

## ÍNDICES DA ADERÊNCIA DO INTÉRPRETE À METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

### *SIGNS OF THE INTERPRETER'S ADHERING TO THE CONSTITUTIONALIZED PRIVATE LAW METHOD*

Eduardo Nunes de Souza<sup>A</sup>

 <http://orcid.org/0000-0002-2098-5973>

<sup>A</sup> Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Correspondência: [eduardo.nunesdesouza@yahoo.com](mailto:eduardo.nunesdesouza@yahoo.com)

DOI: 10.12957/rfd.2022.56476

Artigo submetido em 09/12/2020 e aceito para publicação em 29/10/2021

**Resumo:** O presente artigo dedica-se a abordar alguns equívocos comuns acerca da metodologia civil-constitucional, em particular certos procedimentos interpretativos indevidamente atribuídos a essa escola hermenêutica. Parte-se, em primeiro lugar, da relevância da valorização do dado normativo pelo intérprete, analisando-se, em seguida, o papel e os limites da subsunção na perspectiva civil-constitucional e, ainda, a inevitabilidade da ponderação diante da complexidade de fontes normativas do sistema.

**Palavras-chave:** Direito civil-constitucional. Hermenêutica jurídica. Análise funcional do direito. Unidade do ordenamento.

**Abstract:** The article that follows is devoted to addressing some common misconceptions about the constitutionalized private law methodology, in particular certain interpretative procedures unduly attributed to this hermeneutical school. It departs from the relevance of the valorization of positive norms by the interpreter and then analyses the role and the limits of subsumption in the civil-constitutional perspective, as well as the inevitability of the weighing before the complexity of legal sources.

**Keywords:** Constitutionalized private law. Legal hermeneutics. Functional legal analysis. Unity of the legal system.

## 1 INTRODUÇÃO\*

O direito civil-constitucional, metodologia amplamente conhecida no cenário jurídico brasileiro, já teve seus pressupostos fundamentais desenvolvidos pela mais autorizada doutrina nas últimas três décadas. O presente estudo não deve, assim, ser compreendido

como uma tentativa de sumarizar os diversos pilares essenciais dessa escola hermenêutica, as muitas fontes que a influenciaram ou os incontáveis desdobramentos decorrentes de sua aplicação. Com efeito, tantos estudos seminais sobre o tema já foram realizados e com tamanha minúcia, que um novo trabalho dedicado a tratar panoramicamente dessa corrente de pensamento pouco teria a acrescentar. O maior campo atual de desenvolvimento dogmático do direito civil-constitucional, de fato, não parece estar mais no estabelecimento teórico dos seus pressupostos, mas sim no enfrentamento das dificuldades práticas de sua implementação. Assim testemunham trabalhos recentes de alguns dos mais importantes autores filiados à escola civil-constitucional,<sup>1</sup> que concentram sua atenção no problema da fundamentação das decisões judiciais e de sua legitimação, por exemplo, ou que buscam elucidar equívocos ou desvios de perspectiva comuns ao jurista na interpretação civil-constitucional de temas específicos.

Tampouco se buscou, com a presente análise, tecer uma defesa em face das críticas ainda hoje dirigidas ao direito civil-constitucional, em sua maior parte fundadas em uma suposta perda de segurança jurídica por essa metodologia<sup>2</sup> ou, ainda, baseadas em um lamento generalizado pelo que se imagina ser uma intervenção indevida do direito público sobre o direito civil – com o aparente sacrifício à autonomia dogmática deste ou, em linhas mais gerais, à autonomia privada e às liberdades individuais. Embora relativamente frequentes, eis que fomentadas pelo atual cenário político brasileiro e mundial (cada vez mais recalcitrante a pautas de fundamental importância para a tutela de minorias e para a efetivação da dignidade humana, e saudoso de um modelo econômico por vezes designado,

---

\* O autor agradece ao pesquisador de iniciação científica Matheus Mendes de Moura (PIBIC UERJ-CNPq) pelo auxílio com pesquisas e pela cuidadosa revisão dos originais.

<sup>1</sup> Cf., dentre muitos outros, BODIN DE MORAES, 2013; KONDER, 2016; SCHREIBER e KONDER, 2016.

<sup>2</sup> Alegação que chega a ser curiosa, eis que a análise funcional do direito privado e a crescente abertura desse setor aos princípios e valores do ordenamento sempre foi pautada pela promoção da segurança jurídica. Veja-se, ilustrativamente, a lição de Stefano Rodotà a respeito da técnica das cláusulas gerais: segundo o autor, ao mesmo tempo que representa uma abertura de conteúdo da norma, a cláusula geral delimita o espaço de atuação do intérprete e “confirma, assim, o caráter residual da equidade no nosso ordenamento”, de modo a excluir “intervenções puramente discricionárias do juiz” e contestando-se “o uso que historicamente se tem feito da equidade em nosso sistema, considerando-a como puro trâmite dos valores do mercado” (RODOTÀ, 1987, p. 733. Tradução livre).

de maneira simplista, como “liberal”),<sup>3</sup> tais críticas pouco contribuem para o aperfeiçoamento do direito civil-constitucional em face dos seus mais relevantes desafios, notadamente o de desenvolver subsídios verdadeiramente úteis ao intérprete na solução de casos concretos.

De fato, postulando a relevância normativa dos elementos fáticos e sustentando que o ordenamento jurídico apenas se completa à luz do caso concreto, enfrentam os autores do direito civil-constitucional a dificuldade de propor, quase contraditoriamente, no seu âmbito teórico de atuação (portanto, em abstrato), critérios hermenêuticos úteis para uma interpretação-aplicação do Direito metodologicamente adequada – sem, por outro lado, estimularem o intérprete a incorrer no mesmo problema criticado na subsunção crua da norma positiva (a desconsideração do potencial hermenêutico das idiossincrasias de cada caso concreto). Enfrentam, ainda, a tendência, cada vez mais presente no direito brasileiro, da aplicação, como se normas abstratas fossem, de enunciados sumulares e teses extraídos da solução de casos concretos pela jurisprudência. Como desenvolver uma cultura hermenêutica que ancore o intérprete ao caso concreto e, ao mesmo tempo, garanta uma decisão sistematicamente adequada e democraticamente legítima, se todos os referenciais com que pode ele contar para fundamentar seu julgamento (inclusive a própria produção doutrinária do direito civil-constitucional) se produzem, inevitavelmente, *a priori*? E como, por outro lado, garantir que a individuação da normativa à luz do caso concreto preserve sua aderência ao sistema jurídico, sem recair em mera tópica descompromissada com o dado normativo?

O presente estudo, furtando-se de abordar as críticas corriqueiras e buscando, por outro lado, oferecer subsídios possivelmente úteis para os verdadeiros desafios atuais da metodologia, buscou abordar uma das dificuldades específicas enfrentadas pela doutrina civil-constitucional em seu propósito de auxiliar a atividade interpretativa. Trata-se, aqui, de uma certa crise de identidade do direito civil-constitucional – *rectius*, da frequente filiação a essa escola hermenêutica de estudos e propostas francamente destoantes dos seus

---

<sup>3</sup> Reflexo recente dessa tendência pode ser observado, por exemplo, na recente reforma promovida no Código Civil pela assim denominada “Lei da Liberdade Econômica”, movida por um discurso de defesa da autonomia privada em face de supostas intervenções estatais indevidas (com particular destaque para a revisão judicial dos contratos). A reforma parece ter ignorado que a implementação da solidariedade no direito contratual como meio de reduzir iniquidades e proteger contratantes vulneráveis tem sido há muito compreendida como pressuposto para a promoção de uma liberdade contratual efetiva – no que a doutrina civil-constitucional já denominou, em feliz expressão, *liberdade substancial* (sobre este último aspecto, cf. FACHIN, 2015, p. 49).

pressupostos.<sup>4</sup> O problema não é inédito: com efeito, nas ciências em geral – e, em particular, nas humanidades –, o debate em torno da origem de determinadas correntes de pensamento e do pertencimento ou não de certos autores a elas pode revelar-se verdadeiramente interminável. Assim também o direito civil-constitucional não conta com uma espécie de “denominação de origem controlada”, nem é possível certificar com um selo de autenticidade as propostas com ele compatíveis. A rigor, sobretudo no campo do debate teórico (vale dizer, quando não está em jogo a solução de um caso concreto), é mais do que natural que propostas frontalmente antagônicas se relevem igualmente compatíveis com a metodologia – o que reflete, em última análise, a própria complexidade do ordenamento jurídico e o caráter deliberadamente compromissório da ordem constitucional brasileira.

De todo modo, é possível afirmar, com alguma precisão, que a expressão *direito civil-constitucional* foi haurida da doutrina italiana, onde tem como seu maior expoente Pietro Perlingieri, professor de diversas universidades italianas (notadamente a de Salerno, em que foi professor titular de Instituições de Direito Privado) e, ainda na passagem dos anos 1980 para os anos 1990, diretor da *Scuola di Specializzazione in Diritto Civile* da Universidade de Camerino. A obra de Perlingieri reuniu, em uma metodologia coerente e unitária, propostas de vanguarda dos principais civilistas italianos, em particular das décadas de 1960 e 1970, que se esforçavam, à época, em promover, por meio de uma análise funcional e valorativa, uma reinterpretação do *Codice civile* de 1942, fruto do regime fascista, que o tornasse compatível com a Constituição italiana de 1947, marco da redemocratização do país no

---

<sup>4</sup> Como analisa Carlos Nelson Konder, “O método fundado no pensamento de Pietro Perlingieri teve aqui grande receptividade, por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária. No entanto, a invocação descuidada desse método, sem a adequada indicação de suas premissas, vem causando receio e inquietude. Por vezes, doutrina e jurisprudência trilham caminhos alegadamente guiados pelo ‘direito civil-constitucional’, mas fazem tudo menos aplicar efetivamente o método da constitucionalização do direito civil” (KONDER, 2015b, pp. 194-195).

período pós-guerra.<sup>5</sup> Partiu-se, para tanto, do pressuposto da força normativa da Constituição (*normative Kraft der Verfassung*), reconhecida principalmente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs ao final dos anos 1950, e da consequente admissão da chamada eficácia direta (*Drittwirkung*) dos princípios constitucionais sobre as relações privadas.<sup>6</sup> Dentre as obras fundamentais de Perlingieri destacam-se os *Profili del diritto civile*,<sup>7</sup> cuja primeira edição data de 1975, e *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*,<sup>8</sup> primeiramente editado em 1983, ambas com posteriores edições brasileiras.<sup>9</sup>

A difusão acadêmica do direito civil-constitucional no Brasil deu-se justamente no início dos anos 1990, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 e em pleno processo de redemocratização do País. A semelhança com a experiência italiana restava patente: o direito civil brasileiro, ainda centrado no antiquado Código Civil de 1916 (profundamente inspirado pela índole liberal da codificação francesa), demandava sua imediata adequação ao texto constitucional, pela primeira vez reconhecido como documento dotado de eficácia normativa. Essa adequação deu-se, inicialmente, por meio da edição de leis especiais, que complexificaram ainda mais o sistema de fontes e, por isso mesmo, exigiram uma metodologia capaz de harmonizar e restaurar a unidade lógica e valorativa do ordenamento jurídico brasileiro. Foi nesse cenário que professores do então recém-fundado

---

<sup>5</sup> Emblemática desse processo é a inteira obra de Stefano Rodotà no período, como se extrai das seguintes ponderações do autor: “[...] a codificação de 1942 prolongou, para além do seu normal ciclo fisiológico, a prevalência na cultura jurídica italiana de um método que agregava a um indubitável rigor uma clausura formalística quase que total, excluindo todo momento problemático e toda valoração efetiva da reflexão jurídica, mantendo alheia ao horizonte do jurista toda consideração atinente à política legislativa. [...] a reconhecida historicidade dos conceitos jurídicos, se pretende ter um sentido, não pode não comportar uma modificação do método da sua elaboração e, assim, um abandono dos tradicionais procedimentos dogmáticos, em prol de uma construção sistemática capaz de modelar-se mais diretamente sobre a realidade histórica do ordenamento legislativo. De outra parte, o valor de diretivas internas do sistema privatístico assumido por alguns princípios constitucionais fundamentais comporta a necessidade de considerar esses mesmos princípios como os dados fundamentais para a construção do novo sistema, mudando o critério de valoração dos institutos entendidos como fundamentais da ordem civilística, em primeiro lugar a autonomia privada, a propriedade e a responsabilidade civil” (RODOTÀ, 1967, pp. 85-86. Tradução livre).

<sup>6</sup> Veja-se, nesse sentido, que data de 1959 a célebre aula inaugural de Konrad Hesse (cf. HESSE, 1959), em que o autor contrariava a então prevalente tese de Ferdinand Lassalle, jurista prussiano segundo o qual a Constituição de um país, do ponto de vista jurídico, nada mais representaria do que uma “folha de papel”. No campo jurisprudencial, vale a referência ao igualmente conhecido caso *Lüth*, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em que se admitiu a eficácia jurídica dos direitos fundamentais no âmbito do direito infraconstitucional.

<sup>7</sup> Cf. PERLINGIERI, 1996 [1. ed. 1975].

<sup>8</sup> Cf. PERLINGIERI, 2006 [1. ed. 1983].

<sup>9</sup> A saber: PERLINGIERI, 2007 [1. ed. 1997]; PERLINGIERI, 2008.

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Rio de Janeiro,<sup>10</sup> os quais haviam concluído seu curso de doutoramento precisamente junto à Universidade de Camerino, publicaram os primeiros trabalhos sobre a metodologia civil-constitucional na doutrina brasileira, sistematizando, aos moldes do que ocorrera no caso italiano, diversas propostas hermenêuticas na forma de uma escola de pensamento unitária e coesa.<sup>11</sup> A posterior promulgação do Código Civil de 2002, fruto de um (também) antiquado anteprojeto da década de 1970, sublinhou ainda mais a necessidade da releitura constitucional da norma ordinária no direito civil brasileiro<sup>12</sup> – ao contrário do que sustentaram, em um primeiro momento, alguns dos opositores da metodologia.

A constitucionalização do direito privado brasileiro, evidentemente, foi impulsionada, em primeiro lugar, pelo próprio cenário de redemocratização e pelo *status* normativo que se passou a reconhecer ao texto constitucional,<sup>13</sup> de forma paralela e relativamente autônoma ao desenvolvimento acadêmico da metodologia civil-constitucional. Portanto, algumas das propostas deste, como é natural, difundiram-se no direito brasileiro antes que o próprio pensamento civil-constitucional, como método complexo abrangendo diversos pressupostos, ganhasse relevância na doutrina brasileira. A dignidade humana como valor universal, um dos maiores símbolos da redemocratização europeia no pós-guerra<sup>14</sup> (inclusive na tardia experiência ibérica, com grande conexão com o caso brasileiro) e prevista expressamente pelo constituinte de 1988 como um fundamento da República, não tardou a revelar seu potencial, tanto entre os civilistas quanto entre os próprios constitucionalistas.<sup>15</sup> A incidência da solidariedade social sobre as relações patrimoniais também contou com certo desenvolvimento autônomo, ainda que atrelado quase que exclusivamente à boa-fé objetiva,

---

<sup>10</sup> Fundado em 1991.

<sup>11</sup> A respeito, cf. o primeiro artigo publicado na doutrina brasileira especificamente sobre a metodologia, de autoria de BODIN DE MORAES, 1991. Cf., ainda, o registro escrito da aula inaugural do ano letivo de 1992 da Faculdade de Direito da UERJ proferida por TEPEDINO, 1997.

<sup>12</sup> Uma necessidade que a doutrina civil-constitucional já constatava mesmo antes da promulgação do Código Civil. Cf., a respeito, TEPEDINO, 2001.

<sup>13</sup> Ilustrativo desse momento é o fato de datar de 1991 a tradução para o português da já mencionada obra de Konrad Hesse (cf. HESSE, 1991).

<sup>14</sup> Cf. RODOTÀ, 2013, *passim* e, particularmente, pp. 4-5, em que o autor afirma ser o reconhecimento constitucional da dignidade humana fruto da necessidade de se “proteger uma memória da qual a consciência europeia não poderá jamais se separar” (tradução livre).

<sup>15</sup> Como trabalhos pioneiros sobre o tema, destacam-se, entre os civilistas, o estudo de BODIN DE MORAES, 2003; e, entre os constitucionalistas, SARLET, 2001.

a qual fora positivada pelo CDC já em 1990.<sup>16</sup> E, mais do que isso, a possibilidade de incidência direta dos princípios constitucionais sobre todos os ramos do Direito, inclusive na esfera civil, evidenciando uma mitigação da *summa divisio* entre público e privado,<sup>17</sup> começou a ser amplamente propalada na doutrina e, depois, na jurisprudência, vindo a ser reconhecida pelas Cortes Superiores já ao final dos anos 1990.<sup>18</sup>

Esses fatores, embora intimamente imbricados com a proposta civil-constitucional, não a definem plenamente; no entanto, sua aceitação no cenário brasileiro, concomitante ou até mesmo anteriormente à difusão do pensamento civil-constitucional, acabou suscitando uma progressiva tendência de se associar essa metodologia simplesmente com a incidência direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, ou, ainda, com a aplicação de princípios como a dignidade humana ou a boa-fé objetiva (sem maior consideração quanto ao contexto, à fundamentação e às demais circunstâncias envolvidas nessa aplicação). Nesse processo, conforme a proposta civil-constitucional ampliava sua difusão no meio acadêmico, não tardaram a surgir novos adeptos de todos os matizes: desde aqueles que efetivamente conheciam e optavam por seguir os diversos pressupostos metodológicos defendidos por essa escola de pensamento até aqueles que simplesmente associavam a expressão à eficácia direta dos princípios constitucionais e à promoção de valores constitucionais. Ao cabo desse itinerário, a denominação “direito civil-constitucional” chegou, enfim, à jurisprudência das Cortes Superiores, raramente em remissão à metodologia propriamente dita, mas sim, via de regra, como forma de aludir ao processo difuso de constitucionalização do direito civil por meio da aplicação de princípios.

Embora esse relato confirme, em certa medida, a necessidade e a ampla aceitação da

---

<sup>16</sup> Conforme se observou em outra sede, “tamanho se revelou a força argumentativa do princípio [da boa-fé objetiva], e tantas foram as esperanças de inovação e arejamento do Direito Civil tradicional nele depositadas, que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência passaram a invocá-lo em ocasiões das mais diversas” (SOUZA, 2012, p. 38). A indesejável superutilização da boa-fé objetiva, amplamente criticada em doutrina, acabou permitindo que se atribuísem ao princípio consequências que, a rigor, não derivavam efetivamente dele, mas de um processo muito mais amplo de análise funcional (a respeito, permita-se a remissão a SOUZA, 2019, item 4) ou, ainda, de incidência da solidariedade social sobre os contratos, princípio do qual a boa-fé objetiva é um corolário e não propriamente a fonte (sobre o ponto, cf. BODIN DE MORAES, 2010a).

<sup>17</sup> Sobre a mitigação da dicotomia, reconhecida na doutrina estrangeira muito antes de sua admissão no cenário brasileiro, cf., por todos, o texto clássico de Michele Giorgianni, de 1961, em sua tradução brasileira (cf. GIORGIANNI, 1998).

<sup>18</sup> Tornaram-se célebres, por exemplo, os julgamentos pelo STF do RE 160.222 (revista íntima de funcionárias de indústria), em 1995, do RE 161.243 (discriminação de trabalhador empregado por empresa estrangeira), em 1996 e do RE 201.819 (exclusão de associado sem devido processo legal), em 2004.

proposta civil-constitucional no Brasil, não se podem ignorar, de outra parte, os diversos entraves que a confusão conceitual opõe ao desenvolvimento da metodologia, a qual passou a ser associada a certos vícios interpretativos que sempre evitou e que há muito são objeto de intensa preocupação para seus autores. Este estudo pretende apresentar alguns pontos de frequente incompreensão acerca do direito civil-constitucional, com vistas a oferecer critérios úteis à identificação de propostas que, embora mantenham alguma relação com a metodologia, não atendem suficientemente aos seus pressupostos essenciais para serem consideradas compatíveis com ela. Como em toda tentativa de categorização, sempre haverá casos duvidosos ou que abram margem à argumentação – e mais ainda em uma análise voltada ao direito civil-constitucional, que parte justamente do pressuposto da complexidade valorativa do ordenamento, ao mesmo tempo em que reconhece a íntima relação entre os aspectos procedimentais e substanciais de seu método. De todo modo, os critérios a seguir, absolutamente exemplificativos, buscam oferecer alguma segurança ao estudioso que pretenda distinguir, dentre os estudos que se declaram filiados ao direito civil-constitucional, quais se mantiveram fiéis à metodologia em questão.

## 2 A POSTURA DO INTÉRPRETE CIVIL-CONSTITUCIONAL DIANTE DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL

Ao contrário do que muitas vezes se imagina, a metodologia civil-constitucional pressupõe uma profunda deferência à escolha legislativa veiculada pela norma infraconstitucional. Trata-se, com efeito, de uma escola de pensamento eminentemente positivista,<sup>19</sup> que não defende, em absoluto, nenhum tipo de “livre criação” do direito pelo jurista, muito menos autoriza o hermeneuta a inserir na sua decisão juízos valorativos

---

<sup>19</sup> Quanto a este ponto, a lição de Pietro Perlingieri mostra-se categórica: “O jurista é aquele que interpreta, individualiza e aplica as leis: se as desapplicasse, exerceria uma atividade às vezes historicamente louvável, mas diversa” (PERLINGIERI, 2008, p. 173).

colhidos da esfera moral ou de qualquer outra seara extrajurídica.<sup>20</sup> Analogamente, também na contramão do que muitas vezes se acredita, não se cuida de uma metodologia que dê preferência à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas concretas, nem que autorize o intérprete a desprezar as escolhas democraticamente legítimas do legislador infraconstitucional. Ao contrário, a doutrina civil-constitucional expressamente proclama que o cenário ideal para a individuação da normativa do caso concreto é aquele em que se pode promover a incidência dita “indireta” da norma constitucional, isto é, a releitura da norma ordinária à luz dos preceitos constitucionais;<sup>21</sup> apenas na ausência de regra específica válida (isto é, que comporte alguma interpretação compatível com a Lei Maior) para regular a *fattispecie* concreta faz-se necessária a incidência dita “direta” da Constituição.

A razão para a usual incompreensão da doutrina acerca desses pontos parece derivar, em primeiro lugar, de uma resistência, ainda que velada, a se reconhecer que as disposições constitucionais são dotadas de força normativa e que, dentre tais disposições, aquelas mais relevantes são as que veiculam *valores*, normalmente na forma de enunciados e conceitos de textura aberta, incidentes sobre a integralidade do ordenamento. Em outros termos, o direito civil-constitucional parte do pressuposto de que, de um universo potencialmente ilimitado de valores presentes na experiência social, foram alguns deles juridicizados por deliberada

---

<sup>20</sup> Conforme já se ponderou em outra sede, “uma interpretação civil-constitucional, portanto, deve ser responsável e devidamente fundamentada, levando em conta a perene tensão entre tendências valorativas antagônicas do ordenamento, reconhecendo que toda interpretação implica uma ponderação de princípios e um esforço de unificação de fontes normativas potencialmente contraditórias ao redor dos valores consagrados pela Constituição. Interpretações *contra legem* escoradas na invocação genérica de princípios constitucionais e não inseridas na unidade lógica e axiológica do ordenamento, portanto, embora não se descarte sua validade argumentativa, pertencem a outra escola hermenêutica e não ao direito civil-constitucional” (SOUZA, 2018, pp. 40-41).

<sup>21</sup> Segundo Pietro Perlingieri, “a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, na dupla asserção de mera interpretação a partir dos princípios constitucionais e de individuação da justificação sob o perfil funcional da normativa ordinária, se por um lado constitui *uma metodologia útil que deve ser utilizada constantemente*, de outro, não aproveita totalmente as potencialidades das normas constitucionais” (PERLINGIERI, 2008, p. 578. Grifou-se). O autor explica que essa eficácia, normalmente dita “indireta”, não deve ser confundida como uma aplicação subsidiária dos princípios constitucionais, já que estes, consistindo em efetivas normas jurídicas, não são um mero instrumento hermenêutico, passando a integrar a própria normativa destinada a regular a concreta relação – e podendo, ainda, ser aplicados independentemente da mediação da norma infraconstitucional (Ibid., pp. 578-580). Em outros termos, a incidência dos princípios é sempre, em certo sentido, *direta*, já que se trata de normas dotadas de um conteúdo substancial que passará a incidir sobre o caso concreto, mesmo quando mediadas pela norma ordinária; não há, porém, qualquer motivo para que, na presença da norma ordinária, não ocorra a sua aplicação à luz das disposições constitucionais (na forma da eficácia dita indireta).

escolha do legislador (e, em particular, do constituinte),<sup>22</sup> adquirindo, portanto, força de lei, em um cenário que corresponde a uma das muitas acepções da locução *pós-positivismo*.<sup>23</sup> Nesse contexto, que não se limita a analisar por um viés funcional e valorativo os interesses juridicamente relevantes, mas efetivamente reconhece a juridicidade dos valores selecionados pelo órgão legislativo (o que se poderia representar por uma progressão da jurisprudência dos interesses para uma jurisprudência dos valores),<sup>24</sup> não é de se estranhar que um julgamento possa ser legitimamente proferido com base diretamente em valores (leia-se, valores juridicamente relevantes), sem que, com isso, tenha o intérprete ultrapassado os limites do dado positivo.

Incumbe ao intérprete, em outros termos, respeitar uma legalidade qualificada – a *legalidade constitucional* –,<sup>25</sup> aqui entendida em sua complexidade de regras e princípios, normas de aberturas as mais variadas possíveis, valores potencialmente antagônicos e assim

---

<sup>22</sup> A respeito, esclarece Carlos Nelson Konder: “parte-se do pressuposto de que o direito é, sim, um sistema, e, portanto, demanda para seu funcionamento coerência e harmonia entre seus diversos elementos, mas o sistema do direito não é fechado, ou axiomático, pautado pela lógica formal e pela neutralidade dos enunciados, como se pretendia sob uma perspectiva hermética e autorreferenciada, de matriz positivista. Trata-se de um sistema aberto, em constante estado de complementação e evolução em razão da provisoriedade do conhecimento científico e, principalmente, da modificabilidade dos próprios valores fundamentais da ordem jurídica [...]. Por conta disso, o sistema permite – *rectius*, exige – a sua constante renovação por meio da introdução de elementos extraídos da realidade social [...]. No entanto, esse processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, o que levaria à implosão do próprio pressuposto de sistematicidade. Necessariamente o processo de abertura deve ser viabilizado pelos próprios elementos do sistema: além do direito positivo, mas por meio do direito positivo” (KONDER, 2015b, pp. 199-200).

<sup>23</sup> Sobre o ponto, leciona Maria Celina Bodin de Moraes: “A reconstrução do Direito a partir de princípios – que representam valores estabelecidos na Constituição – é viabilizada através do que se denominou ‘pós-positivismo’. O termo, pioneiramente apresentado entre nós por Paulo Bonavides, representa uma tentativa de superação do formalismo do positivismo sem o recurso jusnaturalista de se atribuir juridicidade a valores não positivados por meio de deliberação democrática” (Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI, cit., p. 19). Conclui a autora: “Reconhece-se, assim, dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores (morais). Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõem ao intérprete um esforço especial de justificação. Daí o papel essencial que assume, neste modelo, chamado de pós-positivista porque aberto a valores, o ônus da argumentação” (BODIN DE MORAES, 2012). Vale reproduzir, ainda, a mencionada lição de Paulo Bonavides, segundo o qual o momento pós-positivista é justamente aquele em que “as novas Constituições promulgadas [ao final do século XX] acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2004, p. 264).

<sup>24</sup> Como anota Pietro Perlingieri: “A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses – mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de ‘Direito Civil-Constitucional’ –, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das relações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em uma concretização dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência” (PERLINGIERI, 2008, p. 119).

<sup>25</sup> “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” (PERLINGIERI, 2008, p. 174).

por diante. Como se percebe, essa adstrição da atividade interpretativa aos limites do direito positivo apenas não se contradiz com a matriz personalista e solidarista indissociável da metodologia civil-constitucional porque a dignidade humana e seus corolários (inclusive a solidariedade social) foram, à semelhança da experiência italiana, expressamente consagrados pelo constituinte brasileiro e, portanto, tornaram-se conteúdo de efetivas normas jurídicas. O direito civil-constitucional, em outros termos, sem refutar seu conteúdo substancial e reconhecendo seu papel político (inerente, de todo modo, a toda e qualquer outra escolha metodológica pelo intérprete), propõe uma metodologia adequada ao seu tempo: um tempo em que esses valores substanciais essenciais encontram-se consagrados na ordem constitucional. A própria escolha pelo direito civil-constitucional, nesse sentido, como parte do fenômeno jurídico, é dotada de historicidade e relatividade;<sup>26</sup> em uma ordem jurídica hipotética, esclarece Perlingieri, na qual a dignidade humana não fosse o valor central, o problema talvez não fosse passível de solução pela via hermenêutica, mas apenas no campo político e social.<sup>27</sup>

Uma segunda razão para os desvios de concepção frequentes em torno do direito civil-constitucional parece estar na perene necessidade de releitura da norma infraconstitucional à luz das disposições da Constituição, o que, na visão de alguns autores, conduziria a uma falsa impressão de menosprezo à lei ordinária (por vezes, de efetiva negativa de vigência a ela), ou, ainda, à noção de que essa metodologia proporia uma necessária prevalência da eficácia dita “direta” das normas constitucionais. Conforme se esclareceu mais acima, contudo, cuida-se justamente do contrário: a metodologia civil-constitucional destaca a relevância da norma infraconstitucional para a solução do caso concreto e dá preferência, sempre que possível, à eficácia dita “indireta” dos princípios constitucionais. Esse processo, porém, revela-se sempre complexo, dada a própria pluralidade de fontes normativas e tendo em vista ser inexorável a

---

<sup>26</sup> Sobre a historicidade e relatividade dos institutos jurídicos, em perspectiva civil-constitucional, cf. PERLINGIERI, 2008, *passim* (ilustrativamente, p. 56); e, no direito brasileiro, KONDER, 2015a, *passim*.

<sup>27</sup> Segundo o autor: “A história, sobretudo das últimas décadas, ajuda a compreender que quando o poder Legislativo acredita estar acima e além dela própria, chegando a violar os direitos fundamentais da pessoa, uma ordem jurídica legítima termina e inicia uma autoritária, fundada na pura força. Nesta hipótese, o jurista tem diante de si a alternativa: respeitar as normas, ainda que injustas ou moralmente ilícitas [...], fazendo coincidir sua escolha ideológica com a do legislador; ou se recusar a exercer a própria profissão e se empenhar eventualmente em uma atividade de resistência às escolhas ilegítimas do legislador” (PERLINGIERI, 2008, p. 173). Esse cenário mostra-se particularmente concebível em um ordenamento hipotético no qual nenhuma ordem jurídica anterior houvesse elevado a dignidade humana ao *status* de valor central, o que impediria, por exemplo, a referência à vedação ao retrocesso como solução hermenêutica para preservação desse valor.

verificação da compatibilidade da normativa incidente sobre o caso concreto com os valores do sistema como um todo. De fato, como se sabe, a chamada constitucionalização do direito civil compreendeu a transposição dos princípios constitucionais para o centro do ordenamento jurídico, com a sua consequente irradiação para todos os setores do sistema, a incidir inclusive sobre relações privadas. Na perspectiva civil-constitucional, esse processo não apenas levou à releitura de todo o sistema pelo prisma da Constituição (que deve servir de requisito de validade, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista substancial, para a normativa do caso concreto),<sup>28</sup> como também permitiu a restauração da unidade sistemática do ordenamento – outrora garantido pela centralidade do Código Civil, mas posto em xeque com a posterior proliferação de estatutos e leis especiais.<sup>29</sup>

Compreendido como um todo unitário (embora composto por fontes legislativas potencialmente conflituosas), entende-se que o ordenamento exige um tratamento uno também no que tange à sua interpretação e aplicação.<sup>30</sup> A cada momento em que o intérprete se põe diante de um caso concreto, cumpre-lhe aplicar, não esta regra ou tal princípio, mas a ordem jurídica como um todo (o que equivale a afirmar que nenhuma norma pode ter seu sentido apreendido isoladamente sem a consideração global do sistema). Nessa perspectiva, aplicar a norma implica interpretá-la – e a tal ponto que se chega a afirmar que aplicação e interpretação constituiriam um “momento único”.<sup>31</sup> De outra parte, a interpretação torna-se um processo ainda mais complexo por um segundo fator: os elementos do caso concreto, ao contrário do que por muito tempo se sustentou, não permanecem estáticos à espera da incidência da norma – ao contrário, influenciam a compreensão desta última e compõem

---

<sup>28</sup> Processo denominado por parte da doutrina constitucionalista como *filtragem constitucional* (BARROSO, 2009a, p. 363).

<sup>29</sup> Cf. BODIN DE MORAES, 1991, *passim*.

<sup>30</sup> Na síntese de Pietro Perlingieri, “A unidade do ordenamento postula uma metodologia unitária [...]. A pesquisa-interpretação da normativa a aplicar ao caso concreto é uma atividade que envolve sempre o inteiro sistema normativo” (PERLINGIERI, 2010a, p. 322. Tradução livre).

<sup>31</sup> Uma concepção que não se mostra exclusiva dos autores diretamente filiados à escola civil-constitucional. Nesse sentido, por exemplo, aduz Eros Grau: “não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (GRAU, 2005, p. 284).

necessariamente a construção da solução jurídica a que chegará o intérprete.<sup>32</sup> Em outros termos, na perspectiva civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso; só existe um efetivo sistema normativo à luz de cada hipótese fática concreta, com suas peculiaridades e características – noção que se costuma designar como *ordenamento do caso concreto*.<sup>33</sup>

Talvez por esse motivo a metodologia civil-constitucional raras vezes recorra à declaração *tout court* da inconstitucionalidade de normas em abstrato, dando preferência, em vez disso, a outras técnicas, tais como a *interpretação conforme à Constituição* ou a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, instrumentos mais flexíveis e eminentemente hermenêuticos.<sup>34</sup> Mais ainda, ao contrário do que normalmente se admite na doutrina constitucionalista, para o direito civil-constitucional é perfeitamente possível que uma norma plenamente constitucional no plano abstrato possa conduzir, no caso concreto, a um resultado inconstitucional – e, por isso, não possa ser aplicada diante de certas circunstâncias casuísticas.<sup>35</sup> Essa conclusão decorre justamente do reconhecimento da interferência recíproca entre fatos e normas, que evidencia que peculiaridades do caso concreto podem influenciar no alcance e no sentido da norma aplicável – ou, ainda, demandar a não aplicação de certa norma (ainda que ela seja, *a priori*, plenamente válida e constitucional) para que se concretizem certos escopos valorativos do sistema. Justamente por isso, a metodologia civil-constitucional não trata, ordinariamente, da aplicação de uma norma específica, mas afirma aplicar o inteiro ordenamento jurídico ao caso, *individuando a normativa do caso concreto* (isto é, identificando, concretamente, a resultante dessa complexidade de regras e princípios, comandos e valores, que se mostra sistematicamente

---

<sup>32</sup> A relevância de elementos do caso concreto para além da norma positivada é destacada pelos mais diversos juristas. Por todos, cf. Karl Larenz: “A norma, que tem de se simplificar, porque quer abarcar uma série de situações fáticas, apreende em cada situação fática particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descarta todos os outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descuidados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não se quiser (a partir da noção do Direito) tratar o desigual como igual e assim resolver injustamente” (LARENZ, 2012, p. 294).

<sup>33</sup> “O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na vigência do dia a dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos” (PERLINGIERI, 2008, p. 201).

<sup>34</sup> Para um estudo abrangente sobre esses e outros instrumentos aplicáveis ao controle abstrato de constitucionalidade, cf. BARROSO e MELLO, 2019.

<sup>35</sup> Nesse sentido, destaca Rodrigo da Guia Silva a insuficiência da ponderação prévia realizada pelo legislador, constatando que “a afirmação abstrata da legitimidade de uma norma não assegura *ipso facto* a legitimidade dos efeitos que decorreriam da sua aplicação subsuntiva ao caso concreto” (SILVA, 2017, p. 47).

adequada ao caso).<sup>36</sup>

Eis aí uma das maiores dificuldades dos estudos de direito civil-constitucional: propor critérios, abstratamente, para que o intérprete possa legitimamente destacar, diante de futuros casos concretos, os aspectos fáticos relevantes para a individuação da normativa. Nesse intuito, um estudo vinculado à metodologia civil-constitucional raramente proporá critérios *sempre* relevantes ou necessários para o tratamento jurídico de certa matéria: ao contrário, tratará do que *normalmente* acontece, identificando particularidades fáticas que, quando presentes em certo caso concreto, *ordinariamente* demandarão a incidência de determinada norma, a modulação do conteúdo de um comando abstrato ou, ainda, o afastamento de uma disposição normativa, sob pena de, *via de regra*, alcançar-se um resultado inconstitucional. O objetivo haverá sempre de ser o oferecimento, ao intérprete, de parâmetros que o auxiliem na perquirição dos elementos relevantes do caso concreto e na compreensão da interrelação entre tais elementos e o conteúdo da norma – tais critérios, porém, são necessariamente flexíveis, pois eles próprios podem mudar diante a depender do caso em apreciação.<sup>37</sup> O jurista civil-constitucional deve saber colher das fontes doutrinária e jurisprudencial esses parâmetros para, fundamentadamente, explicar por qual motivo considerou relevantes certas particularidades do caso, desconsiderou outras e associou essas escolhas a determinadas consequências jurídicas – ao mesmo tempo em que deve ter igual sensibilidade para afastar, também fundamentadamente, os parâmetros ordinariamente propostos pela doutrina e pela

---

<sup>36</sup> Afirma Pietro Perlingieri: “Individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, ou seja, individuar o ordenamento do caso concreto, é obra do intérprete, que se vale dos princípios e das regras que se encontram na totalidade da experiência e da realidade histórica” (PERLINGIERI, 2008, p. 130). Remata o autor: “O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia a dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade” (Ibid., p. 201).

<sup>37</sup> Nesse sentido, pondera Carlos Nelson Konder a respeito do procedimento de qualificação contratual, em raciocínio aplicável à generalidade do trabalho interpretativo: “a atenção às peculiaridades do caso concreto é exigência de justiça. Levando-se em conta especialmente a abertura própria dos preceitos superiores, a diversidade e riqueza dos elementos que compõem o ordenamento e a complexidade das relações que se estabelecem entre eles, percebe-se que somente diante do caso concreto é possível determinar a normativa que se lhe adéqua, os efeitos jurídicos que lhe são próprios. [...] Isto não significa, contudo, relegar ao juiz a tarefa de, sozinho, construir o sistema. Aqui entra o papel fundamental da doutrina de fornecer parâmetros e critérios que, posto não enrijeçam a liberdade do intérprete, sirvam de base para a construção social e dialógica das respostas do direito mais adequadas aos princípios do sistema. Daí a enorme importância dos estudos dedicados tanto a problemas específicos de qualificação como no que se refere aos métodos e guias a serem adotados de modo geral” (KONDER, 2018, pp. 402-403).

jurisprudência quando certo caso concreto assim justificar.

Evidentemente, na grande maioria dos casos, a normativa aplicável ao caso será idêntica àquela que seria encontrada pelo intérprete que seguisse uma metodologia mais tradicional, a qual apenas aplicasse, subsuntivamente, a norma ao caso.<sup>38</sup> De fato, 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 naquele caso).<sup>39</sup> A verificação da compatibilidade dessa aplicação normativa com os valores do sistema e com os aspectos do caso concreto, porém, deve ocorrer sempre, justamente para se garantir que, em absolutamente todos os casos, seja alcançado um julgamento sistematicamente adequado (vale dizer: seja individuado o ordenamento do caso concreto).

Em outros termos, a aplicação “direta” de normas constitucionais ou o afastamento da incidência de uma norma ordinária válida (ante o risco da produção de um resultado inconstitucional em certo caso concreto) são excepcionais na rotina do jurista civil-constitucional, pelo simples motivo de não haver, ordinariamente, qualquer fundamento

---

<sup>38</sup> Ilustrativamente, como se ponderou, em outra sede, acerca da interpretação civil-constitucional das normas que dispõem sobre a invalidade do negócio jurídico: “Como é intuitivo, o método ora proposto apenas esporadicamente conduzirá a soluções diversas daquelas que se alcançariam pela simples aplicação subsuntiva do abstrato regime legal sobre os negócios jurídicos nulos ou anuláveis. Na perspectiva civil-constitucional, porém, o raciocínio complexo ora apresentado, que leva em conta necessariamente a totalidade dos valores do ordenamento e as características do caso concreto, há de ser seguido em todos os casos, por se reconhecer que, por detrás da suposta neutralidade do método subsuntivo aplicado a casos de aparente clareza interpretativa, esconde-se sempre uma escolha do intérprete, que há de ser fundamentada à luz do sistema. De outra parte, cumpre destacar que apenas a interpretação unitária e sistemática do ordenamento em conjunto com os elementos do caso concreto permite superar o aspecto fragmentário e repleto de supostas exceções da teoria das invalidades negociais (com suas muitas regras excessivamente rígidas e potencialmente contraditórias), e recuperar a sistematicidade da matéria” (SOUZA, 2017, p. 281).

<sup>39</sup> Como leciona Ana Paula de Barcellos, o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “[...] apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva” (BARCELLOS, 2005, pp. 154-155).

systemático para afastar a valoração democraticamente empreendida pelo legislador infraconstitucional ao editar a norma. Por isso mesmo, um estudo civil-constitucional, ao analisar abstratamente certa norma, apenas poderá chegar às mesmas conclusões admitidas pela doutrina em geral: ou constatará que a norma é constitucional (e que, portanto, deve-se respeitar a escolha legislativa), ou avaliará que a norma apresenta certo grau de desconformidade com a Constituição (seja a inconstitucionalidade plena, seja a necessidade de interpretação conforme ou outro tipo de modulação do seu conteúdo). O diferencial da metodologia civil-constitucional restringe-se, nesse particular, à diuturna necessidade de verificação da compatibilidade sistêmica da norma que se pretende aplicar à luz de cada caso concreto.

Nessa mesma linha, e pelos mesmos motivos, a escola direito civil-constitucional tem criticado fortemente a doutrina dos chamados microssistemas.<sup>40</sup> Afirma-se que tal doutrina põe em risco o aspecto sistemático da ordem jurídica, ao transformar os chamados estatutos e demais leis extravagantes em uma espécie de “reduto” de proteção desmesurada dos grupos sociais a que se referem, sem qualquer consideração ao conjunto dos valores constitucionais – que deveriam fundamentar, contextualizar e, em uma interpretação sistemática, balizar essa tutela especial.<sup>41</sup> Desse modo, não se poderia falar em uma principiologia própria dos estatutos, autônoma em relação ao restante do ordenamento, pois cada norma apenas se

---

<sup>40</sup> Nas palavras de Natalino Irti, um dos principais expoentes da tese dos microssistemas na doutrina italiana: “Mas com frequência – já se advertiu – a lei, nascida como excepcional e provisória, protraí-se no tempo e conquista uma insuspeita estabilidade. Em torno dela se dispõem outras leis, que completam a sua disciplina e que introduzem, à sua volta, derrogações e exceções: delinea-se assim um microssistema, um pequeno mundo de normas, do qual o intérprete pode agora extrair princípios gerais e descobrir uma lógica autônoma” (IRTI, 1979, p. 21. Tradução livre). Em perspectiva crítica, argumenta a doutrina civil-constitucional: “Não há normas que não pressupõem o sistema e que ao mesmo tempo não concorrem para formá-lo; não há normas que não sejam inteligíveis no seu efetivo alcance se não forem inseridas, como partes integrantes, em uma totalidade formal (sistema legislativo) e substancial (sistema social). Este resultado postula a superação da exegese considerada exclusivamente como busca e individualização do significado literal do texto. Fora de discussão é a igual dignidade das leis e do código; a sua diversa relevância é dada pelos conteúdos e pelos valores que exprimem, pelo grau de idoneidade, quer da norma regular, quer da norma excepcional, a atuar os princípios fundamentais. Ao contrário, justamente porque as leis especiais, por definição, não são mais concretizadoras dos princípios codicísticos, mas, sim, daqueles constitucionais, elas não podem ter lógicas de setor autônomas ou independentes das lógicas globais do quadro constitucional; elas também devem ser sempre concebidas e conhecidas obrigatoriamente no âmbito do sistema unitariamente considerado” (PERLINGIERI, 2008, pp. 628-629).

<sup>41</sup> Defende Gustavo Tepedino que o conjunto de disposições do CDC “vai sendo mais e mais associado não à qualificação do consumidor como um *status*, um privilégio, uma espécie de salvo-conduto para o exercício de atividades econômicas, mas à preocupação constitucional com a redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania, perspectiva que não poderia deixar de compreender, segundo a vontade normativa do constituinte, todas as relações consideradas de direito privado” (TEPEDINO, 2008, p. 246).

justifica no âmbito da axiologia unitária do sistema. Se às crianças e adolescentes, por exemplo, deve-se aplicar uma regra do Estatuto respectivo, isto ocorre porque o ordenamento determina que a pessoa humana tenha sua dignidade tutelada conforme sua vulnerabilidade específica no caso concreto – e porque as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, nesse particular, revelam-se mais sensíveis e adequada a tais peculiaridades concretas que as regras gerais do Código Civil.

No caso do direito do consumidor, tem-se difundido amplamente a expressão “diálogo das fontes”, difundida no direito germânico pelo jurista Erik Jayme,<sup>42</sup> para se fazer alusão a uma aplicação do CDC integrada às demais normas do sistema, e não isolada ou de forma incoerente ou antinômica em relação ao restante do ordenamento.<sup>43</sup> Embora, à primeira vista, semelhante concepção pareça negar o pensamento microsystemático, na medida em que sugere a aplicação dos estatutos com referência a todo o sistema jurídico, a perspectiva do diálogo das fontes conduz aos mesmos resultados da doutrina dos microsystemas.<sup>44</sup> Com efeito, como a escola civil-constitucional considera o ordenamento uma unidade tanto em sua interpretação quanto em sua aplicação,<sup>45</sup> em momento algum admite que o sistema jurídico seja decomposto em duas ou mais partes, pois entende que as aparentes antinomias entre normas no interior do sistema não precisam ser explicadas em abstrato, equacionando-se justamente à luz do caso concreto. A doutrina do diálogo das fontes, ao contrário, como sugere a própria expressão, embora considere as diversas fontes normativas que poderiam incidir sobre cada caso concreto, considera-as individualmente, e não como um todo unitário (bastaria argumentar, a esse propósito, que, para que se possa cogitar de um “diálogo”, é

---

<sup>42</sup> Ilustrativamente, cf. JAYME, 1996, p. 259.

<sup>43</sup> Segundo Claudia Lima Marques, o diálogo das fontes “é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2009, p. 89).

<sup>44</sup> De fato, o enquadramento do CDC no conceito de microsystema é um pressuposto da doutrina brasileira do diálogo das fontes: Claudia Lima Marques analisa o CDC como “um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente”, motivo pelo qual emprega “a expressão de Natalino Irti, microsystema, para o descrever” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2009, cit., p. 47).

<sup>45</sup> Cite-se, ainda uma vez, Pietro Perlingieri: “A complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento do caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2009, pp. 200-201).

preciso haver dois interlocutores: um emissor e um receptor). Porque o Código Civil “dialogaria” com o CDC é que seria possível extrair de cada diploma algumas regras aplicáveis à relação de consumo.<sup>46</sup> Trata-se de pensamento indutivo, por meio do qual o intérprete poderia buscar em cada lei as regras preferidas (e se afirma, de modo geral, que tais regras devem ser sempre aquelas que oferecerem maior benefício ou proteção ao consumidor).<sup>47</sup>

À luz da metodologia civil-constitucional, que parece oferecer resultados mais consentâneos com a lógica do ordenamento, o raciocínio do intérprete-julgador deveria percorrer o caminho inverso, tomando a via dedutiva: é justamente *porque* a Constituição determina que a pessoa humana deva ser sempre protegida à luz de suas vulnerabilidades concretas (nem mais, nem menos do que tais vulnerabilidades exigirem) que o legislador ordinário previu um estatuto específico, com normas que compreendeu perfeitamente adequadas às peculiaridades de certo grupo social – no caso, o consumidor.<sup>48</sup> Pode acontecer que, no caso concreto, certo sujeito se mostre menos vulnerável do que o padrão previsto pelo legislador – e, nesse caso, talvez nem mesmo deva ser considerado consumidor, exigindo-se qualificação diversa e a atração de regime jurídico diferenciado – sempre, porém, à luz dos mesmos valores. Por outro lado, se restar de fato caracterizada a relação de consumo, não há sentido em se determinar, abstratamente, o procedimento de buscar normas mais favoráveis em leis de natureza geral para as questões disciplinadas pelo CDC, pois, ao menos em princípio, este já propôs a disciplina mais adequada à especial vulnerabilidade do

---

<sup>46</sup> No entendimento de Claudia Lima Marques: “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2009, pp. 89-90).

<sup>47</sup> Sustentando a aplicação do diálogo das fontes, afirma Leonardo Roscoe Bessa: “O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em razão de corte horizontal nas mais diversas relações jurídicas, é significativo exemplo da exigência atual de convivência com diversos outros diplomas. A par da necessária utilização de base conceitual do Código Civil, o art. 7º, *caput*, do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade do CDC estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas, aplicadas e, invariavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões” (BESSA, 2007, p. 90).

<sup>48</sup> Pietro PERLINGIERI critica de forma contundente tal concepção: “Não se pode duvidar que a relação entre mercado e instituições represente o problema central da modernidade. É necessário, porém, a consciência de que o protagonista dessa relação é e permanece, o homem, como pessoa e não reduzido a consumidor ou a produtor” (PERLINGIERI, 2008, p. 129).

consumidor.<sup>49</sup>

Sem dúvida, tendo-se em conta que a proteção ao consumidor constitui princípio constitucional, e que se deve interpretar a lei ordinária à luz da Constituição (e não o contrário), caso alguma opção legislativa no diploma consumerista destoasse da adequada proteção exigida pela Lei Maior ao consumidor, abrir-se-iam duas opções ao intérprete: aplicar o CDC de modo consentâneo com a tutela pretendida pelo constituinte para as relações de consumo, ou, caso isso não fosse possível, simplesmente considerar inconstitucional esse hipotético dispositivo, aplicando diretamente o princípio de proteção ao consumidor à relação em concreto.<sup>50</sup> De fato, se a disciplina do CDC não servisse ao propósito constitucional, simplesmente não haveria regra especial a aplicar, apenas então cabendo ao julgador buscar outra norma, mais geral, a aplicar – sempre observando a incidência, direta ou indireta, dos princípios constitucionais.

### 3 A RELEVÂNCIA DA SUBSUNÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Os pressupostos acima desenvolvidos põem em xeque o clássico brocardo segundo o qual *in claris non fit interpretatio*<sup>51</sup> e propõem um novo adágio: *in claris semper fit interpretatio* – ou, talvez fosse mais adequado dizer, nenhum caso jamais será, de fato, “claro”. Justamente porque o caso concreto não permite conduzir imediatamente a uma norma abstrata que o discipline (mas, ao contrário, é a consideração da integralidade do ordenamento que autoriza concluir por tal ou qual normativa aplicável), e porque o próprio ordenamento somente se considera completo após sua fusão aos elementos do caso concreto

---

<sup>49</sup> Conforme ressalta Gustavo Tepedino: “a proteção do consumidor representa a tutela da pessoa em especial situação de vulnerabilidade, não se cuidando de sujeitos privilegiados por opção aleatória do legislador. Em última análise, não se pode considerar a proteção do consumidor como sistema fragmentado, que se oponha ao Código Civil e que autorize a seleção de normas esparsas por todo o ordenamento para ampliar sua tutela ainda que em dissonância com o conjunto de normas do Código de Defesa do Consumidor” (TEPEDINO, 2011, p. 88)

<sup>50</sup> Conforme leciona Pietro Perlingieri, “o que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e socioeconômicas” (PERLINGIERI, 2008, p. 590).

<sup>51</sup> Máxima, aliás, originalmente dirigida apenas à interpretação de testamentos (para os quais sua lógica literal mostra-se mais adequada) e depois degenerada em regra geral de hermenêutica (MAXIMILIANO, 1980, pp. 33-34).

(igualmente relevantes para a identificação dessa normativa), nenhuma hipótese de aplicação do direito dispensa o processo interpretativo. O encaixe entre as *fattispecie* abstrata e concreta nunca é, em uma palavra, automático, como sugeria a dogmática tradicional – na verdade, ambas constituem aspectos de uma única realidade.<sup>52</sup>

Nesse cenário, afirma a metodologia civil-constitucional a insuficiência da subsunção como método interpretativo (e, por via de consequência, como forma de fundamentação das decisões judiciais). Em sua formulação mais clássica, o mecanismo subsuntivo implicava o encaixe mecânico entre uma premissa maior (a norma) e outra menor (o fato), na estrutura de um silogismo. Se é certo que tal concepção, nos seus moldes mais rígidos, apenas prevaleceu pelo exíguo período histórico em que sobreviveu a dita escola da exegese,<sup>53</sup> fato é que a subsunção, ainda que temperada por mecanismos menos literais<sup>54</sup> aos quais a doutrina precisou recorrer (como as interpretações histórica, sistemática e teleológica), não logrou impedir que o hermeneuta continuasse a buscar uma identificação automática da norma aplicável ao caso concreto, desconsiderando na prática a unidade lógica e valorativa da ordem jurídica. Após essa identificação, qualquer esforço para o enquadramento sistemático da norma escolhida apenas servia a adaptar sua literalidade ao caso concreto, i.e., a justificar a escolha feita previamente.<sup>55</sup>

O inconveniente na tradição hermenêutica em torno da subsunção consiste em permitir ao intérprete ocultar-se por trás de determinado enunciado normativo, encontrando

---

<sup>52</sup> Conforme observa Pietro Perlingieri, com base em Habermas, a factualidade e a normatividade “compõem problemáticamente o objeto da interpretação” (PERLINGIERI, 2010a, p. 333).

<sup>53</sup> E esta já teria sido superada, ao final do século XIX, pela escola científica de autores como Raymond Saleilles e François Géný, conforme anota Henri De Page, que registra ter sido a exegese “um parêntese” na história do desenvolvimento das ideias jurídicas e alude mesmo à “*nécrose de l'exegese*” (DE PAGE, 1948, p. 12).

<sup>54</sup> Karl Larenz, ao analisar o método subsuntivo na evolução da ciência jurídica, destaca a insuficiência do critério literal: “A problemática do procedimento silogístico referido reside principalmente, como desde há muito se reconheceu, na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. No que respeita à premissa maior, não se pode, decerto, admitir que possa ser retirada simplesmente do texto da lei. Ao invés, toda a lei carece de interpretação e nem toda proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei” (LARENZ, 2012, p. 383).

<sup>55</sup> Um bom exemplo do raciocínio subsuntivo, ainda que superada a lógica exclusivamente literal com a qual por vezes é caracterizado, pode ser encontrado em Karl Engisch, que, após explicar o mecanismo da subsunção, indaga o que fazer quando a premissa menor não pode ser enunciada, quer porque não é possível verificar quais são os fatos relevantes, quer porque os fatos não se deixam subsumir à premissa maior: “é necessário que se retirem da lei novas premissas maiores, com as quais se haverão de combinar as correspondentes premissas menores, a fim de fundamentar a sentença sob a forma de uma conclusão” (ENGISCH, 2001, pp. 94-100).

nele uma fundamentação definitiva e inquestionável para a sua decisão.<sup>56</sup> Ao conseguir localizar uma norma que “claramente” se dirigisse ao caso em julgamento, bastava-lhe usar essa norma como fundamento para a decisão. Em outros termos, todo o esforço hermenêutico se voltava, na prática, para justificar a escolha da normativa, e não propriamente para demonstrar as consequências jurídicas dela extraídas. A aparente neutralidade do mecanismo silogístico permitia ocultar ou mesmo negar a existência de pré-compreensões<sup>57</sup> e escolhas políticas do intérprete – tudo isso sob a justificativa de uma suposta “clareza”, diante da qual não seria necessário, alegadamente, interpretar.<sup>58</sup> Mais ainda, nos casos em que simplesmente não fosse possível localizar uma norma “claramente” aplicável, a atividade do intérprete deixava de ser a de perquirir a normativa aplicável (interpretar) e passava a ser a de efetivamente criar uma “máxima de decisão” capaz de solucionar a controvérsia concreta.<sup>59</sup>

Com efeito, já se observou que o raciocínio subsuntivo, talvez o mais conhecido aspecto do positivismo formalista, abrigava uma ampla margem de discricionariedade do intérprete, na medida em que, no interior da “moldura normativa” aludida por Kelsen, caberia

---

<sup>56</sup> A elucidar o papel ilusório do recurso à subsunção, aduz Larenz: “O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado, como subsunção, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento” (LARENZ, 2012, p. 645).

<sup>57</sup> Pré-compreensões estas que não devem (nem poderiam) ser extirpadas da interpretação, mas integradas a ela de modo consciente: “Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, [deve estar] disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. [...] Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade” (GADAMER, 1999, p. 405).

<sup>58</sup> Aduz Maria Celina Bodin de Moraes: “ultrapassado o positivismo jurídico, o sistema tem agora potencialidade para se tornar muito mais racional e coeso (*rectius*, previsível), porque a ambiguidade intrínseca aos dispositivos normativos tende a diminuir ou desaparecer se, ao interpretar a regra, o juiz é capaz de motivar sua aplicação mediante a explicitação do princípio jurídico que serve a justificá-la naquele caso concreto” (BODIN DE MORAES, 2010b, p. iv).

<sup>59</sup> Assim, por exemplo, Emilio Betti, célebre defensor de uma hermenêutica objetivista e deontológica (por oposição a correntes, por assim dizer, mais subjetivistas e de índole fenomenológica, como a interpretação sustentada por Gadamer, de matriz heideggeriana), chegava a reconhecer que “as enunciações das normas jurídicas não são simples juízos de caráter cognoscitivo, mas são instrumentos de ação; elas representam as soluções que são dadas a um problema de convivência: foram, assim, justamente qualificadas [...] como instrumentos da vida social. E, se são instrumentos, elas devem evidentemente prestar-se também a operações de adaptação, dado que não são fins em si mesmas, mas devem servir à vida social” (BETTI, 1991, p. 536. Tradução livre). A essa lógica, responde Gadamer: “Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. [...] O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação” (GADAMER, 1999, p. 487).

qualquer preenchimento que aprouvesse ao juiz.<sup>60</sup> Todos os significados comportados pela norma eram justificados pela simples existência dela: a legitimidade democrática do legislador salvaguardava qualquer sentido que coubesse no texto positivo. O reconhecimento do papel das escolhas pessoais do hermenêuta afasta o escudo do raciocínio silogístico e redimensiona a tão propalada necessidade de fundamentação das decisões à luz dos valores e da lógica do ordenamento.<sup>61</sup> Afirmar que o limite da interpretação reside no dever de fundamentação à luz da legalidade constitucional significa, sem dúvida, ampliar a moldura normativa – que deixa de se prender ao texto da norma e passa a remeter à axiologia de todo o sistema –, mas também permite lançar o foco da discussão sobre o aspecto discricionário (mas não arbitrário) que sempre existiu na decisão, oculto pela suposta neutralidade silogística.<sup>62</sup>

Evidentemente, não se pode supor que o intérprete, em seu primeiro contato com o caso concreto, não reconheça, ainda que involuntariamente, a proximidade da espécie fática em exame com alguma norma jurídica. Diante de um contrato em que uma das partes se obriga a entregar certa coisa e a outra a pagar preço correspondente, seria humanamente improvável que o intérprete se furtasse a pensar no tipo normativo da compra-e-venda.<sup>63</sup> A metodologia aqui proposta simplesmente postula que não se pode conferir qualquer relevância jurídica a essa primeira identificação (de moldes silogísticos), uma vez que em

---

<sup>60</sup> Lênio Streck reputa a principal característica do positivismo “a discricionariedade, que ocorre a partir da ‘delegação’ em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não abarcados pela regra)” (STRECK, 2009, p. 69).

<sup>61</sup> Previsto pela própria Constituição em seu art. 93, IX, o dever de fundamentação consubstancia-se no grande elemento de legitimação da sentença, sobretudo diante de uma sociedade multifacetada e infensa à previsão geral e abstrata proporcionada pela técnica regulamentar, o que tem conduzido a uma cada vez maior atuação criativa do intérprete – não raro fazendo escolhas de ordem política, naquilo que se costuma denominar “ativismo judicial”. A respeito, cf. BARROSO, 2009b, que define esse fenômeno como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais” (p. 35).

<sup>62</sup> Aduz Maria Celina Bodin de Moraes que a subsunção “traduz uma segurança ilusória e uma neutralidade falsa, por trás das quais apenas se mascaram as escolhas políticas existentes no processo. [...] 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, 2013, pp. 27-28).

<sup>63</sup> Com efeito, sabe-se na psicologia que os estímulos são processados pela mente humana de forma a se extrair deles uma impressão imediata o mais coerente possível, de modo automático e com mínimo esforço cognitivo. Em geral, a mente aceita essa primeira impressão como verdadeira com pouca ou nenhuma modificação; apenas diante de casos difíceis exige-se um esforço mental mais intenso para a identificação do estímulo (e, mesmo assim, é possível treinar a mente para identificá-lo de modo automático). A respeito, v. KAHNEMAN, 2011, *passim* e, especialmente, pp. 24 e ss.

nenhuma hipótese se admite que a interpretação esgote-se nela;<sup>64</sup> ao contrário, é necessário que o julgador (re)conheça suas pré-compreensões, justamente para impedir que seu convencimento se forme apenas com base nelas.<sup>65</sup> O entendimento que o magistrado adquire sobre o caso concreto forma-se no processo que a filosofia denomina *círculo hermenêutico*, um movimento dialético constante que faz com que ele se reporte do fato à norma e da norma ao fato, até alcançar a solução.<sup>66</sup>

Em outras palavras, como a aparente combinação entre o fato e a norma jamais pode servir de justificativa a uma decisão – considerando-se que a clareza normativa deve ser considerada sempre um *posterius* no processo interpretativo<sup>67</sup> –, exige-se do hermeneuta que reconheça a necessidade de interpretação e que, reportando-se à legalidade constitucional, explicito o raciocínio que o conduziu à sua decisão, fundamentando-a.<sup>68</sup> É também nesse sentido que se pode afirmar que interpretação e aplicação constituem um “momento único”: não se trata, por evidente, de um instante cronológico único – como se fosse possível esperar que a solução jurídica decorrente da integralidade do ordenamento se materializasse diante dos olhos do intérprete em um átimo de segundo –, mas sim do reconhecimento de que fato e norma se influenciam mutuamente e, por isso, nenhum momento do processo decisório

---

<sup>64</sup> Destaca Carlos Nelson Konder a complexidade da qualificação dos contratos, que não pode ser segmentada “em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do intérprete constrói-se em um constante ir-e-vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos” (KONDER, 2018, p. 370).

<sup>65</sup> Gadamer ressalta o “caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão” e alerta: “são os preconceitos não percebidos os que, com o seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição” (GADAMER, 1999, p. 406).

<sup>66</sup> O conceito de círculo hermenêutico, baseado no pensamento heideggeriano, é aludido por Michele Taruffo, que o considera o método inevitável de aplicação do Direito, mesmo quando se afirma tratar-se de subsunção: “o que se usa chamar de *sussunzione* do fato [à] norma, ou correspondência entre fato e norma, é somente o resultado final de um particular círculo hermenêutico que liga, dialeticamente, o fato e a norma até chegar a uma correspondência entre o fato, juridicamente qualificado e a norma interpretada como referência ao caso, no qual ela é concretamente aplicada” (TARUFFO, 2001, p. 435).

<sup>67</sup> PERLINGIERI, 2008, p. 616.

<sup>68</sup> Conforme anota Gadamer, o fato de o próprio juiz estar jungido à ordem jurídica torna insustentável o recurso à subsunção: “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei*, em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei [...]. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição determinante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção” (GADAMER, 1999, pp. 489-490).

deixa de consistir em uma interpretação.<sup>69</sup> O raciocínio subsuntivo segue lógica oposta, propondo que a interpretação seria necessária apenas para a identificação da premissa maior, mas que a aplicação desta à premissa menor representaria um mecanismo lógico neutro – a dispensar, por isso, fundamentação, que estaria suprida pela norma positivada.

A insuficiência da subsunção como mecanismo de fundamentação das decisões judiciais, como se percebe, traduz, no campo da atividade jurisdicional, a própria insuficiência da análise exclusivamente estrutural do direito (vinculada a um controle excepcional, dito externo, da autonomia privada), a qual, com a progressiva constitucionalização do direito privado, ante a natureza das normas constitucionais (eminentemente veiculadoras de valores), foi aos poucos precedida<sup>70</sup> pela perspectiva funcional (atenta aos interesses envolvidos nesses mesmos institutos e aos valores que o constituinte e, em sua esteira, o legislador ordinário começavam a aportar para o interior do sistema). Incumbe à doutrina civil-constitucional, portanto, cada vez menos procurar uma grande categoria em que se possa encaixar, sem maior reflexão, a *fattispecie* concreta, e cada vez mais desenvolver instrumentos que possam conferir um tratamento jurídico flexível e adequado a cada caso concreto, de acordo com as suas características únicas, analisadas à luz dos valores do sistema.<sup>71</sup>

Logicamente, como se afirmou acima, o raciocínio subsuntivo integra, inevitavelmente, a atividade hermenêutica; é útil, embora sempre insuficiente. Do mesmo modo, pode-se afirmar que a técnica legislativa regulamentar não deve (e nem poderia) ser substituída pela técnica das cláusulas gerais, em um primado absoluto das disposições normativas de textura mais aberta: as duas técnicas concorrem para uma aplicação ideal da ordem jurídica, embora não se ignore que os valores, normalmente veiculados por normas de conteúdo mais fluido, devam prevalecer no raciocínio do intérprete. No campo doutrinário, por outro lado, que conta com muito mais liberdade do que o trabalho legiferante, convém ao intérprete civil-constitucional evitar a tendência de multiplicar classificações e categorias

---

<sup>69</sup> Ao binômio interpretação-aplicação poder-se-ia adicionar um terceiro termo, o da *qualificação*. De fato, é a noção de qualificação que permite a aproximação entre fato e norma, e também este aspecto, na perspectiva civil-constitucional, não pode ser separado em um momento estanque (PERLINGIERI, 2008, pp. 320-321).

<sup>70</sup> A análise funcional, registre-se, não exclui a estrutural, ponto de partida natural (e inevitável) do raciocínio do intérprete. Assim já se teve oportunidade de afirmar, por exemplo, a respeito do papel contemporâneo do raciocínio subsuntivo (cf. SOUZA, 2014, item 2). A função, porém, pode condicionar a estrutura, gozando, assim, não de exclusividade, mas de prioridade valorativa. A respeito, cf. PERLINGIERI, 2008, p. 642.

<sup>71</sup> Uma necessidade que se mostra ainda mais clara em inovadoras relações jurídicas surgidas nos últimos anos, como se observou, por exemplo, a propósito dos contratos pertencentes à chamada economia do compartilhamento (cf. SOUZA e RODRIGUES, 2020).

abstratas, em um verdadeiro convite ao julgador para que se atenha à argumentação subsuntiva.

Especialmente nocivas, nesse sentido, têm sido as iniciativas doutrinárias que, ao tratarem da tutela jurídica de pessoas vulneráveis, criaram “graus” de vulnerabilidade, mais ou menos cumuláveis, conforme a pessoa ostente um ou mais atributos normalmente associados a partes mais frágeis na relação jurídica. Nessa lógica indesejável, por exemplo, o consumidor *per se* seria menos vulnerável do que o consumidor idoso, este último seria menos vulnerável do que o consumidor idoso com deficiência e assim por diante. Alude-se até mesmo à expressão “hipervulnerável” para designar tal graduação.<sup>72</sup> Esse tipo de lógica deve ser evitado porque, em vez de contribuir para o aperfeiçoamento dos instrumentos de tutela das pessoas vulneráveis à luz de suas necessidades concretas, apenas proporciona um tratamento genérico, que não dista das limitações ínsitas ao próprio tratamento normativo, consistente em “categorias tipificadas e abstratas [...] sempre carentes de verificação de sua utilidade para a decisão mais congruente”.<sup>73</sup>

Ideal, assim, ao menos no campo doutrinário, é o desenvolvimento de estudos que correlacionem vulnerabilidades específicas que podem ocorrer em cada caso concreto com consequências jurídicas ordinariamente associáveis a elas, tais como a atração ou o afastamento de certos regimes jurídicos ou de certos instrumentos de tutela – sem a criação ou a complexificação de novas classificações para além daquelas já adotadas pelo legislador. Em uma palavra, o trabalho doutrinário deve buscar oferecer ao julgador critérios flexíveis que aperfeiçoem a aplicação das categorias normativas à luz do caso concreto, e não oferecer a ele simplesmente novas categorias igualmente abstratas.<sup>74</sup> No caso específico da tutela das vulnerabilidades humanas, essa orientação ainda decorre de um postulado substancial da metodologia civil-constitucional: sendo universal o valor da dignidade humana, nenhuma pessoa deve ser retratada como merecedora de uma tutela jurídica supostamente “superior” ou “mais importante” em relação às outras, em uma reedição da lógica microssistemática –

---

<sup>72</sup> Como exemplo do uso da expressão, cf. SCHMITT, 2014, p. 219, segundo o qual “a hipervulnerabilidade resulta da soma da vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor com a fragilidade que atinge alguns determinados indivíduos”.

<sup>73</sup> PERLINGIERI, 2008, p. 82.

<sup>74</sup> Comunica-se com essa ponderação a lição de Perlingieri, para quem cabe ao jurista “se ocupar da ciência da legislação, analisando e elaborando uma teoria da estrutura das argumentações legislativas, assumindo problemas de técnica, não apenas com o objetivo de contribuir para melhorar o texto da lei, mas também para aprofundar o funcionamento da lei como sistema de comunicação” (PERLINGIERI, 2008, p. 234).

ao contrário, todas as pessoas demandam uma tutela simplesmente adequada às suas respectivas posições em cada relação jurídica, para que todas possam existir em condições igualmente dignas.<sup>75</sup>

#### 4 COMPLEXIDADE, PONDERAÇÃO E MERECIMENTO DE TUTELA: A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

A exposição anterior parece conduzir à seguinte perplexidade: se a subsunção não se reputa mais uma forma legítima de fundamentação das decisões, que metodologia se deve aplicar à interpretação-aplicação do direito? A doutrina constitucionalista tem difundido, nos últimos anos, uma possível resposta: afirma-se usualmente que, nos casos em que não se pode aplicar a subsunção, deve-se proceder à técnica da ponderação.<sup>76</sup> O termo não corresponde a um conceito unitário, mas, na formulação mais difundida no Brasil, a ponderação consiste na técnica adequada à solução de conflitos concretos em que princípios de mesma hierarquia entram em rota de colisão, indicando soluções antagônicas para o mesmo caso concreto.<sup>77</sup> Em tais hipóteses, afirma-se ser preciso ponderar os princípios em questão, para que se torne possível identificar qual deles deve prevalecer e qual deve ceder espaço para o outro; não se trata da supressão de nenhum dos dois princípios na solução do caso concreto, mas sim da preferência a um em face do outro, apenas na medida em que são incompatíveis.

Pressuposto imediato para essa técnica consiste na distinção, geralmente atribuída aos estudos de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, entre regras e princípios. Afirma-se das primeiras que consistem em enunciados normativos de textura menos aberta, aplicados

---

<sup>75</sup> A esse respeito, ponderam Carlos Nelson Konder e Cíntia Muniz de Souza Konder: “parece que a generalização do conceito de vulnerabilidade e a construção do conceito de hipervulnerabilidade poderiam ser evitados se observada com mais rigor outra premissa metodológica fundamental, qual seja, a unidade do ordenamento jurídico. [...] Dessa forma, o legislador federal, ao cumprir o comando constitucional de promover a defesa do consumidor, partiu da posição contratual de inferioridade das pessoas que integram ou venham a integrar uma relação de consumo na condição de destinatários finais. Esta qualificação, todavia, não afasta nem reduz a importância da proteção mais ampla do sujeito como pessoa humana, imposta pela normativa constitucional, em especial pelo princípio da dignidade humana. Assim, mais importante do que a criação de novas categorias de tutela, é reconhecer a necessidade de *in concreto*, verificar a forma mais adequada e ponderada de realização do preceito constitucional” (KONDER e KONDER, 2020, p. 99).

<sup>76</sup> Ou balanceamento, como é conhecida na língua inglesa (*balancing*) e italiana (*bilanciamento*).

<sup>77</sup> Por todos, cf. BARROSO, 2009a, pp. 333-334; e, ainda, BARCELLOS, 2005, pp. 31-33, que afirma ser a ponderação uma “alternativa à subsunção”.

segundo um princípio de “tudo ou nada” (quando uma regra prevalece para certo caso concreto, outra, antagônica a ela, deve ser necessariamente afastada), sendo por isso denominadas por Alexy “mandados definitivos”.<sup>78</sup> Os princípios, por sua vez, ditos “mandados de otimização”, aplicar-se-iam de modo diverso, permitindo a ponderação que um princípio prevalecesse sobre outro que lhe fosse antagônico sem a necessidade de eliminar nenhum deles.<sup>79</sup> Um princípio, assim, pode ceder espaço ao outro que lhe seja contrário, mas ambos incidem, em maior ou menor grau, sobre a *fattispecie* concreta.<sup>80</sup> Por força dessa distinção, convencionou-se afirmar que a ponderação seria a técnica de solução adequada aos chamados *hard cases*<sup>81</sup> (casos que apenas poderiam ser solucionados pela aplicação de princípios, potencialmente colidentes). A todos os demais casos, ditos “simples”, seria possível chegar a uma solução por meio da subsunção.

É justamente esse cabimento restrito da técnica da ponderação que se mostra dissonante da metodologia acima exposta de interpretação-aplicação do direito. Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento, complexo em suas fontes, deve ser sempre compreendido de modo unitário e aplicado como um todo coerente ao caso concreto, necessariamente compreender-se-á que todos os casos exigem a harmonização dos muitos valores, princípios e regras potencialmente conflituosos do sistema. Afirmar a unidade e a coerência de um ordenamento complexo implica um esforço diuturno (e não meramente esporádico) de compatibilização das normas que o compõem. Assim, pode-se afirmar que, para a metodologia civil-constitucional, todos os casos são, na acepção dos autores constitucionalistas, casos difíceis.<sup>82</sup> Com efeito, a solução do caso não é obtida exclusivamente pela aplicação de uma regra ou de um princípio, mas pela construção do

---

<sup>78</sup> ALEXY, 2010, p. 47.

<sup>79</sup> Em interessante metáfora, afirma Luís Roberto Barroso: “A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética” (BARROSO, 2009a, p. 334).

<sup>80</sup> A doutrina especializada registra que a decisão oriunda da ponderação deve respeitar o núcleo dos direitos fundamentais envolvidos (suas prerrogativas essenciais), embora persista controvérsia quanto à existência *a priori* de um núcleo duro e intangível ou a flexibilidade desse núcleo, definido apenas após ponderação em concreto (BARCELLOS, 2005, pp. 139-146).

<sup>81</sup> A respeito, cf. DWORKIN, 1978, pp. 81 e ss.

<sup>82</sup> E mesmo na filosofia jurídica a noção de casos fáceis é reputada artificial. Aduz, a respeito, Lênio Streck: “casos fáceis [...] são aqueles que demandam respostas corretas que não são discutidas; casos difíceis são aqueles nos quais é possível propor mais de uma resposta correta ‘que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo’. Mas pergunto: como definir ‘as margens permitidas pelo direito positivo’? Como isso é feito? A resposta que a teoria da argumentação jurídica parece dar é: partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse, primeiro, interpretar e, depois, aplicar...” (STRECK, 2009, p. 70).

ordenamento do caso concreto. Perde o sentido, assim, a dicotomia entre casos fáceis solucionáveis por regras que se subsumem e casos difíceis solucionados por princípios que se ponderam. No mínimo, seria necessário dizer que é preciso ponderar princípios sempre, uma vez que todo ordenamento do caso concreto é composto por princípios potencialmente colidentes. Portanto, “ponderação”, i.e., compatibilização de princípios, traduz um procedimento presente em qualquer hipótese de interpretação-aplicação do direito.<sup>83</sup>

De outra parte, a noção acima enunciada de ordenamento do caso concreto correlaciona-se com a expectativa de que a ordem jurídica, ao final do processo hermenêutico, seja capaz de fornecer uma *única solução adequada* ao caso.<sup>84</sup> A crença na possibilidade de mais de uma solução decorria, para muitos autores positivistas, do simples reconhecimento da complexidade do sistema<sup>85</sup> – e é justamente por força dessa complexidade que se tem afirmado contemporaneamente que aplicar o direito corresponde a interpretá-lo. Sob a ótica da subsunção, na qual a aplicação do direito acontecia em momento posterior à interpretação e dispensaria fundamentação, era possível cogitar de mais de uma solução extraível da norma e à escolha do julgador; quando se compreende que o ordenamento se interpreta de modo unitário, a solução mais adequada surge ao final do processo hermenêutico; só se pode identificar, assim, qual é a resposta “certa” no exato momento de sua aplicação, porque esta não acontece em separado da interpretação.

Nessa perspectiva, aliás, resta claro que a técnica da ponderação como mecanismo de solução de casos em que dois princípios indicam soluções antagônicas corresponde, no conceito da doutrina constitucionalista, *mutatis mutandis*, a uma espécie de subsunção qualificada: tratar-se-ia de um procedimento para harmonizar a complexidade do ordenamento (em casos não solucionáveis pelo mecanismo do “tudo-ou-nada”) após o qual

---

<sup>83</sup> A discussão doutrinária sobre a possibilidade de se ponderarem regras parece, nessa perspectiva, um falso problema. Leciona, por exemplo, Humberto Ávila: “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto” (ÁVILA, 2005, p. 50).

<sup>84</sup> A crença em uma única resposta certa apenas se torna possível em uma hermenêutica unificada pelos valores constitucionais: “é a partir da hermenêutica filosófica que se falará da possibilidade de respostas corretas ou, se assim for almejado, de respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição (portanto, sempre será possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada [...])” (STRECK, 2009, p. 69). O positivismo, por outro lado, vinculava-se à possibilidade de múltiplas respostas (o.l.u.c.).

<sup>85</sup> Ilustrativamente, Larenz associava o termo “ponderação” à impossibilidade de se obter uma resposta única por subsunção: “Que se recorra pois a uma ponderação de bens no caso concreto é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela” (LARENZ, 2012, pp. 575-576).

seria possível aplicar ao caso concreto o equilíbrio encontrado entre os princípios originalmente colidentes como se fosse uma premissa maior – lógica que não dista do raciocínio silogístico.<sup>86</sup> Em outras palavras, a ponderação funcionaria como uma forma mais complexa de se encontrar a premissa maior, exigida por determinados casos, ditos difíceis. Tal postura hermenêutica não traduz, como se vê, uma superação da subsunção, padecendo das mesmas críticas que o direito civil-constitucional dirige a esta última.

As considerações anteriores não implicam, cumpre ressaltar, que a ponderação não ocorra na metodologia civil-constitucional, mas, ao contrário, que ela ocorre, a rigor, o tempo todo.<sup>87</sup> Não são, em outros termos, excepcionais ou especiais as hipóteses em que é necessário compatibilizar princípios – o intérprete o faz o tempo todo.<sup>88</sup> Reconhecida essa ressalva, toda a técnica relacionada ao balanceamento revela-se de grande utilidade ao hermeneuta.<sup>89</sup> Tampouco significa que a metodologia civil-constitucional não conheça, por analogia à teoria da ponderação, casos mais difíceis (no sentido de ensejarem um tipo ainda mais árduo de fundamentação a ser realizada pelo intérprete). Simplesmente a dificuldade nunca consistirá na impossibilidade de resolução de determinado caso por subsunção (uma impossibilidade permanente), mas em características de outra ordem. Como se afirmou anteriormente, o dever de fundamentação das decisões se torna cada vez mais relevante no direito contemporâneo, justamente porque nestes casos, abertos à escolha do juiz, os limites impostos pela *legalidade constitucional* ao julgador mostram-se imprescindíveis. Vale, assim, tecer algumas considerações sobre o conceito contemporâneo de legalidade no direito civil.

---

<sup>86</sup> A convertibilidade da ponderação de princípios em uma subsunção é reconhecida, dentre outros, por José Juan Moreso, que considera a racionalidade substantiva “um pressuposto necessário” à justificação das decisões (MORESO, 2002, p. 33).

<sup>87</sup> O que se poderia afirmar, aliás, de toda metodologia de interpretação, como ressalta Giorgio Pino: “é possível afirmar que uma tal lógica de balanceamento esteja subjacente a qualquer atividade interpretativa, posto que toda técnica interpretativa pressupõe uma reconstrução [...] ou uma proposta de individuação de uma possível *ratio legis*” (PINO, 2008, p. 100. Tradução livre).

<sup>88</sup> O reconhecimento da força normativa dos princípios, neste ponto, talvez tenha apresentado à hermenêutica constitucional um problema semelhante àquele que o direito civil há muito enfrenta com os conflitos entre regras contemporâneas que apresentem igual hierarquia e especialidade. Nesses conflitos, já observava Norberto BOBBIO, “poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade” (BOBBIO, 1995, p. 100). Em tais casos, “aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade” (p. 102). Essa solução, que o direito constitucional tem alcançado com a ponderação, parece, na verdade, mais simples em matéria de princípios, justamente porque sua textura aberta facilita sua compatibilização.

<sup>89</sup> Afirma Pietro Perlingieri que, em um sistema “caracterizado axiologicamente, a interpretação e a consequente qualificação não podem mais prescindir dos normais instrumentos de integração, de adequação e de balanceamento” (PERLINGIERI, 2010a, p. 321. Tradução livre).

Como é sabido, o ambiente revolucionário especialmente favorável ao advento do Código Civil francês em 1804 identificava na codificação a possibilidade de criar um espaço de atividade comercial privada infensa às intervenções estatais. A aspiração de reunir toda a disciplina das relações civis em um único corpo normativo, para além de sua base filosófica iluminista, buscava isolar as atividades privadas em um setor específico (consolidando a *summa divisio* entre direito público e privado, que perduraria de forma inflexível por mais de um século), de modo a demarcar um âmbito de autonomia individual tão amplo quanto possível, sobre o qual o Estado liberal não deveria intervir, salvo em momentos patológicos. Da maior relevância para a consolidação deste cenário foi a concepção que se convencionou denominar *princípio da legalidade*. De um lado, a garantia de uma legalidade oponível ao Estado contribuía para restringir seu espectro de atuação ao que determinara a vontade majoritária da classe que gozava de participação política à época – justamente, o homem burguês, contratante e proprietário, ao qual se dirigia o próprio Código Civil como sujeito de direitos.<sup>90</sup> Delineava-se, nesta lógica, aquela consequência das revoluções liberais que resultaria, na célebre síntese de John Adams, em um governo de leis, e não de homens.<sup>91</sup> Por outro lado, o desenvolvimento da noção de legalidade contribuiu para o fortalecimento da distinção entre direito público e privado, na medida em que se atribuíram ao princípio conteúdos distintos conforme se tratasse de relações entre particulares ou relações com a participação do Estado.

A legalidade no direito civil constituía, assim, a afirmação de uma liberdade apresentada na forma de controle. Afirmar que a atividade particular encontrava limites apenas na ilicitude (vale dizer, na contrariedade à expressa disposição legal) implicava afirmar, por via de consequência, que nenhum outro limite além da própria lei se aplicava a ela. A segunda metade do século XIX e o começo do século XX trariam, porém, uma significativa mudança a este panorama. O reconhecimento (pioneiramente feito pelos tribunais franceses) de que certas condutas estruturalmente lícitas contrariavam, na locução de Louis Josserand, o *espírito do direito* no momento de seu exercício, permitiu a construção

---

<sup>90</sup> Segundo leciona Stefano Rodotà, “por uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi apenas o burguês homem, maior de idade, alfabetizado, proprietário” (RODOTÀ, 2007, p. 15. Tradução livre).

<sup>91</sup> No original, “a government of laws not men”. A frase, publicada na obra *Novanglus (or A History of the Dispute with America from its Origin, in 1754, to the Present Time)* em 1775, seria inserida posteriormente na Constituição de Massachussets de 1779, da qual Adams foi o principal redator.

da figura do abuso do direito e criou uma nova instância de controle valorativo das atividades privadas.<sup>92</sup> A concepção de abuso seria, assim, possivelmente, a maior responsável por inaugurar no direito civil uma nova forma de análise das prerrogativas individuais, não mais estática e estrutural como aquela pressuposta pela licitude, mas dinâmica (aplicada ao momento do exercício da situação subjetiva) e funcional. Se a autonomia privada continua sendo um princípio basilar do direito civil, seu controle negativo (repressivo) apenas se justifica com a demonstração de que certo ato de autonomia causou uma afronta ao ordenamento.<sup>93</sup>

Nesse cenário, tão ínsito ao próprio raciocínio do civilista é esse controle valorativo da autonomia privada que não causa qualquer surpresa o uso frequente da expressão “merecimento de tutela” para traduzir esse tipo de julgamento. Afirma-se, com frequência, que certa pretensão é merecedora de tutela quando se deseja indicar sua compatibilidade com o sistema e, assim, concluir que os efeitos jurídicos pretendidos merecem ser albergados pelo ordenamento.<sup>94</sup> Em sentido lato, de fato, a noção de merecimento de tutela representa justamente o reconhecimento de que a eficácia de certa conduta particular é compatível com o sistema e, por isso, deve ser protegida; trata-se, como se vê, de uma consequência necessária da constatação de que certo ato é lícito do ponto de vista estático ou estrutural e, em perspectiva dinâmica ou funcional, não é abusivo (não constitui o exercício disfuncional de uma situação jurídica).<sup>95</sup>

Existiria, porém, um sentido estrito para a expressão *merecimento de tutela*, independente das noções de licitude e não abusividade? Onde se poderia buscar esse sentido? O legislador brasileiro não faz uso da locução. De fato, a principal referência que se tem dela repousa no Código Civil italiano – diploma que, por seu turno, exerceu enorme influência

---

<sup>92</sup> Cf. JOSSERAND, 1927.

<sup>93</sup> Contemporaneamente, poder-se-ia dizer, simplesmente, uma afronta à legalidade constitucional.

<sup>94</sup> Alude-se difusamente a direitos “merecedores de tutela legal” ou a pretensões “merecedoras de tutela judicial”. Vejam-se alguns usos da expressão em fragmentos de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: “ausente a presença do consumidor, não se há falar em relação merecedora de tutela legal especial [...]” (2ª S., CC 46747/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julg. 8.3.2006); “embora seja uma abstração enquanto entidade jurídica [...] a empresa merece tutela jurídica própria” (2ª T., REsp. 594.927, Rel. Min. Franciulli Neto, julg. 4.2.2004). “A antevisão de possíveis atentados aos direitos de outrem é sempre merecedora de tutela jurisdicional [...]” (5ª T., HC 24.817, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 10.12.2002); “Contrato de parceria rural [...] não tem por objeto, aliás, direito indígena, merecedor de tutela através da Justiça Federal” (2ª S., CC 3585, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, julg. 10.3.1993).

<sup>95</sup> A respeito, seja consentido remeter a SOUZA, 2012, pp. 66 e ss.

sobre a codificação brasileira de 2002 –, no âmbito da disciplina dos contratos atípicos: “*Art. 1.322. ‘Autonomia contrattuale’. [...] Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*”.<sup>96</sup> Não à toa, a menção ao merecimento de tutela se encontra no dispositivo atinente a uma das manifestações mais simbólicas da autonomia privada: o poder criativo que têm as partes de celebrarem contratos não previstos em lei.

O dispositivo do *Codice* busca subordinar a possibilidade da celebração de contratos atípicos no ordenamento italiano à demonstração de que tais contratos se prestam à realização de interesses mercedores de tutela. Afirma-se, nesse sentido, que os tipos contratuais previstos em lei já teriam sido aprovados em uma valoração prévia do legislador, ao passo que, se a causa contratual não corresponder à previsão típica, esta valoração ainda teria de ser feita, para que se pudessem tutelar os efeitos negociais.<sup>97</sup> A doutrina italiana, no entanto, costuma atribuir usos mais diversificados à expressão. Ilustrativamente, Pietro Perlingieri afirma: “Para receber um juízo positivo o ato deve ser também merecedor de tutela”; e conclui: “não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional”.<sup>98</sup>

Os já mencionados juízos de licitude e não abusividade constituíram, por muito tempo, o conteúdo da noção de legalidade (entendida como o limite imposto pelo Direito para o exercício de prerrogativas particulares). Estas duas instâncias valorativas construíram um sistema de controle predominantemente negativo, compatível com a lógica tradicional que sempre visualizou no direito uma função repressiva e prescritiva de condutas. A evolução do pensamento jurídico exigiria, porém, uma nova mudança nesse sistema, para acomodar o que

---

<sup>96</sup> Em tradução livre: “Art. 1.322. Autonomia contratual. [...] As partes podem ainda concluir contratos que não pertencem aos tipos detentores de uma disciplina particular, desde que estejam dirigidas a realizar interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”.

<sup>97</sup> Sobre o ponto, permita-se a remissão a SOUZA, 2019, p. 21.

<sup>98</sup> PERLINGIERI, 2008, p. 650. Remata o autor: “Se o ordenamento italiano se colocasse como objetivo apenas a tutela das situações adquiridas e das liberdades e os limites a tais liberdades fossem considerados exceção, então as liberdades deveriam prevalecer de qualquer forma, como expressões de um princípio-valor. [...] O ato negocial é válido não tanto porque desejado, mas se, e apenas se, destinado a realizar, segundo um ordenamento fundado no personalismo e no solidarismo, um interesse merecedor de tutela” (Ibid., pp. 370-371).

se passou a denominar *função promocional do direito*.<sup>99</sup> De fato, com a afirmação dos direitos sociais e a superação do Estado liberal clássico, passou-se a compreender que o direito também poderia funcionar como um veículo de promoção de valores socialmente relevantes, incentivando e, muitas vezes, postando-se à frente de importantes mudanças sociais em direção aos valores do ordenamento. Nesse contexto, não basta mais que certo ato se apresente conforme ao Direito, sendo igualmente necessário que se revele *merecedor de tutela* – o que equivale a dizer que as situações jurídicas subjetivas não se encontram mais limitadas apenas por critérios negativos (repressivos) de controle, mas são valoradas positivamente pelos princípios do ordenamento (em uma perspectiva promocional). Não à toa, afirma-se contemporaneamente que o conceito atual de legalidade no direito privado consiste no merecimento de tutela. Sustenta Perlingieri: “*Per l’atto di autonomia negoziale, il controllo di legalità assume i contorni di un diversificato controllo di meritevolezza che abbia conto particolarmente della sua precipua funzione e del suo oggetto*”.<sup>100</sup>

Que sentido se poderia atribuir a esse significado contemporâneo de legalidade? O próprio autor sinaliza, no trecho citado, que a noção de legalidade passa a levar em conta também o aspecto funcional, para além da perspectiva simplesmente estrutural que era associada à noção de “conformidade à lei”. O desenvolvimento da teoria do abuso do direito, porém, já havia realizado esta evolução, ao demonstrar que é vedado pelo ordenamento o exercício disfuncional de situações jurídicas subjetivas, ainda quando em conformidade com uma estrutura legalmente válida. A atual definição da legalidade como merecimento de tutela, portanto, sugere uma nova evolução conceitual, que vá além da vedação ao ilícito e ao abuso. Essa evolução parece ser justamente aquela que acrescentou à função repressiva do direito uma função promocional. Em outras palavras, afirmar que a legalidade corresponde, hoje, ao merecimento de tutela indica que não se preveem apenas limites à autonomia privada na forma de vedações, mas também preferências conferidas aos atos de autonomia que promovam especialmente valores juridicamente relevantes – eis aí o *mérito*, maior que a simples *conformidade* (estrutural e funcional) ao sistema, que pode apresentar o

---

<sup>99</sup> A expressão foi consagrada por Norberto Bobbio: “Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover” (BOBBIO, 2007, p. 13).

<sup>100</sup> PERLINGIERI, 2010b, p. 187.

exercício privado.<sup>101</sup>

De fato, pode acontecer que dois atos particulares sejam indubitavelmente lícitos e não abusivos, mas, ainda assim, encontrem-se, no caso concreto, em rota de colisão, de tal modo que o exercício de um não se compatibilize com o de outro. É justamente neste ponto, quando já se verificou que não há ilicitude nem abuso de nenhuma das partes, e ainda assim um novo juízo valorativo precisa incidir sobre tais atos (de modo a solucionar a controvérsia concreta, decidindo-se qual deles irá prevalecer), que se revela especialmente útil o juízo de merecimento de tutela. Trata-se de verdadeiros *hard cases*, nos quais a decisão buscará proteger primordialmente o ato que se reputar mais promovedor dos valores do ordenamento, e apenas por via transversa negará tutela jurídica ao outro ato, apenas na medida em que for inevitável que ambos convivam. Esse sentido estrito para a expressão “merecimento de tutela”, que não é unívoco nem mesmo entre os autores do direito civil-constitucional (muitos dos quais costumam empregar a locução em acepção lata, para descrever qualquer tipo de juízo funcional), foi objeto de ulterior desenvolvimento em outra sede<sup>102</sup> e não comportaria maior detalhamento no presente estudo. Contudo, a análise profundamente funcional ora descrita, composta a um só tempo dos escopos repressivo e promocional do Direito, e sua equiparação ao conteúdo contemporâneo da noção de legalidade constituem, sem dúvida, uma das marcas do pensamento civil-constitucional.

## 5 SÍNTESE CONCLUSIVA

A adesão, ainda quando parcial, de intérpretes de diferentes orientações a algumas das premissas do direito civil-constitucional, assim como a convivência dessa escola de pensamento com correntes hermenêuticas as mais diversas, consistem em circunstâncias absolutamente salutares e indispensáveis ao aprimoramento da própria metodologia. É da lição de Pietro Perlingieri que se extrai, aliás, a relevância do diálogo com critérios

---

<sup>101</sup> Com efeito, a própria semântica da expressão “merecimento de tutela” permite inferir que não se trata do simples não descumprimento da lei; um ato *merecedor* de tutela deve trazer um significado adicional, um mérito a mais, promovendo ativamente valores em vez de apenas não violá-los. Segundo o Dicionário Houaiss, “merecimento” significa, dentre outros sentidos, “aquilo que empresta valor a algo; aquilo que há de bom, vantajoso, admirável ou recomendável” em algo. Entre o antigo conceito de legalidade e o atual merecimento de tutela há, assim, uma distância semelhante àquela entre o correto e o recomendável.

<sup>102</sup> A propósito, permita-se a remissão a SOUZA, 2014, *passim*.

interpretativos oferecidos por outras escolas hermenêuticas, desde o dogmatismo até o pragmatismo, desde a análise sociológica até a análise econômica – todas são capazes de oferecerem subsídios úteis, mesmo ao intérprete mais convicto da corrente civil-constitucional. Esclarece o autor que essencial, nesse particular, é a consciência do intérprete acerca da complexidade de seu ofício e da natureza essencialmente política da escolha do método a seguir, a ser situado na historicidade e relatividade do contexto social em que se encontra inserido.<sup>103</sup>

Ao jurista, contudo, que afirme filiar-se ao direito civil-constitucional não basta a autodeclaração – sob pena de se perpetuarem ainda mais as muitas incompreensões hoje difundidas acerca da metodologia, em grave prejuízo ao diálogo, sempre indispensável, entre as diversas escolas de pensamento. Um estudo efetivamente comprometido com as premissas civil-constitucionais terá sempre consciência da complexidade do sistema de fontes normativas, a qual compreenderá como equacionável apenas à luz do caso concreto e a partir do prisma axiológico oferecido pela Constituição. Seguirá, assim, uma abordagem (não exclusivamente, mas sempre precipuamente) funcional, que não proponha soluções definitivas em abstrato, mas, ao contrário, valorize as peculiaridades do caso concreto e a interferência recíproca que elas mantêm com o dado normativo. Compreenderá, ainda, a subsunção apenas como um momento possível do processo hermenêutico, sempre insuficiente para fundamentar qualquer procedimento de interpretação do direito civil – que, dado seu viés eminentemente aplicativo, somente se completa na individuação da normativa do caso concreto, cuja compatibilidade com a lógica e a axiologia do sistema deve sempre colocar à prova, em todos os casos, ante a inexistência de uma clareza *a priori* do conteúdo de qualquer norma.

Ainda quando conduza aos mesmos resultados práticos que seriam obtidos por metodologias mais tradicionais, fundadas na simples subsunção e na análise estrutural do direito (o que ocorrerá com frequência, já que, ordinariamente, o juízo valorativo abstrato

---

<sup>103</sup> “O que essencialmente se exige de um jurista é a coerência com o método adotado. O confronto depois, sobre qual seja o método mais adequado para abordar o assunto, é um discurso aberto sobre o qual ninguém possui, em um certo sentido, a verdade” (PERLINGIERI, 2008, p. 88). Remata o autor: “Não existe para o jurista uma fórmula obrigatória de pensar: quem cria tem um método mesmo que não tenha consciência disso. A reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta. É nesse sentido que a ciência e a metodologia se envolvem reciprocamente” (Ibid., p. 124).

empreendido pelo legislador ao editar a norma conduz a resultados sistematicamente coerentes no momento aplicativo), esse procedimento, ao exigir o diuturno exame de compatibilidade lógica e axiológica da normativa aplicável, é o único capaz de garantir o cumprimento permanente do projeto constitucional, de restaurar a unidade do sistema mesmo em um cenário no qual concorram fontes potencialmente antagônicas, e de permitir uma efetiva aplicação da integralidade do ordenamento ao caso concreto. Em qualquer caso, estará o intérprete adstrito aos limites da legalidade constitucional, aplicará os valores inseridos no âmago do sistema jurídico por escolha do próprio legislador e jamais deixará de atentar à norma positiva, ainda quando precise afastar sua incidência, seja por verificar sua incompatibilidade total ou parcial com a Constituição já no plano abstrato (inconstitucionalidade, interpretação conforme, declaração sem redução de texto etc.), seja, ainda, por verificar que a norma, conquanto válida, poderia conduzir a um resultado inconstitucional diante do caso concreto. E, ao efetuar a filtragem constitucional da norma ordinária, poderá aplicar diretamente as disposições da Constituição ao caso, quando não for possível a eficácia dita “indireta” (a rigor, ainda e sempre aplicação da norma constitucional).

Em todas as hipóteses, uma abordagem civil-constitucional observará seu ônus argumentativo, e mais ainda quando estiver em causa a não aplicação de uma norma que, do ponto de vista abstrato, seria vocacionada a regular o caso. Para esse fim, poderá lançar mão dos critérios desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, embora consciente de que mesmo tais parâmetros são flexíveis e sofrem influência dos elementos fáticos concretamente observados. Considerará sempre a complexidade do sistema, ponderando os valores e interesses em jogo, sem ocultar-se por detrás da lógica microssistemática ou da alegação de uma falsa segurança jurídica proporcionada pela subsunção. E, quando decidir com base em um princípio constitucional (em lugar de uma norma ordinária), não o fará porque tenha preferido invocar, de forma vazia, determinado valor e ignorar as escolhas efetuadas pelo legislador para a matéria, mas sim porque levou em consideração o teor da norma positiva e muito mais: aplicou ao caso o inteiro sistema jurídico em sua complexidade, levando em conta regras e princípios, valores e interesses potencialmente contraditórios, até individualizar a normativa sistematicamente adequada ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. New York: Oxford University Press, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Seleções jurídicas*, n. 5/2009b.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Ajuris*, n. 146. Porto Alegre: jun./2019.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BETTI, Emilio. Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva. In: CRIFÒ, G. (a cura di). *Diritto, metodo, ermeneutica: scritti scelti*. Milano: Giuffrè, 1991 [1959].

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. I. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1991.

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*, vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, jul.-set./2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010a.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.  
DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, vol. I. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fins*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung*. Tübingen: Mohr, 1959.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*, vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1979.

JAYME, Erik. *Recueil des cours: collected courses of the Hague Academy of International Law*, t. 251. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1996.

JOSSERAND, Louis. *De L'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking – Fast and Slow*. New York: Farrar, Stratus and Giroux, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015a.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 60, n. 1. Curitiba: UFPR, jan.-abr./2015b.

KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19. Fortaleza: jul.-dez./2016.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 4, n. 1, 2018.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. O conceito de hipervulnerabilidade é necessário para o Direito? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.  
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MORESO, José Juan. Confliti tra princìpi costituzionali. *Diritto & questioni pubbliche*, n. 2, ago/2002.

PERLINGIERI, Pietro. Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica. *Rivista di Diritto Civile*, a. LVI, n.1. Padova: CEDAM, jan-fev/2010a.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Napoli: ESI, 2006 [1. ed. 1983].

PERLINGIERI, Pietro. Il diritto di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010b.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 [1. ed. 1997].

PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. 3. ed. Napoli: ESI, 1996 [1. ed. 1975].

PINO, Giorgio. *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*. Torino: G. Giappichelli,

2008.

RODOTÀ, Stefano. Antropologia dell' *homo dignus*. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. *Rivista di diritto commerciale*, vol. LXV, 1967.

RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle cláusulas gerais. *Rivista Critica di Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 1987.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a 'inconstitucionalidade no caso concreto'. *Revista de Direito Privado*, vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; RODRIGUES, Cássio Monteiro. Tutela da vulnerabilidade

contratual nas relações de economia do compartilhamento. *Pensar*, vol. 25, n. 3. Fortaleza: UNIFOR, jul.-set./2020.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 1, n. 1, jan.-jun./2009.

TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. *Revista da EMASPE*, vol. 6, n. 14. Recife: jul-dez/2001.

TEPEDINO, Gustavo. A aplicabilidade do Código Civil nas relações de consumo: diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*, t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 7. Rio de Janeiro: Padma, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.