemplo, o reconhecimento da validade de certas normas ou a sua aplicação produzir injustiças extremas.

Por sua vez, Daniel Sarmiento identifica, em um primeiro momento, que a constitucionalização enquanto filtragem constitucional pelo Judiciário a partir dos direitos fundamentais é a “faceta mais virtuosa do processo de constitucionalização do Direito”⁶⁴, sendo o reconhecimento da prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais no direito civil um grande exemplo no Brasil, que aproxima o ordenamento dos ideais de justiça. Todavia, o autor também assume postura crítica ao afirmar que falta no Brasil problematizar a questão, de modo que se arrisca estabelecer “uma constitucionalização metodologicamente descontrolada”.⁶⁵

Segundo o autor⁶⁶, o Judiciário atua democraticamente na medida em que suas decisões guardam correspondência com o ordenamento jurídico e notadamente na tutela dos direitos constitucionais, cuja defesa por vezes não encontra respaldo na opinião majoritária da população.⁶⁷ Todavia, a atuação democrática exige também “postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes”⁶⁸, em especial frente às escolhas do legislativo. Assim, aponta o autor⁶⁹:

⁶² LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 134.

⁶³ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 158.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 189.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 170.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190.

⁶⁷ O que é justificado na teoria constitucional por “dificuldade contra majoritária”, embasada na ideia de que a proteção da democracia não se esgota na vontade da maioria, mas inclui a garantia dos direitos fundamentais, aspecto em que o Poder Judiciário tem papel fundamental. (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 28).

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 193.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197.

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial.

Ainda que cheguem a diferentes conclusões, é possível identificar a mesma preocupação central em Fernando Leal e Daniel Sarmiento, qual seja, a busca por segurança jurídica, especialmente no que diz respeito ao controle da arbitrariedade e à previsibilidade das decisões judiciais, de modo a tornar as decisões racionalmente controláveis. Diante disso, faz-se necessário compreender em que termos se define segurança jurídica, de modo a desenhar um caminho apto a alcançá-la.

Ao identificar a segurança jurídica na aplicação da regra ordinária por meio da subsunção, Fernando Leal reflete uma concepção de segurança jurídica que associa previsibilidade a um alto grau de certeza quanto às regras e consequências jurídicas dos atos dos sujeitos. Portanto, a segurança jurídica estaria assegurada na medida em que o papel do julgador é realizar um processo silogístico de identificação entre a regra e o caso, garantindo ao sujeito a certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos e, nesse sentido, um espaço de liberdade cuja delimitação é previamente desenhada pela legislação.

Todavia, não é possível hoje defender a subsunção como único ou principal mecanismo interpretativo das regras. Isso se dá devido às próprias condições fáticas do ordenamento jurídico contemporâneo, dado que a técnica legislativa tem se diversificado. Como já exposto, espalham-se pelas leis ordinárias cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios interpretativos que, por si só, exigem o papel criativo do magistrado para sua interpretação e aplicação.⁷⁰ Defender a subsunção como principal método interpretativo é condenar tais inovações à inutilidade.

Em segundo lugar, a subsunção se torna insuficiente uma vez assumidas as premissas do direito civil-constitucional. É fato que a constitucionalização do direito civil coloca na equação interpretativa diversos elementos para além do enunciado normativo e do caso concreto, além de modificar o papel de ambos, como já exposto. Nesses termos, a subsunção como pilar central da segurança jurídica não se adequa à necessidade de que a normativa aplicada pelo magistrado reflita a totalidade do ordenamento e seja balizada

⁷⁰ GOMES, Nestor Castilho. *A facticidade como integrante dos poderes e a segurança jurídica*. 2020. 278 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020, p. 217.

pelas circunstâncias concretas.⁷¹ Por essa razão, a constitucionalização do direito civil afasta da concepção de segurança jurídica a associação entre previsibilidade e certeza das consequências jurídicas dos atos.

Tal conclusão, todavia, não pode significar um desprezo pela segurança jurídica. É preciso reconhecer as críticas que apontam para o aumento da contingência, da incerteza jurídica e da arbitrariedade no ordenamento.⁷² Os apontamentos no que se refere à atuação desenfreada dos magistrados são compartilhados inclusive por aqueles que defendem a metodologia, como Maria Celina Bodin de Moraes,⁷³ e Carlos Nelson Konder.⁷⁴ Todavia, a plausibilidade das críticas não implica a invalidez da teoria enquanto forma de compreensão do Direito, ou no seu abandono em prol de um sistema formalista, mais simples e estabilizado, mas que afasta o Direito da realidade e dos problemas para os quais deve dar solução.

Identificado o problema, é necessário buscar soluções a partir dos pressupostos da constitucionalização do direito civil. Inicialmente, porque a segurança jurídica é uma necessidade inafastável para o sucesso dos objetivos do próprio direito civil-constitucional, no que tange à garantia e efetividade dos princípios constitucionais nas relações privadas. Isso se dá na medida em que assegurar direitos constitucionais por meios arbitrários permite que os mesmos direitos sejam violados também de forma arbitrária. Ao invés de uma inserção permanente e contínua dos valores fundamentais nas categorias do direito privado⁷⁵, há banalização⁷⁶ e descrédito dos princípios constitucionais em razão de sua utilização retórica.⁷⁷

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019.

⁷² LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, [s.n.], p. 01-33, 2008, p. 33.

⁷³ “Ao que parece, todavia, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno, – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013, p. 13).

⁷⁴ “De fato, o cenário aterrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo ‘carnavalização’ do Direito” (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 205).

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012, p. 19.

⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 205.

⁷⁷ É o que se vê acontecer com o princípio da dignidade da pessoa humana, que por um lado é alçado à posição de princípio elementar do ordenamento, e por outro é descredibilizado em razão de sua utilização

A estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais não devem ser vistas como fatores opostos à garantia dos princípios constitucionais, nem mesmo como uma preocupação lateral para os estudiosos da sua aplicação nas relações privadas. Afirmar que a norma não se resume a seu texto não pode significar abrir mão da previsibilidade das decisões, da possibilidade de debatê-las e controlá-las racionalmente e, em nenhuma hipótese, pode dispensar o intérprete da coerência com o ordenamento jurídico, composto por normas constitucionais e ordinárias. A garantia da segurança jurídica deve figurar no centro das preocupações daqueles que buscam promover um direito civil alinhado com os princípios constitucionais.

Nesse sentido caminha Maria Celina Bodin de Moraes⁷⁸, frente a um diagnóstico de possível descontrole metodológico:

A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema.

Desse modo, partindo da concepção já exposta de ordenamento aberto e móvel, o elemento de previsibilidade da segurança jurídica deve ser associado não à certeza, mas à coerência sistemática. Diante do fato concreto, a decisão provoca uma ressystematização constante e esse movimento deve sempre considerar o que já está posto, tanto em termos legislativos, quanto em termos de soluções já individuadas. Em outras palavras, a previsibilidade está ligada à reprodução de resultados semelhantes para situações semelhantes, o que só pode ser determinado ao analisar em que medida se reproduzem os fatores relevantes para a solução do caso e, se houver divergências, qual o impacto delas nas soluções a serem construídas.

Todavia, só é possível a manutenção da coerência sistemática do ordenamento na medida em que as motivações que levam o intérprete a determinada conclusão são devidamente

retórica pelos magistrados. Olhando para esse fenômeno, Fernando Leal afirma que o princípio só seria utilizado de duas formas na construção argumentativa: ou há argumentação jurídica consistente, e o princípio é apenas um adorno ou; o princípio é invocado para disfarçar a carência argumentativa da decisão. (LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. Direitos fundamentais & justiça, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 138)

⁷⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013, p. 13.

expostas.⁷⁹ Visto que o caso concreto influencia a determinação da normativa, não é possível compreender pontos de semelhança e divergência e replicar decisões para casos semelhantes sem a exposição da forma como essa influência foi compreendida, como os princípios constitucionais atuaram e que papel assumiu a normativa ordinária aplicável.

Por essa razão é necessário direcionar a atenção para a construção argumentativa das decisões judiciais. É a exposição da fundamentação que possibilita a baliza democrática da atuação do intérprete, inclusive contra decisões voluntaristas ou arbitrárias⁸⁰, e a estabilização de padrões de comportamento exigíveis, essencial na busca pela segurança jurídica em uma sociedade plural e dinâmica.

Nesse sentido fala Luiz Edson Fachin ao afirmar que⁸¹:

A realidade social e econômica tem se mostrado dinâmica, especialmente diante das inovações tecnológicas incessantes ou de mudanças normativas no plano internacional. [...] Segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo.

Dentre os autores defensores do direito civil-constitucional, é majoritário o reconhecimento da necessidade da exposição do caminho argumentativo percorrido para a tomada de decisão.⁸² Em geral, esse é o argumento utilizado como resposta às críticas que apontam a complexidade do trabalho de cada intérprete e a consequente diminuição de segurança jurídica. A título de exemplo, Carlos Nelson Konder⁸³ afirma que “[...] a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 16.

⁸⁰ KONDER. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 209.

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et. al. (org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 16.

⁸² Diversos autores defensores da constitucionalização do Direito Civil adotam a mesma posição. Dentre eles: BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 28; GOMES, Nestor Castilho. *A facticidade como integrante dos poderes e a segurança jurídica*. 2020. 278 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020, p. 215-217; FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Piavnovski et. al. *Metodologia do Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 17; KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 208; SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190.

⁸³ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 208

– não implica a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais”.

Entretanto, o que se entende no presente trabalho é que o aumento do ônus argumentativo por si só, sem o estabelecimento de critérios decisórios que vinculem e guiem o intérprete na seleção e interpretação dos diversos elementos relevantes à decisão não é suficiente. O ônus argumentativo é um instrumento para o controle da arbitrariedade e construção de um sistema coerente sob as normas constitucionais, e não o limite em si mesmo.

A quantidade e complexidade dos elementos com os quais o intérprete deve lidar possibilitam diversas respostas, alcançadas por diversos caminhos. Se a previsibilidade está ligada à coerência sistemática, é necessário compreender o que levou o jurista àquela conclusão. Diante disso, se qualquer método pode ser adotado para que se chegue a uma solução constitucional, a tarefa de estabilizar entendimentos se torna muito mais difícil. Por isso, se a busca é por efetividade dos direitos constitucionais e segurança jurídica, não basta aceitar a solução final independentemente do caminho interpretativo adotado, mas as possibilidades de caminho devem ser delimitadas.

Para Fernando Leal, esse é um problema metodológico. Segundo o autor, o problema da segurança jurídica do direito civil-constitucional está ligado a uma ausência de critérios decisórios que deem previsibilidade e objetividade às decisões tomadas tendo por base o direito civil-constitucional, o que estabelece um ambiente de insegurança jurídica.⁸⁴ Nesses termos, diante de todas as variáveis que o magistrado deve manejar, não há critérios que estabeleçam qual é seu ônus argumentativo, sendo que⁸⁵

processos de concretização da Constituição ou de harmonização de deveres constitucionais em relação de tensão deveriam, nesse sentido, ser conduzidos por métodos capazes de especificar os ônus de argumentação que devem ser superados nos processos de justificação de juízos normativos singulares e garantir, no mínimo, algum grau de previsibilidade dos resultados e de controle da discricionariedade judicial.

⁸⁴ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 135-136.

⁸⁵ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 134.

Enquanto crítico da constitucionalização do direito civil, o autor questiona se seria possível estabelecer tais métodos.⁸⁶ Eduardo Nunes de Souza⁸⁷, no mesmo sentido, aponta para o fato de que “uma das maiores dificuldades do civil-constitucional é propor critérios abstratos para guiar o juiz na seleção dos aspectos relevantes do caso concreto”. Daniel Sarmento⁸⁸, em caminho semelhante, identifica a necessidade de se estabelecer balizas ligadas

ao emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolotores.

O que se compreende de tais apontamentos é que afirmar a necessidade de fundamentação das decisões não se confunde com a necessidade de se estabelecer metodologias e critérios decisórios que vinculem o magistrado e estabeleçam caminhos argumentativos a serem adotados. O desafio está na necessária flexibilidade de tais critérios metodológicos, aptos a abarcar a complexidade tanto do ordenamento jurídico, quanto dos fatores relevantes nos casos concretos, incentivando o respeito às regras do ordenamento sem recair em propostas formalistas.

Munido das premissas do direito civil-constitucional e do entendimento de que a segurança jurídica é fundamental para o sucesso de seus objetivos, bem de que deve ser buscada a partir do controle racional das decisões judiciais, o presente trabalho defende que deve haver uma ordem de prioridade entre a aplicação direta e indireta das normas constitucionais no direito civil. Desse modo, se houver normativa ordinária aparentemente aplicável ao caso concreto, o magistrado apenas poderá realizar uma aplicação direta dos princípios constitucionais após justificar o afastamento da regra em razão de inconstitucionalidade, seja em si mesma, seja no resultado de sua aplicação no caso concreto. Mais do que isso, defende-se que o método não configura inversão axiológica do ordenamento, mas resulta em maior força dos direitos fundamentais nas relações privadas, precisamente porque constrói bases juridicamente fortes para sua defesa.

⁸⁶ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 136.

⁸⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 193.

Para isso, passa-se à delimitação do que se entende por aplicação direta e indireta dos princípios constitucionais, a fim de compreender o papel do juiz nessas diferentes formas de atuação.

4. Aplicação direta e indireta das normas constitucionais

O início da discussão quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem como marco o Caso Lüth, decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1956, responsável por consolidar a aplicação indireta no país. O entendimento migra da compreensão historicamente construída dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra o Estado, para o reconhecimento de seus efeitos nas relações privadas, intermediados pela legislação ordinária.

A controvérsia que originou o entendimento se deu entre, no polo ativo, Veit Harlan, conhecido diretor de cinema que contribuiu para a propaganda nazista, a produtora Domnick-Film-Produktion GmbH e a distribuidora Herzog-Film GmbH e, no polo passivo, Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo.

Veit Harlan foi um diretor conhecido pelas obras antissemitas feitas durante o período nazista, especialmente do filme “Jud Süß”, tendo sido notório contribuidor da propaganda do regime. Nos anos 50, o diretor lançou mais um filme, a partir do qual Erich Lüth passou a convocar um boicote pelo público e distribuidoras. O crítico fez discursos de ampla repercussão sob o argumento de que Veit Harlan não deveria ser aceito como um representante do cinema alemão, sob pena de prejudicar a reconstrução do país.⁸⁹

Em resposta ao boicote, Veit Harlan, a produtora e a distribuidora do filme ajuizaram ação contra Erich Lüth, fundamentada no §826 BGB, que obriga a uma prestação negativa o sujeito que causa dano a outrem por ação imoral, sob pena de condenação ao pagamento de pena pecuniária.⁹⁰ A ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, que entendeu que o boicote seria uma conduta proibida pelo § 826 do

⁸⁹ SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 383.

⁹⁰ SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 381.

BGB, proibindo o crítico tanto de pedir que o filme não fosse distribuído ou transmitido, quanto de conclamar o público a não assisti-lo.⁹¹

Diante da decisão, Erich Lüth interpôs recurso no Tribunal Constitucional Alemão, alegando que a condenação violava seu direito à liberdade de expressão ao proibi-lo de promover o boicote. Sendo a decisão fundamentada em dispositivo de direito civil, só faz sentido compreender que há uma violação partindo do pressuposto de que tal disposição sofre alguma influência do direito fundamental violado. E é nas razões da Reclamação Constitucional que se argumentou pela noção, que seria adotada pelo Tribunal, de ordem objetiva de valores.

Na decisão, favorável a Erich Lüth, o Tribunal fixou entendimento de que a Constituição Alemã não se pretende axiologicamente neutra, mas estabelece em seu capítulo de direitos fundamentais um sistema de valores centrado na personalidade humana e sua dignidade. Assim, a escolha constitucional influencia em todas as áreas do direito, inclusive no direito civil, e direcionam a atuação do Legislativo, da Administração Pública e do Poder Judiciário.⁹²

Ainda pelo entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, no direito privado o conteúdo normativo dessa ordem de valores se desenvolve por intermédio da interpretação de suas normas, de forma a vincular não apenas as normas futuras à consonância com a Constituição, mas também as já existentes. Assim, essa influência se faz notar especialmente pelas cláusulas gerais, que remetem o julgamento para critérios por vezes extrajurídicos. Desse modo, o juiz cível é vinculado aos direitos fundamentais na medida em que deve avaliar se as normas a serem por ele aplicadas são influenciadas por algum direito fundamental e, se forem, é necessário compreender a modificação na norma promovida por essa influência, sob pena de violação do direito fundamental em questão.⁹³

No caso, o Tribunal interpretou o §826 do BGB no sentido de que a conduta de Erich Lüth não poderia ser considerada uma “conduta imoral”, nos termos do dispositivo, visto

⁹¹ SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 385.

⁹² SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 388.

⁹³ SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 388-389.

que tal consideração seria uma violação ao direito à liberdade de expressão do crítico. Diante das circunstâncias, sua conduta deveria ser tutelada pelo ordenamento e, portanto, não poderia ser proibida pelo dispositivo ordinário. Diante disso, entendeu que o Tribunal Estadual havia violado o direito à liberdade de expressão de Erich Lüth e reformou a decisão.⁹⁴

O entendimento influenciou diversos ordenamentos jurídicos e tem íntima relação com a noção de ordenamento uno e centrado na Constituição posteriormente posta por Pietro Perlingieri⁹⁵, que alcançou profunda influência no direito civil-constitucional brasileiro. Assim como entendeu a Corte Constitucional Alemã, o autor defende que o ordenamento é constituído por valores e princípios que o qualificam⁹⁶, não sendo, portanto, axiologicamente neutro. Essa ordem de valores precisa necessariamente guiar a interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento. Este torna-se, assim, uno ainda que haja leis que em si mesmas refletem valores diversos, como o Código Civil de 2000⁹⁷, e mesmo diante do fenômeno da descodificação.

Nesses termos, os institutos jurídicos privados são funcionalizados aos valores constitucionais, de forma que não devem ser “enclausurados em esquemas jurídico-formais”⁹⁸ por meio da aplicação subsuntiva da norma, que leva em conta unicamente sua estrutura. À título de exemplo, enquanto as regras que estruturam o instituto da propriedade estão no Código Civil, sua função é explicitada na Constituição Federal por meio da ideia de função social.⁹⁹ Diante disso, em todo caso que envolve a aplicação de regras de propriedade, é papel do juiz interpretá-las de modo que sua aplicação, naquela situação concreta, atenda à função social.

É nesses termos que se fala de releitura de todos os institutos civis. O intérprete está vinculado mesmo às regras que, em si mesmas, refletem valores diversos dos constitucionais, com o dever de interpretá-las e construir solução adequada no âmbito

⁹⁴ SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 393-394.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170.

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174.

⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, São Paulo, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002, p. 115.

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 14.

de todo o sistema. Nas palavras de Pietro Perlingieri¹⁰⁰, “o jurista é independente, livre, mas não da aplicação da norma: ele está vinculado não à letra da lei, mas ao seu ‘espírito’, ao seu significado na globalidade do ordenamento, na realidade histórica sobre a qual deve incidir”. Assim, a aplicação indireta é o caminho entre a letra da lei e a norma aplicável ao caso.

Por sua vez, também na Alemanha se deu o marco inicial de discussão quanto à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mais especificamente no Tribunal Federal do Trabalho (BAG¹⁰¹). A adoção do modelo de aplicação direta pelo Tribunal se deu em razão da influência de Hans Nipperdey, primeiro presidente do BAG e autor das principais obras alemãs que dão início à corrente defensora da eficácia direta dos direitos fundamentais¹⁰², sendo esta o reconhecimento de que as normas constitucionais podem ser aplicadas às relações de privadas sem a mediação de normas ordinárias¹⁰³.

Dentre as decisões importantes do Tribunal, a primeira se deu em 1955 e discutia a possibilidade de diferenciação salarial entre homens e mulheres em contrato trabalhista. Com base no art. 3º da Constituição Alemã, que prevê a igualdade de direitos entre gêneros, declarou a nulidade de todo contrato coletivo, individual ou norma interna de empresas que estabelecessem remuneração assimétrica entre homens e mulheres.¹⁰⁴

A segunda decisão marcante do BAG se deu em 1957 e discutia a possibilidade de um hospital privado estabelecer cláusula no contrato de trabalho que previa o dever de enfermeiras denunciarem o contrato caso viessem a se casar, o que ficou conhecido como “cláusula de celibato”.¹⁰⁵ A cláusula foi invalidada pela Corte por violar os direitos fundamentais à proteção da família e do casamento, à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, todos explicitados na Constituição Alemã.¹⁰⁶

¹⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174.

¹⁰¹ Sigla do alemão *Das Bundesarbeitsgericht*.

¹⁰² RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 308.

¹⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 308.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 308.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 308.

Marcelo Schenk Duque sintetiza a construção teórica de Nipperdey e as decisões do BAG em cinco “pilares fundamentais”¹⁰⁷: i) O fundamento da ordem jurídica (que inclui o direito privado) é a dignidade da pessoa humana; ii) sendo valores supremos, o conteúdo material dos direitos fundamentais exigem que estes sejam assegurados na vida social; iii) os direitos fundamentais tiveram seu significado modificado no sentido de que não devem ser compreendidos enquanto mecanismos de defesa exclusivamente contra o Estado, mas também devem o ser contra os poderes privados; iv) a interpretação histórica dos direitos fundamentais leva a sua apreensão enquanto direitos multidirecionais, sendo esta a concepção que melhor atende às exigências da sociedade moderna e; v) os direitos fundamentais são “imediatamente vigentes” também nas relações privadas, tendo em vista que o que não é permitido ao Estado não deve o ser aos entes privados.

Os argumentos criaram e influenciaram uma forte corrente que argumentava pela essencialidade da aplicação direta para que os direitos fundamentais tivessem efeito nas relações privadas. Todavia, a utilização da aplicação direta ficou limitada ao BAG, sendo que no próprio Caso Lüth o Tribunal Constitucional Alemão considerou o posicionamento da corte trabalhista uma “posição extrema” injustificada.¹⁰⁸ Ainda assim, o BAG continuou aplicando diretamente a Constituição alemã até 1984, quando passou a sustentar suas decisões apenas na eficácia indireta¹⁰⁹, ainda que hoje haja resquícios da aplicação direta na interpretação de contratos coletivos de trabalho¹¹⁰.

Ainda que tenham surgido na Alemanha outras teorias acerca da aplicação direta, hoje sua defesa não é majoritária e não é adotada pelos tribunais do país.¹¹¹ Ainda assim, o pensamento alemão influenciou diversos países a adotarem a aplicação direta, inclusive o Brasil. De fato, o reconhecimento da possibilidade de aplicar diretamente normas constitucionais a situações privadas é decorrência inafastável da força normativa da

¹⁰⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 63.

¹⁰⁸ “The question whether basic rights affect private law, and if so in what manner, is much debated. The extreme positions are, on the one hand, that basic rights constrain only the state, and, on the other, that basic rights (or at any rate the most important of them) prevail against everyone in private legal relations. Previous decisions of this Court support neither of these *extreme positions*, the conclusions drawn by the Federal Labour court in its decision of 10 May 1957 (NJW 1957, 1688) from our decisions Of 17 and 23 January 1957 (BVerfGE 6, 55 and 6, 84) being *unwarranted*” (BVerfGE 7, 198 - Lüth German Law Archive. Disponível em: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>) (grifo nosso)

¹⁰⁹ RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 310.

¹¹⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019. p. 62.

¹¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editores, 2019, p. 60.

Constituição, ou seja, de que suas normas são dotadas de imperatividade.¹¹² Assim, negar a possibilidade de aplicação direta em qualquer hipótese é condenar a norma constitucional a ser “mero recipiente de máximas gerais desprovidas de qualquer força em um setor da vida sobre o qual o Parlamento ainda não emanou uma lei ordinária”.¹¹³

Em termos jurisprudenciais, em 2005 o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu a paradigmática decisão do Recurso Especial 201819/RJ, primeiro em que mencionou explicitamente a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. No caso, a União Brasileira de Compositores (UBC), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, designou comissão especial para apurar possíveis infrações ao estatuto social cometidas por Arthur Baptistelli Villarinho, então sócio. A comissão, devidamente instaurada, decidiu pela exclusão de Arthur sem lhe dar a oportunidade de se manifestar e se defender contra as acusações das quais era alvo.

Diante disso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulou a expulsão do sócio sob o argumento de que a comissão infringiu o art. 5º, LV, da Constituição Federal¹¹⁴, que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao não dar oportunidade a ele de se defender e produzir provas a seu favor. A UBC recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando que o princípio constitucional é inaplicável ao caso, tendo em vista que não se trata de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado dotada de estatuto e atos regimentais próprios.

A relatora, Ministra Ellen Gracie, seguida por Carlos Velloso, proferiu voto vencido no sentido da impossibilidade de aplicação direta das normas constitucionais. No entendimento da relatora, uma vez respeitada a legislação em vigor a associação tem liberdade de estabelecer as próprias regras de funcionamento, as quais o sócio voluntariamente se submete no momento em que se associa. Por isso, o procedimento adotado pela UBC para a exclusão do sócio deve ser respeitado na medida em que seguiu corretamente o previsto em seu Estatuto, não cabendo aplicação de dispositivo constitucional à situação.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005, p. 7.

¹¹³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹⁴ Art. 5º, LV, da Constituição Federal: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por sua vez, em voto vencedor, o Ministro Gilmar Mendes abriu divergência e foi seguido por Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Cabe notar que apesar de compreender a possibilidade de aplicar diretamente a norma constitucional na hipótese discutida, para Gilmar Mendes a discussão do caso não se confunde com o debate quanto à possibilidade de aplicação direta nas relações privadas. Isso porque a UBC integra o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), órgão privado que arrecada os direitos autorais de músicas tocadas em execução pública no Brasil. O dinheiro arrecadado é direcionado ao artista e um dos meios de recebimento é através da UBC. Assim, a exclusão do sócio sem a possibilidade de que este se defenda prejudica a fruição de seus direitos autorais, penalidade que extrapola os limites da liberdade de associação, capaz até mesmo restringir sua liberdade de exercício profissional, se este for um meio de subsistência.

Dessa forma, argumenta o Ministro que a UBC, ainda que não seja um órgão estatal, integra o “espaço público”, podendo até mesmo configurar um “serviço público por delegação legislativa”.¹¹⁵ Esse caráter público ou geral legitima a aplicação direta dos direitos à ampla defesa e ao contraditório ao caso, independente das discussões acerca da aplicação direta dos direitos fundamentais em geral.

Nesse sentido, divergem os Ministros vencedores, tendo em vista que Joaquim Barbosa e Celso de Mello defendem explicitamente a possibilidade de aplicação direta nas relações privadas, a despeito da consideração quanto à natureza da UBC. Joaquim Barbosa aponta que a aplicação direta é consequência de dois fatores: a flexibilização dos limites entre direito público e privado, cada vez maior desde o século XX e a constitucionalização do direito civil, de modo que às relações privadas não mais se aplicam exclusivamente as normas do direito privado, mas também as do direito público.

Celso de Mello, por sua vez, afirma que a aplicação direta é uma opção política-ideológica em prol do Estado Social, garantidor dos direitos e garantias fundamentais com base em um “constitucionalismo da igualdade”. Com base nisso, a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento dos direitos e garantias constitucionalmente elencados. Ainda assim, o Ministro se utiliza de normas ordinárias para sustentar sua posição. Para ele, a mencionada limitação da autonomia privada está expressa no Código Civil por meio

¹¹⁵ STF, 2ª T., RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.05, p. 36.

da vinculação das associações à ampla defesa e ao contraditório, inferidas do art. 57¹¹⁶ e 1.085¹¹⁷ do Código Civil.

Ainda que os Ministros tenham se furtado da utilização dos principais argumentos doutrinários favoráveis à aplicação direta, anteriormente apresentados, fato é que a decisão fortaleceu o posicionamento e consolidou a aceitação da aplicação direta no Brasil. Hoje, dentre aqueles que defendem o direito civil-constitucional, é majoritário o posicionamento não apenas favorável ao método, mas que defende sua indissociabilidade da eficácia plena das normas constitucionais nas relações privadas.¹¹⁸

4.1 A diferença de ônus argumentativo entre as aplicações direta e indireta

A delimitação das formas de incidência dos princípios constitucionais no direito civil permite apontar para a diferença de ônus argumentativo entre ambas, que acompanha a já abordada classificação de Judith Martins Costa quanto à gradação entre enunciados claros ou vagos.¹¹⁹ Dessa forma, no que tange à aplicação indireta, uma vez considerada a escolha em abstrato feita pelo legislador, há um núcleo de hipóteses decorrentes de uma pré-compreensão do texto.¹²⁰ Ainda que o texto não seja hermético e a construção de seu sentido dependa da consideração do ordenamento em sua complexidade, fato é que há um texto igualmente conhecido por todos, um ponto de partida sobre o qual debater o caminho que melhor atende aos fins constitucionais.

Segundo Pietro Perlingieri, “o sentido não é uma qualidade da palavra, mas a sua relação a uma coisa, a um contexto material ou a um contexto de experiência”.¹²¹ Na aplicação

¹¹⁶ Art. 57 do Código Civil: A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

¹¹⁷ Art. 1.085 do Código Civil: Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

¹¹⁸ Nesse sentido: LÔBO, Paulo. *Metodologia do direito civil constitucional*. In: RUZYK, Carlos Piavnovski et. al. *Metodologia do Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018.; SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 26, p. 272-297, 2003; SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹¹⁹ Martins-Costa, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 149.

¹²⁰ Martins-Costa, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 149.

¹²¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603.

indireta, a construção do sentido, a definição de quais elementos do contexto são relevantes e de que forma esses elementos influenciam a interpretação são debatíveis e precisam ser expostos na argumentação, mas a palavra, em si, é certa e facilmente conhecida por todos. Além disso, afirmar que a clareza não é um *prius*, mas um *posterius* da interpretação¹²², não é o mesmo que dizer que não há uma pré-compreensão do sentido em si do texto, que é o que permite a dedução, ao menos em um primeiro momento, de que aquela pode ser uma regra relevante para a solução do caso.

Diante disso, pode-se afirmar que a norma, enquanto resultado do processo interpretativo, não é produzida exclusivamente nem pelo legislador, nem pelo intérprete. A atuação do legislador estabelece contornos semânticos que delimitam parte da atuação posterior do jurista, diminuindo seu ônus argumentativo, visto que o texto baliza a construção interpretativa da norma. Ainda naquelas situações em que se entenda que um enunciado não é aplicável, seu texto é parâmetro para essa conclusão.

Desse modo, a manutenção da coerência sistemática é facilitada quando há um maior número de referenciais comuns compartilhados por intérpretes que precisam compreender de que forma as soluções já individualizadas pelo ordenamento se relacionam, ou não, com determinado caso concreto. Um maior número de balizas leva a um menor número de caminhos e resultados possíveis, e por consequência há menor espaço para arbitrariedade.

No que tange à aplicação direta, o número de balizas interpretativas é menor, logo, é necessário um maior esforço argumentativo para transpor o significado do princípio à normativa individualizada no caso concreto. Assim, a norma é quase exclusivamente produzida pelo intérprete, que conta com uma infinidade de caminhos possíveis de serem adotados e, por essa razão, potencialmente lidará com uma alta dose de discricionariedade¹²³.

Nesse sentido, a especificidade da aplicação direta reside, em grande medida, na natureza principiológica da maioria das disposições constitucionais, que, nas palavras de Luis Roberto Barroso:

não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados

¹²² PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005, p. 13.

valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. [...] a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.¹²⁴

Há, assim, uma maior amplitude do ônus argumentativo do magistrado quando se trata da aplicação direta de normas constitucionais, em comparação com a aplicação indireta. A multiplicidade de caminhos e soluções é um espaço maior para a atuação discricionária do magistrado. Afinal, se é impossível afastar completamente a subjetividade do julgador em qualquer situação¹²⁵, sua percepção pessoal é significativamente mais presente na tarefa de determinar o significado de um princípio constitucional frente a uma situação.

Em outros termos, pode-se afirmar que “por mais que a linguagem do direito seja equívoca, não é arbitrária. Existe um plexo de sentidos construídos socialmente que impede a imposição da vontade individual ou a livre subjetividade do intérprete”.¹²⁶ Na aplicação direta, todavia, há um aumento da insegurança jurídica no que diz respeito à previsibilidade das decisões. Isso se dá tendo não somente pelo grande número de caminhos argumentativos possíveis de serem adotados a partir de princípios, mas também pela maior dificuldade em sintetizar em uma linha argumentativa a quantidade de variáveis a serem consideradas.

Dessa forma, o presente trabalho entende que os apontamentos críticos à constitucionalização do direito civil no que tange ao aumento da insegurança jurídica podem ser resolvidos a partir da delimitação das hipóteses de utilização da aplicação direta. Notadamente, as críticas quanto à banalização dos princípios constitucionais¹²⁷, ao aumento de casos difíceis¹²⁸, à dificuldade em selecionar os elementos relevantes do caso concreto¹²⁹, à impossibilidade fática de consideração da totalidade do ordenamento

¹²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, [s.n.], p. 1-42, 2005, p. 13.

¹²⁵ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. O papel criativo do juiz na legalidade constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 721-750, 2016, p. 740.

¹²⁶ GOMES, Nestor Castilho. *A facticidade como integrante dos poderes e a segurança jurídica*. 2020. 278 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020, p. 211.

¹²⁷ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 140.

¹²⁸ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 134.

¹²⁹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 133.

diante da realidade das cortes brasileiras¹³⁰ e ao excessivo espaço deixado para a discricionariedade judicial.¹³¹

Diante disso, conclui-se que a manutenção da segurança jurídica é mais facilmente alcançada na medida em que o ônus argumentativo do intérprete é menor. Por outro lado, a complexidade da argumentação é consequência necessária da complexidade do ordenamento, não podendo, portanto, ser menosprezada. É no equilíbrio entre as duas exigências que se encontra a necessidade de uma ordem de prioridade entre a aplicação indireta e direta das normas constitucionais no direito civil.

5. Ordem de prioridade e segurança jurídica

É raro perceber entre os civilistas uma preocupação com os significados práticos das drásticas diferenças entre a aplicação direta e indireta das normas constitucionais, sendo comum a importância de suas diferenças serem minimizadas pelo fato de que ambas levariam ao mesmo resultado: a eficácia das normas constitucionais nas relações privadas.¹³² Sendo essa uma decisão consciente ou não, mostra-se problemático remeter a escolha entre uma ou outra à estratégia argumentativa individual de cada magistrado, ao invés de vinculá-la explicitamente à existência ou não de mediação legislativa.

Mais do que isso, parece haver uma falsa impressão de que a aplicação direta das normas constitucionais seria a forma final de constitucionalização, de modo que aqueles hesitantes à metodologia admitiriam no máximo sua aplicação indireta. Essa é uma perspectiva que confunde eficácia e aplicação das disposições constitucionais nas relações privadas.

A eficácia das normas constitucionais nas relações privadas já é hoje majoritariamente aceita pelos civilistas. Isso significa que o espaço de liberdade dos sujeitos é delimitado também pela Constituição Federal, que exige profunda mudança nos institutos civis na medida em que os funcionaliza a valores diversos daqueles que inspiraram sua formação desde o século XVIII.

¹³⁰ LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, [s.n.], p. 01-33, 2008, p. 29.

¹³¹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015, p. 136.

¹³² “A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9)

Frente a isso, não há sentido em falar de eficácia direta ou indireta das normas constitucionais nas relações privadas, apenas em aplicação direta ou indireta, de modo que ambas as formas de aplicação levam à concretização da eficácia. Ainda, isso significa que não é possível afirmar que a aplicação direta necessariamente leva a uma maior eficácia, ou que a aplicação indireta implica uma eficácia mais fraca.

Isso não deve levar ao entendimento, contudo, de que qualquer caminho pode ser adotado, ou de que esse é um “falso problema”, como aponta Gustavo Tepedino.¹³³ Pelo contrário, a questão deve ser vista como uma oportunidade de encarar a forma de aplicação das normas constitucionais como um instrumento, buscando desenhar o melhor caminho para atingir os fins constitucionais, quais sejam, a tutela efetiva dos princípios constitucionais nas relações privadas.

Nesse sentido se engana, por exemplo, Otávio Luiz Rodrigues Junior na sua defesa de um “modelo de eficácia indireta fraca dos direitos fundamentais”.¹³⁴ Em termos de conclusão, a proposta do autor é semelhante à do presente trabalho, no sentido de priorização da aplicação indireta. Todavia, para Otávio Luiz Rodrigues Junior, esse modelo implica uma influência mais fraca dos direitos constitucionais nas relações privadas em comparação com a aplicação direta irrestrita, preservando, por isso, o espaço de autonomia privada dos sujeitos. Em contraste, o presente trabalho entende precisamente pela maior força dos direitos fundamentais nas relações privadas por meio da priorização da aplicação indireta.

A diferença se dá tendo em vista que o autor se equivoca ao não considerar que o processo de “filtragem dos direitos fundamentais pelo direito civil”¹³⁵ é também, necessariamente, uma reinterpretação dos institutos privados. Portanto, as normas ordinárias não são meras “portas” pelas quais direitos fundamentais atravessam sem provocar nenhuma mudança estrutural nos institutos privados. Pelo contrário, é esse processo que provoca a almejada alteração material do direito privado, potencializando-o e redimensionando-o a partir da funcionalização dos seus institutos e categorias aos valores

¹³³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹³⁴ RODRIGUES, Otavio Luiz Jr. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 352.

¹³⁵ RODRIGUES, Otavio Luiz Jr. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 361.

constitucionais.¹³⁶ Tal mudança impacta inclusive a concepção de autonomia privada, cuja preservação é a preocupação central da obra do autor.

Por essa razão, a despeito de não a definir expressamente, Otávio Luiz Rodrigues Junior parece se apegar a uma concepção de autonomia privada superada pelo direito civil-constitucional, precisamente por desconsiderar em sua obra as repercussões da aplicação indireta no direito privado.¹³⁷ Nesse sentido, para o autor, a priorização da aplicação indireta das normas constitucionais seria uma forma de limitar a influência das normas constitucionais no direito privado e impedir que autonomia do sujeito seja anulada.¹³⁸

Todavia, ao não considerar que a aplicação indireta causa profunda mudança nos institutos privados, o autor desconsidera que a própria concepção de autonomia privada é necessariamente modificada nesse processo. Evidente que as liberdades individuais devem ser asseguradas e são estimadas pelo projeto constitucional.¹³⁹ Entretanto, esta não é valorada acima de outros princípios que guardam igual importância, notadamente a igualdade e a solidariedade¹⁴⁰, de modo que todos compõem a ideia de autonomia privada e são constantemente ponderados a depender das circunstâncias concretas.

É partindo dessa visão instrumental da forma de aplicação das normas constitucionais que se entende pela priorização da aplicação indireta como meio para uma maior tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. A partir da noção de ordenamento aberto e móvel, da dinamicidade das relações sociais e do desafio do jurista em individualizar soluções dentro da legalidade constitucional considerando tantas variáveis, é preciso pensar formas de construir parâmetros que equilibrem a estabilidade e necessária dinamicidade exigida pela realidade fática.

Posto isso, Eduardo Nunes de Souza também defende a priorização da aplicação indireta, reservando a direta àquelas situações em que a norma ordinária é inconstitucional, por

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 4.

¹³⁷ Sobre as mudanças na concepção de autonomia privada: TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

¹³⁸ RODRIGUES, Otavio Luiz Jr. *Direito Civil Contemporâneo*: Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 370.

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

completo ou diante de sua aplicação no caso concreto.¹⁴¹ O autor enfatiza que é possível e recorrente que a interpretação a partir da integralidade do ordenamento conduza à coincidência entre a norma aplicável e a disposição em abstrato, o que não significa que a decisão se deu por subsunção.¹⁴²

O presente trabalho adota a mesma perspectiva¹⁴³, que o autor sintetiza:

Sendo válida a norma que se pretende aplicar (eis que conforme, do ponto de vista lógico e axiológico, à Constituição), e não contando o caso concreto com características que fujam à normalidade, o mais natural é que o juízo valorativo efetuado pelo legislador ordinário abstratamente quando editou essa norma se confirme diante do caso concreto (isto é, que se conclua que a aplicação, por assim dizer, estrita do conteúdo da norma produz um resultado sistematicamente adequado ao caso). A verificação da compatibilidade dessa aplicação normativa com os valores do sistema e com os aspectos do caso concreto, porém, deve ocorrer sempre.

É nesses termos que se entende pela necessidade do estabelecimento de uma ordem de prioridade entre a aplicação direta e indireta. Dito de outro modo, afastar a subsunção como técnica de aplicação das normas não pode significar um desprezo à atividade legislativa, sob pena de se estabelecer uma constitucionalização do direito civil “metodologicamente descontrolada”.¹⁴⁴ Defende-se, tendo em vista a busca por maior segurança jurídica, que a escolha do legislador deve ser aplicada sempre que não houver razões para afastá-la.

Contribui para tal conclusão o princípio da presunção de constitucionalidade das regras, que compreende a noção de imperatividade das disposições ordinárias e da vinculação do intérprete a elas.¹⁴⁵ Naturalmente, o princípio configura uma presunção relativa¹⁴⁶, ou seja, a disposição normativa pode ser afastada desde que devidamente exposta sua inconstitucionalidade. Portanto, não é possível desconsiderar matéria legislativa

¹⁴¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹⁴² SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹⁴³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

¹⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

relevante ao caso concreto em razão de mero juízo de conveniência quanto ao caminho argumentativo a ser adotado.

Para Luis Roberto Barroso¹⁴⁷, duas regras são consequências práticas do princípio da presunção de constitucionalidade: a) se houver dúvida ou a possibilidade de considerar a norma válida, o magistrado não deve declarar a norma inconstitucional e; b) se houver interpretação possível que permita compatibilizar a norma com a Constituição, o intérprete deve optar por tal interpretação ao invés da declaração de inconstitucionalidade. Isso significa que mesmo que a norma seja inconstitucional, em abstrato ou no caso concreto, seu afastamento só deve ser realizado se não houver qualquer interpretação possível coerente com a Constituição.

Somado a isso, cabe destacar novamente o fato de que a técnica legislativa no direito civil sofreu profundas alterações com a constitucionalização do direito, especialmente após a Constituição de 1988. Todavia, não apenas as espécies de normas se multiplicaram para além da regulação casuística. As normas hoje não são as normas do séc. XIX, fundadas nos ideais de universalidade, racionalidade e neutralidade, mas também se adaptam ao contexto em que se inserem. O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, são leis que demonstram mais do que a perda de centralidade do Código Civil, mas, especialmente, a influência dos valores constitucionais na atividade legislativa, na direção da funcionalização dos interesses patrimoniais àqueles existenciais.

Essa mudança na técnica e no conteúdo da legislação revela o fato de que a efetivação dos princípios constitucionais nas relações privadas tem a legislação ordinária também como seu instrumento. Assim, enquanto os princípios constitucionais impõem ao magistrado altíssimo ônus argumentativo na sua aplicação direta, o legislador tem um espaço de escolha e conformação¹⁴⁸ que diminui o ônus do intérprete quando da interpretação e aplicação de tais normas. Em outras palavras, as normas ordinárias também tem a função de efetivação dos princípios constitucionais e devem ser respeitadas enquanto cumprem seu papel.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183.

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁴⁹ Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “Do mesmo modo, a legislação ordinária de direito civil, em seu dever de obediência às normas superiores, converte-se em mecanismo de realização e efetivação dos preceitos constitucionais nas relações privadas – instrumentos de realização do projeto constitucional” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a

As adaptações e mudanças por parte do legislador são naturalmente lentas, além de encontrarem avanços e retrocessos constantes no conteúdo das leis. Por isso, são insuficientes para, sozinhas, promoverem a plena eficácia dos princípios constitucionais no direito civil. A título de exemplo, por razões diversas aponta-se para a inadequação à realidade contemporânea das disposições de direito sucessório presentes no Código Civil, que partem de ideais de família e propriedade típicos do século XIX¹⁵⁰.

Tais disposições vinculam o jurista, ainda que não se confundam com a normativa individualizada no caso concreto, que poderá ser alcançada com o afastamento do enunciado pois este fere a noção de pluralidade de famílias ou a função social da propriedade, por exemplo. Nesse processo interpretativo, é possível que se alcance a necessidade de aplicação direta da Constituição, caso as disposições existentes não possam ser aplicadas nem mesmo a partir de uma reinterpretação de seu sentido.

Dessa forma, toda regra relevante ao caso deve ser aplicada, exceto na hipótese de declaração de sua inconstitucionalidade, que pode se dar de duas formas dentro do controle de constitucionalidade difuso. A primeira é pela alegação de inconstitucionalidade da norma em si, abstratamente considerada. A segunda forma é pela alegação de inconstitucionalidade no caso concreto, ou seja, a disposição é perfeitamente constitucional quando considerada em abstrato, mas sua aplicação à situação, em razão de suas particularidades, geraria resultados inconstitucionais.¹⁵¹ Essa possibilidade evidencia a premissa de que há um necessário caminho interpretativo a ser percorrido entre a disposição normativa e a norma individualizada no caso concreto, de forma que ambas podem ou não coincidir

Sobre a segunda forma. nas palavras de Rodrigo da Guia Silva¹⁵²:

Ao fim e ao cabo, o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto mostra-se relevante, sobretudo, no que diz respeito à elucidação da circunstância de que nenhuma norma-regra se reputa suficiente à solução de um dado caso sem o exame da sua compatibilidade concreta com a axiologia do ordenamento.

aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013, p. 6).

¹⁵⁰ TEIXEIRA, Daniel Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos princípios constitucionais na interpretação do direito sucessório contemporâneo. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹⁵¹ SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a inconstitucionalidade no caso concreto. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 73, n. 18, p. 31-62, 2017, p. 49-50.

¹⁵² SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a inconstitucionalidade no caso concreto. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 73, n. 18, p. 31-62, 2017, p. 58.

É possível exemplificar a inconstitucionalidade no caso concreto com a situação do direito sucessório dos filhos concebidos após a morte de seu genitor, por meio de inseminação artificial. Estabelece o art. 1.798 do Código Civil¹⁵³ que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte, de modo que, pelo enunciado, estariam excluídos da sucessão os filhos concebidos após a morte. Todavia, à luz dos princípios constitucionais, especificamente diante do princípio da igualdade entre os filhos, a aplicação de tal regra configuraria um resultado inconstitucional, ainda que sua leitura em abstrato não aponte para qualquer inconstitucionalidade.¹⁵⁴

É na necessária verificação de compatibilidade das disposições ao texto constitucional diante da situação concreta que se afasta a técnica da subsunção, mas ainda resistem pontos de partida concretos e compartilhados por qualquer intérprete. Frente a isso, se retorna à concepção de segurança jurídica enquanto manutenção da coerência sistemática, e, para esse fim, retoma-se a invariável necessidade de se considerar o que está posto no ordenamento.

Ainda que o direito civil hoje se encontre em uma era de incertezas¹⁵⁵, na qual há constantes inovações científicas, novos problemas jurídicos e interesses a ser tutelados, é preciso considerar que, ao intérprete, não é inédito o Direito aplicável. Assim, seu trabalho não consiste em partir do zero e construir sozinho o ordenamento do caso concreto, mas de uma longa tradição de construção dos institutos privados e, possivelmente, da atividade legislativa ordinária.¹⁵⁶

Essa necessária vinculação não engessa o jurista nas soluções já individualizadas ou na legislação aparentemente aplicável, mas lhe dá o dever de, ao menos, justificar seu afastamento a partir da legalidade constitucional. É apenas a partir desse esforço interpretativo o qual considera o que já está posto que é possível efetivamente reinterpretar os institutos e regras do direito civil à luz das normas constitucionais. Assim sendo, esse diálogo de soluções dentro do ordenamento auxilia na manutenção da segurança jurídica por meio da previsibilidade e possibilidade de controle racional das

¹⁵³ Art. 1.798 do Código Civil: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.

¹⁵⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 60.

¹⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015, p. 208.

decisões, nos termos já apresentados. Por consequência, são construídas bases jurídicas sólidas para a proteção das garantias fundamentais nas relações privadas.

É nesses termos que se entende pela importância da exposição do caminho argumentativo responsável por determinado resultado. A exposição é fundamental para permitir o controle democrático da decisão, que não recai apenas sobre seu conteúdo material, mas também sobre caminhos adotados no que tange às disposições incidentes sobre a situação, e os motivos para cada uma da série de decisões tomadas até a individualização da normativa do caso.

A complexidade do processo interpretativo em si não é um pilar da constitucionalização do direito civil, mas decorrência de seus pressupostos. Logo, não se justifica em si mesma, mas é um meio necessário para a efetivação dos princípios constitucionais nas relações privadas. Por isso, a maior efetividade dos direitos constitucionais não é alcançada simplesmente pelo fato de o magistrado precisar arcar com um alto ônus, sem o estabelecimento de parâmetros hermenêuticos concretos para guiar sua atuação. Uma vez que se identifique que a aplicação direta dos princípios constitucionais tem o potencial de prejudicar a segurança jurídica, e, por isso, a efetivação dos princípios constitucionais, é necessário estabelecer critérios claros para que seja possível sua utilização.

Nesse sentido, com o estabelecimento de uma ordem de prioridade entre as aplicações direta e indireta, permite-se o debate quanto i) à correta identificação das disposições ordinárias e constitucionais aplicáveis ao caso; ii) quanto a possíveis motivos para a interpretação conforme a Constituição de uma norma ou para a sua não aplicação naquele caso e; iii) quanto à correta compreensão dos fatores relevantes do caso concreto e sua influência na individualização da norma.

Uma vez postos todos esses fatores como necessários passos anteriores à decisão pela aplicação direta da norma constitucional, cria-se uma sistemática com padrões concretos que delimitam o ônus argumentativo do magistrado. Nesses termos, a regra ordinária vincula o magistrado, que deve interpretá-la e aplicá-la. Apenas nas situações em que não há interpretação possível de acordo com a Constituição, ou não há norma relativa à situação, o intérprete deve partir para uma aplicação direta das normas constitucionais.

6. Conclusão

Multiplicam-se os debates doutrinários e os posicionamentos em relação à constitucionalização do direito civil no que diz respeito à forma de aplicação das normas constitucionais às relações privadas. Parte considerável de tais debates giram em torno das críticas relacionadas ao amplo espaço para a subjetividade e da atuação arbitrária do magistrado no momento de resolução da situação posta frente à jurisdição. O número de elementos a serem considerados para a tomada de decisão, bem como a complexidade de manejo de parte deles leva a uma preocupante diminuição da segurança jurídica, entendida enquanto previsibilidade das decisões e possibilidade de conhecê-las racionalmente.

Esse se torna um problema relevante na medida em que não é possível encarar a segurança jurídica como oposta ou mesmo desnecessária à efetivação das disposições constitucionais nas relações privadas. Logo, entendeu-se primeiramente que a própria concepção de segurança jurídica se modifica a partir da constitucionalização do direito civil, não sendo mais identificada com a subsunção da norma ao caso. Considerando a abertura e mobilidade do ordenamento, a segurança jurídica passa a ser identificada com a manutenção da coerência sistemática dentro da legalidade constitucional.

Diante disso, ganha importância a devida exposição do caminho argumentativo adotado pelo intérprete, tendo em vista que há situações que admitem uma pluralidade de respostas alcançadas por diferentes caminhos. Todavia, para a manutenção da coerência sistemática, especificamente para a reprodução de decisões semelhantes para situações semelhantes, as motivações do jurista são tão importantes quanto a decisão individualizada ao final.

Nesse sentido emerge a importância do ônus argumentativo a ser superado pelo magistrado, que é consideravelmente distinto entre as aplicações direta e indireta das normas constitucionais nas relações privadas. Junto a isso, a compreensão de que afastar a subsunção como técnica de aplicação das disposições não pode significar um desprezo à atividade legislativa. Esta não só representa o papel democrático do legislador, sendo este também um agente de efetivação das disposições constitucionais nas relações privadas, como é parte importante do ordenamento no que tange à busca pela segurança jurídica.

Desse modo, a disposição ordinária vincula o intérprete enquanto um necessário ponto de partida interpretativo compartilhado por qualquer jurista, e poderá ser superada se demonstrada sua inconstitucionalidade, seja em abstrato, seja na sua aplicação à situação jurídica. Por isso, concluiu-se pela necessidade de priorização da aplicação indireta das normas constitucionais sobre a aplicação direta, negando que a escolha entre um ou outro caminho seja livre para o intérprete. O estabelecimento dessa ordem de prioridade tem o condão de diminuir o espaço para a discricionariedade e garantir maior segurança jurídica dentro dos pressupostos do direito civil-constitucional.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

BODIN DE MORAES, Marina Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 3-20, 1991.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. O papel criativo do juiz na legalidade constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 721-750, 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editores, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 179, p. 207-217, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Piavnovski et. al. *Metodologia do Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2014.

GOMES, Nestor Castilho. *A facticidade como integrante dos poderes e a segurança jurídica*. 2020. 278 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

KONDER, Carlos Nelson Konder; SCHRIBER, Anderson. Uma agenda para o Direito Civil Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9 - 27, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, 2015.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, n. 33, p. 123-165, 2015.

LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, p. 01-33, 2008.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999, p. 102.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Piavnovski et. al. *Metodologia do Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2014.

LÔBO, Paulo. Novas razões para a força normativa dos princípios nas relações privadas. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 271-284, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 41, n. 0, p. 85-98, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-9, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André Arnt. Direito civil contemporâneo: entre acertos e desacertos, uma resposta aos críticos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba: Foco, 2021.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: críticas ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional. *Revista dos Tribunais*, online, v. 11, p. 213-238, 2017.

RODRIGUES, Otavio Luiz Jr. *Direito Civil Contemporâneo: Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 26, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-35, 2020,

SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a inconstitucionalidade no caso concreto. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 73, n. 18, p. 31-62, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Critérios distintivos do intérprete civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba: Foco, 2021.

STF, 2ª T., RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11.10.05.

TEIXEIRA, Daniel Chaves; PEÇANHA, Danielle Tavares. Imprescindibilidade dos princípios constitucionais na interpretação do direito sucessório contemporâneo. In:

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Direito Civil na legalidade constitucional*. Indaiatuba: Foco, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *Revista Forense*, v. 98, n. 364, p. 113-123, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. *(SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, p. 367-382, 2015.