

## **O novo e o velho direito civil**

Nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004 realizou-se a III Jornada de Direito Civil, organizada, mais uma vez, pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília. Mais de 150 profissionais e professores de direito civil de todo o Brasil reuniram-se no Superior Tribunal de Justiça com o escopo de definir enunciados interpretativos para o Código Civil de 2002.

O encontro revelou-se uma privilegiada oportunidade para a percepção da pluralidade de pensamentos e tendências que retratam a diversidade cultural da sociedade brasileira. Advogados, magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos, professores e estudiosos expuseram seus pontos de vista e democraticamente discutiram posições quanto a melhor interpretação para as controvérsias e contradições suscitadas pela leitura do texto codificado. Os enunciados produzidos foram divulgados no site do Conselho da Justiça Federal e contribuem de maneira decisiva para o aperfeiçoamento dos modelos normativos codificados.

Para além de tal circunstância que, só por si, valeria a viagem a Brasília, outro aspecto, não menos relevante, aflorou nos trabalhos da III Jornada e nas conferências que a ladearam: o delineamento de duas correntes bastante definidas no panorama do direito civil brasileiro atual. De um lado situam-se os estudiosos que, filiados embora a matizes diversos, superaram efetivamente a herança dogmática do século XIX, convencidos de que as relações privadas não mais se circunscrevem em uma redoma teórica abstrata e neutra, mas, ao contrário, mostram-se redefinidas axiologicamente pela ordem pública constitucional, cuja aplicação direta e imediata permite a constante abertura do sistema com a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais.

De outro lado situam-se os nostálgicos da concepção do código civil como estatuto orgânico das relações patrimoniais; os fautores da idéia de que o verdadeiro direito civil é o codificado, dogmaticamente imutável no tempo e no espaço, fundado em concepções invulneráveis, do ponto de vista estrutural e funcional, ao influxo das normas constitucionais.

Para tal corrente, a dogmática do direito civil encontra-se sujeita tão somente a uma natural evolução histórica, delineada espontaneamente pela valoração subjetiva do

intérprete, ao longo do tempo. Dois argumentos teóricos têm sido insistentemente oferecidos em apoio a tal pensamento. Em primeiro lugar, afirma-se que *valor não tem força normativa*; é expressão subjetiva e interna do intérprete, fugaz e mutante, portanto, sujeito à permanente evolução e, em consequência, incapaz de alterar o quadro de fontes normativas – circunscrito que é ao momento de aplicação do direito. Segundo tal raciocínio, poder-se-ia perfeitamente alcançar satisfatórios resultados evolutivos – em favor das relações existenciais e da dignidade da pessoa humana, por exemplo – no âmbito do próprio Código, sem necessidade de se recorrer à Constituição, bastando uma simples (desde que atenta) leitura evolutiva, atribuída ao intérprete, do texto codificado, no momento de sua aplicação.

Em segundo lugar, advoga-se que a relação entre Constituição e Código Civil é bilateral. Nesta esteira, seria hora de se resgatar tal bilateralidade na afirmação de uma espécie de *civilização do direito constitucional*, ressaltando-se, com isso, a enorme contribuição da dogmática do direito civil aos instrumentos de atuação do direito público. Tal objeção seria corroborada tanto pela presença de novos institutos de controle e de gestão do direito administrativo, que se abeberam de categorias do direito civil, quanto por uma circunstância prática. O intérprete – afirma-se –, ao cogitar de qualquer um dos institutos de direito civil inseridos na Constituição, acaba por compreender os respectivos preceitos – i.é, função social do contrato e da propriedade, valor social da atividade econômica, igualdade das entidades familiares etc. –, a partir do conhecimento previamente haurido da dogmática codificada. Assim sendo, acabaria o intérprete por explicar os princípios constitucionais a partir da velha e boa dogmática extraída do Código Civil.

Tais argumentos servem a demonstrar uma má-compreensão da *função hermenêutica dos valores normativos*, conceito que não se confunde com a *valoração subjetiva atribuída ao magistrado* na solução do caso concreto. A tábua de valores do ordenamento revela opção política democraticamente construída e, por isso mesmo, apta a vincular imperativamente o intérprete. A este não é dado optar por valorações refratárias às opções políticas incorporadas ao sistema pelos princípios constitucionais.

O legislador, especialmente o constituinte, pondera previamente e define escolhas de toda a sociedade. Tais escolhas estabelecem prioridades e modelos normativos que circunscrevem o âmbito de liberdade individual na aplicação da norma. Se assim não fosse,

o mercado e a práxis fariam tábua rasa de qualquer intervenção legislativa, permitindo a *acomodação* do sistema com fulcro numa valoração individual do juiz na solução das controvérsias.

Percebe-se, assim, a gravidade das objeções acima apresentadas, que acabam por neutralizar o impacto da axiologia constitucional no sistema jurídico, conferindo ao intérprete o poder de construir o direito vivo sem uma prévia e imperativa definição dos valores de atuação. O sistema há de ser aberto quanto ao influxo de modelos culturais mutantes, mas jamais flexível quanto aos valores de fundo da ordem pública constitucional.

Torna-se ocioso, ou apenas retórico, por conseguinte, falar-se em civilização do direito civil ou de bilateralidade das influências do sistema jurídico. A recíproca interferência dos elementos normativos revela-se evidente, caso se pretenda com isso significar a circulação de modelos, categorias e instrumentos de normatização. Se, ao contrário, pretender significar a prevalência da opção normativa do codificador ou do intérprete sobre as definições axiológicas constitucionais, traduz intolerável subversão da hierarquia do ordenamento. Não é dado ao legislador, e muito menos ao intérprete, adaptar o ditado constitucional ao seu alvedrio, conferindo significado pessoal às definições do constituinte, em favor de uma sua própria pré-compreensão do sistema. Em uma palavra, o Código Civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.

Daí a imprescindibilidade da utilização direta e imediata das normas constitucionais nas relações jurídicas privadas, sobretudo quando proliferam cláusulas gerais e conceitos indeterminados, próprios da atual técnica legislativa. Do ponto de vista subjetivo, a norma constitucional fixa os limites de atuação valorativa do intérprete. Do ponto de vista objetivo, reformula os modelos normativos infraconstitucionais utilizados pelo intérprete, construindo-os segundo a axiológica constitucional. Somente esta compreensão é capaz de evitar um flagrante e perigoso déficit de democracia na atividade interpretativa.

G.T.