

---

# DIREITO CIVIL

## ESTADO DA ARTE NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA\*

*Paulo Luiz Netto Lobo\*\**

Antes, uma palavra de regozijo por mais esse encontro. Somos todos frutos dos programas de Pós-Graduação no Brasil, da pesquisa e investigação que ultrapassam o autodidatismo que sempre esteve presente na elaboração doutrinária do Direito Civil no Brasil, até quando aqueles se instauraram no Brasil, como resultado de luta tenaz das universidades, especialmente as universidades públicas, na década de 1970. Aos poucos, esses programas foram se instalando e se desenvolvendo, criando uma massa crítica fantástica, produzindo ciência de qualidade, superando o que criticamente se diz “ciência de repetição” e produzindo saber novo, rente à realidade, trazendo o Direito Civil a um nível de reconhecimento e respeitabilidade merecidos. Acima de tudo, fazendo um Direito Civil com qualidade, orientado para o reencontro com sua vocação histórica, que é de ser o direito de cada pessoa humana, de ser o direito de todo povo e não apenas de uma parcela da população.

Portanto, eu só posso louvar esse esforço e esperar que continuem as gerações que estão vindo de estudiosos do Direito Civil nessa direção. Para que possamos ter um Direito Civil levado a sério e com recusa clara à superficialidade e ao saber fugaz, que também no nosso meio, infelizmente, às vezes, ocorre. Portanto, vamos

---

\* Palestra de abertura do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil. Desgravada pelos professores Danilo Mergulhão, Karina Franco e Patrícia Rocha.

\*\* Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor emérito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Líder do grupo de pesquisa “Constitucionalização das relações privadas” (CNPq/UFPE). Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

persistir nesse caminho de intercâmbio dos estudos do Direito Civil naquilo que nos toca e especialmente naqueles pontos em comum dos nossos trabalhos de pesquisa.

Esta exposição centraliza-se em dois pontos essenciais:

Primeiro: O protagonismo da Doutrina e da Jurisprudência no Direito Civil brasileiro;

Segundo: A recuperação da importância do Estado Social para o Direito Civil contemporâneo.

Vamos então ao primeiro ponto.

Não devemos olvidar os fundamentos do nosso sistema jurídico. E o nosso sistema jurídico é o romano-germânico. Nele destaca-se o papel insubstituível da Doutrina. Como nós sabemos, historicamente, no sistema romano-germânico, a Doutrina, não obstante não figurar como fonte formal do Direito, sempre foi concebida como fonte material e a que lhe deu unidade como sistema. O direito luso-brasileiro é tributário desse enorme sistema romano-germânico, cujas vicissitudes perpassam mais de dois milênios e meio.

Antes de falecer, num escrito muito interessante, o ex-ministro Teori Zavaski alertava-nos – que é uma preocupação também minha, pois sempre a tenho levantado, quando posso – do risco (que ele chamava de perigo) de certo desvio ou descaminho do Direito Civil Brasileiro para o sistema do *common law*, que é outro grande sistema do Direito. Mas não é o nosso, dadas suas distinções histórico-culturais, de fontes e de estrutura jurídica.

Comparado ao sistema romano-germânico, o sistema de *common law* é um sistema rudimentar em termos de organização temática e de estrutura. Não é pela circunstância da hegemonia econômica dos países centrais desse sistema que devemos nos deixar atrair ou seduzir. Infelizmente, em várias áreas isso está acontecendo.

Uma das poucas áreas da cultura em que o modo de ser, de ver o mundo norteamericano não tinha ainda nos influenciado era, exatamente, a do Direito, mas ultimamente, percebe-se que no caso do Direito Civil, esse risco – eu diria – tem ocorrido e é extremamente perigoso para o desenvolvimento da nossa disciplina.

Não podemos deixar de ter presente que são dois direitos privados distintos, com diálogos complicados. Veja a dificuldade que a União Europeia teve até hoje para tentar desenvolver e levar adiante códigos comuns na área do direito privado. Nem mesmo um código de direito contratual conseguiu êxito, em grande medida por conta da resistência do Reino Unido, que não queria abrir mão de sua tradição jurídica distinta dos direitos europeus continentais. Agora com o *Brexit* essa

distinção se tornará ainda mais evidente, e talvez os europeus continentais consigam levar adiante aquilo que seria o mais importante no direito contratual, ou seja, um código dos princípios do direito contratual, tais como formulados pela Comissão Lando, patrocinada pela União Europeia, mas que não conseguiu ir adiante, nem tem força normativa como se esperaria. Note-se que essa é a área do direito que é a que mais exige de regulação para o trânsito das pessoas e coisas em uma comunidade de nações, impressionando a imensa dificuldade para se chegar a normas comuns.

Outro tema importante para aqui discutirmos é o papel da Jurisprudência no direito civil e o da força determinante que ela ostenta no sistema do *common law*, máxime o precedente, diferentemente do sistema romano-germânico. O nosso Código de Processo Civil de 2015 adotou um modelo forte de precedente. Tenho muita preocupação com relação a isso. O precedente no sistema do *common law* resulta de uma longa tradição, por conta, justamente, da precariedade da estrutura legal nesse sistema, o que leva a atribuir ao precedente a força normativa equivalente à Lei. Resulta quase uma imposição legal do precedente, uma compulsoriedade, o que é estranho à tradição do sistema romano-germânico. É a crítica que faço dessa valorização do precedente, que tem sido salientada pelos processualistas como uma das mais importantes novidades do novo Código de Processo Civil.

A interlocução no nosso sistema jurídico, da Jurisprudência e da Doutrina, especialmente no que concerne ao Direito Civil, é importante, é necessária, desde que não perca a dimensão crítica; que seja feita com reflexão crítica, como se pretende neste encontro dos grupos de pesquisas. Não é pura e simplesmente um comentário de decisões judiciais, mas o contributo doutrinário, efetivo, crítico às decisões judiciais que envolvem e repercutem na sociedade e nas relações jurídicas em geral.

O que não podemos permitir é que a Doutrina fique a reboque da Jurisprudência, porque há aí o risco da subalternização e de prejuízo para a ciência.

Há um efeito indireto positivo dessa interlocução entre a Doutrina e a Jurisprudência no campo do Direito Civil. Vejo como uma revalorização da pesquisa empírica, que sempre foi muito negligenciada em nosso meio. Em boa parte, mercê da influência do positivismo formalista, que vez ou outra retoma com força.

Não esqueçamos – esse dado para mim é importante – que a Jurisprudência opera com o fato passado. Decide sobre o que aconteceu no passado. Confina-se ao que efetivamente ocorreu no passado; e deve ser assim como conquista da humanidade e da civilização, para se evitar o arbítrio judicial, os juízos de valor subjetivos e o avanço sobre o campo político, que lhe é estranho.

Enquanto isso a Doutrina opera preferencialmente com o presente e aponta para o futuro *de lege ferenda*, sem evidentemente desmerecer o passado. Chamo atenção para esses caracteres, que bem demonstram as condições distintas da apreciação do fenômeno jurídico, em ambos os grandes sistemas de direito.

Ainda bem que passamos aquela fase triste de Doutrina rasteira e pedestre de “direito tal de acordo com a jurisprudência”. Livros inteiros foram publicados reproduzindo decisões judiciais, às vezes sem a menor reflexão e anotação, nem mesmo comentário. Essa mudança deve-se, em parte, ao avanço e desenvolvimento da informática, porque hoje está ao nosso alcance rapidamente uma pesquisa da jurisprudência em qualquer tribunal ou sobre qualquer matéria. Não precisamos mais dessa suposta doutrina de jurisprudência, que havia e ainda resiste. Também não podemos ir ao extremo oposto de só valorizar a ciência dogmática do Direito Civil, como fez Orlando Gomes em suas obras de direito civil, nas quais não citava uma decisão judicial. Sob outro ângulo, talvez seja por isso mesmo que os livros dele ainda se leem com proveito, quarenta anos depois.

Tem-se outro dado, relativamente à Jurisprudência, que é a própria fugacidade das matérias por ela tratadas, principalmente nos conflitos interindividuais. A sociedade vai desenvolvendo novos valores, novos conflitos vão surgindo e as demandas ao Poder Judiciário vão crescendo e têm que ser enfrentadas, com suas múltiplas nuances. Passados alguns anos, aquilo que parecia novidade já não mais o é. Há, ainda, o componente pessoal que influi nos convencimentos dos julgadores e até mesmo decorrente das mudanças de composições dos tribunais. Enquanto isso, a Doutrina e a Lei, de natureza mais geral, tendem a perdurar mais.

Outro ponto importante, havido numa crítica de um grande professor de direito aposentado, é que hoje fala-se mais em Jurisprudência do que na Lei. Tem razão, pois mais importante no nosso sistema romano-germânico é a lei, até porque ela traz a presunção de um *quantum* de legitimidade maior, que é a da representação popular.

O direito não se realiza apenas nos tribunais. O mundo da vida é muito mais amplo e complexo. A observância do direito se dá em nível e proporção muito maiores do que o da aplicação pelos tribunais, já dizia Kelsen. Aliás, Kelsen submetia todo o sistema dele ao que denominava de eficácia, dependente faticamente e em grande medida da observância pelos destinatários da norma e não apenas da aplicação pelos tribunais.

Há uns quarenta anos, eu conversava com o professor que foi o mais brilhante lógico do direito que conheci, kelseniano refinado, e ele me dizia: “não preciso me preocupar em desenvolver uma atividade profissional” que já tinha tido no

passado, como advogado, como consultor jurídico, porque “para que eu possa aferir a validade da teoria com a realidade da vida, eu vou para as decisões judiciais”. Aí eu ficava pensando e comentei isso com ele: Mas o tribunal é suficiente? O direito se realiza apenas nos tribunais?

No caso do Direito Civil, por excelência, vejam os espaços que há e que crescem em sua realização, independentemente dos tribunais: os atos e contratos, o uso crescente da mediação ou da arbitragem, o direito notarial que avança cada vez mais em várias áreas e em vários campos que afetam o Direito Civil, a assessoria jurídica, a consultoria jurídica, preventiva ou não. São espaços enormes de atuação do profissional do direito civil, que não pode se ater, exclusivamente, no sistema judicial. Tampouco os professores de direito não podem dizer a seus alunos: “olha, o direito é esse, foi aplicado assim pelos tribunais, ou pelo STF ou pelo STJ”, pois isto não é o bastante.

Quanto à questão da fugacidade da jurisprudência, que é natural e a que me referi, trago um exemplo recente do que pode ocorrer – o caso do prazo prescricional da responsabilidade negocial – que foi objeto de algumas reflexões da professora Judith Martins-Costa. Estamos lidando com um tribunal numericamente pequeno, que é o Superior Tribunal de Justiça, o qual, na área do direito privado conta com duas turmas de 5 juízes cada, com 10 juízes no total. As duas turmas de direito privado do STJ proferiram decisões divergentes ao longo dos vários anos em relação ao prazo prescricional da responsabilidade negocial e da responsabilidade extranegocial, entendendo algumas decisões que era o mesmo prazo de três anos para a pretensão para a reparação civil (art. 206, § 3º, V, CC/2002), enquanto outras decisões entenderam que os prazos eram distintos, por que distintas eram as responsabilidades, fixando o prazo prescricional geral de dez anos para a pretensão relativa à inexecução de negócio jurídico contratual, em função da sua natureza de execução da obrigação e o prazo de três anos para a responsabilidade extranegocial. O segundo entendimento prevaleceu na Segunda Seção do STJ que congrega as duas Turmas, ou seja, o da distinção dos prazos, como se vê no julgamento do REsp 1.033.241, em 2008. Posteriormente, houve decisões de turmas do mesmo Tribunal que reafirmaram a tese vencida do prazo uniforme de três anos, a exemplo do REsp 1.281.594 em 2016.

Por essas e outras razões, não é possível a Doutrina ficar a reboque da jurisprudência. A doutrina tem que ter firmeza de convicção, ter uma dimensão clara, independentemente da orientação que a Jurisprudência adote e quem sabe, quiçá, conseguir convencê-la do rumo eventualmente equivocado que tenha tomado a respeito de determinado tema.

Sem soberba ou arrogância intelectual, já é hora de superarmos a reverência ao eurocentrismo doutrinário, mas sem cairmos – me perdoem o palavirão – no *commonlawismo*. O tempo é de diálogo entre as doutrinas que se constroem aqui e lá, e de mais aproximação no mundo latino americano. Veja-se, a respeito, a grande ebulição doutrinária provocada pelo novel Código Civil argentino de 2014.

Só para citar um exemplo, a construção doutrinária que se fez a partir de 1988 no Brasil, relativamente ao direito de família, é a mais avançada do mundo, reconhecida assim por juristas de outros países.

Há necessidade também de revalorização das fontes primárias do nosso direito civil. Por exemplo, quando estudamos propriedade, tende-se às vezes, como vejo em teses que eu oriento ou que tenho examinado, a busca das origens desse instituto no direito romano ou direito medieval, e depois dá-se um pulo, indo-se, quando muito, a Teixeira de Freitas, ao seu Esboço no século XIX. Todavia, a propriedade se instaurou no Brasil de modo diferente. A titularidade sobre a coisa se constituiu, inicialmente, como titularidade empresarial, um empreendimento empresarial, como foram as capitâneas hereditárias, que tinham o objetivo de implantar atividade econômica, explorar e exportar.

As sesmarias foram transplantadas para o Brasil, em desconformidade com o texto expresso das Ordenações do Reino, ambientando-se aqui de modo diferente. O sesmeiro era o responsável em Portugal para fazer a distribuição da terra, para conferir, atribuir a exploração da terra; aqui no Brasil passou a ser o titular da sesmaria. A sesmaria se desenvolve em Portugal para a promoção da produção agrícola pela dificuldade das terras agricultáveis, ante os terrenos particulares sem uso. O monarca, convencido pelos seus assessores, criou o sistema para o Estado se apropriar, até compulsoriamente, da terra não utilizada, para dar-lhe utilidade econômica e social. No Brasil, ao contrário, a sesmaria foi utilizada para o povoamento, como meio de atrair colonos; daí as grandes extensões que causaram a concentração fundiária, com reflexos negativos até hoje. A Lei de Terras de 1850 tinha o propósito – ao contrário do que se disse – de acabar com as posses que proliferaram à margem das sesmarias, como se fosse possível acabar com essa força da natureza, que é a posse. E ela continuou insurgente até hoje, impondo-se, às vezes, à titularidade oficial ou formal.

Chamo atenção para esse ponto, para demonstrar como é importante nos nossos estudos e nas nossas pesquisas, atentarmos para as fontes primárias do direito brasileiro. Para mim – um estudioso e entusiasta do Direito Civil Constitucional, que privilegia o contemporâneo – é de suma importância enlaçar o presente

com a nossa história e buscar as nossas fontes, para entendermos melhor o direito que temos hoje.

Agora passo a aludir ao segundo ponto desta exposição, como um chamamento à nossa reflexão, para que não esqueçamos desta peculiaridade, sob a ótica de um jusprivatista, que é o conceito de Estado Social para o desenvolvimento do direito civil contemporâneo.

Nós sabemos que o Estado Moderno vivenciou e tem vivenciado até hoje três fases: a fase do Estado Absolutista, a fase do Estado Liberal e a fase do Estado Social. Apesar de todas as desgraças ocorridas no século XX, o Estado Social é fruto do esforço tenaz da experiência de quase todos os países do mundo de desenvolver uma síntese entre liberdade e igualdade, orientada pela justiça social.

Ouçõ muito falar que o Estado Social acabou e que estamos diante de um Estado pós-social, para outros um Estado retro liberal, que olha o passado mais do que o presente e o futuro. Isso me fez lembrar constantemente a necessidade de ter presente a história e não a ideologia relativa a esse tempo. O fato de realidade histórica é que o Estado Social é uma experiência que subsiste. Permito-me parafrasear Habermas, quando ele se referiu à modernidade e disse: fala-se em pós quando estamos no ainda. Transplantando esse raciocínio para o Estado Social: fala-se em pós quando estamos ainda no Estado Social.

Por que nos interessa? E o que é que nos peculiariza? Qual é a ótica do Estado Social para o jusprivatista? Diferentemente da ótica do economista, ou da ótica do cientista político ou social, que podem, por variadas razões, afirmar que o Estado Social, sob o ponto de vista das promessas sociais, das promessas econômicas, entrou numa profunda crise, especialmente depois da década de 1980, o ângulo do jurista é diferente. No que concerne ao direito privado, paradoxalmente aconteceu o contrário. O Estado Social cresceu. Ele cresceu, se avantajou, porque o Estado Social, na ótica do jusprivatista, é o Estado que ordena, que regula a ordem econômica e a ordem social.

No Estado Liberal do século XIX, a preocupação constitucional era com o controle do poder político e com as garantias individuais. Na verdade, as garantias individuais vieram depois. Sabemos, por exemplo, que a Constituição Americana não fez referência alguma aos direitos e garantias individuais, que foram objeto do *Bill of Rights*, posteriormente, mas que são considerados materialmente constitucionais. Nada tratava de ordem econômica e ordem social, para além do controle do poder político, ou seja, o controle dos poderes privados.

Isso vai acontecer no século XX, introduzindo-se a ordenação da ordem econômica em duas constituições paradigmáticas – a mexicana de 1917 e a Constituição de

Weimar de 1919 – e difundindo-se amplamente após a Segunda Guerra mundial. No Brasil, a constituição que inaugura o Estado Social é a de 1934, como sabemos.

Então, quando se fala em crise do Estado social, para mim, é a que se percebe em outros domínios do conhecimento, mas não a crise no domínio do direito privado. Vou dar alguns exemplos. No caso da Constituição de 1988, é uma Constituição de um Estado Social, justamente por conter o controle dos poderes privados. Como já dizia Montesquieu todo poder sem controle degenera em opressão ou tirania ou despotismo. Isso serve para qualquer poder, inclusive para os poderes privados. Então, a experiência do século XX, que se irradia pelo século XXI, para mim, é extremamente virtuosa.

Mas vejamos então a situação específica da Constituição de 1988. Por ter falado em expansão do Estado Social, dou exemplos. O que me vem primeiro à mente é o da Emenda Constitucional n. 66, que suprimiu a restrição que havia na Constituição relativamente ao divórcio e ampliou a liberdade das pessoas dissolverem o casamento. Houve ampliação e não restrição.

Em verdade, no meu levantamento só encontrei uma alteração constitucional que posso encarar como retrocesso, redução, restrição daquilo que esteve no projeto constituinte de 1987/1988, que foi a exclusão da limitação dos juros bancários, por emenda constitucional, que atendeu aos interesses de poderosos grupos econômicos. A norma constitucional da limitação dos juros nunca foi regulamentada por lei complementar e por esta razão o STF entendeu que não era autoaplicável, ficando inerte até que foi suprimida pela emenda.

Mas se nós olharmos o art. 6º da Constituição, constatamos que as alterações vieram para ampliar, não para reduzir os direitos sociais. Moradia em 2000. Em 2010 acrescentou-se, como direito social, a alimentação. Em 2015 incluiu-se o transporte como direito social.

Se nós formos ao Supremo Tribunal Federal, que faz o seu papel de garante da Constituição, vou lembrar algumas decisões paradigmáticas, que amplificam o alcance do direito civil a partir dos fundamentos constitucionais empregados nessas decisões. A Lei da Biossegurança, com a ADI 3.510, relativamente aos embriões excedentários, que não foram considerados sujeitos de direito; antes da Constituição, mas em compatibilidade com ela, a situação do nascituro como proteção de expectativa de direito, mas não como pessoa, ou pessoa em formação, ou sujeito de direito, com o RE 99.038 de 1983.

Recentemente, o caso do anencéfalo e a afirmação da inexistência da vida nesses casos, com a ADPF 54. Outro exemplo, o da união homoafetiva, com a ADI 4.277, célebre decisão tomada em 2011. A questão dos direitos sucessórios iguais

entre cônjuges e companheiros, decidida em 2017. O reconhecimento da paternidade socioafetiva, reafirmando o que a doutrina já vinha desenvolvendo no Brasil, e avançando para acolher a multiparentalidade, em decisão de 2016.

Lembremos, ainda, a definição clara no que concerne à livre iniciativa, ou seja, de que a livre iniciativa não é um princípio absoluto e que o princípio constitucional e fundamental é o da garantia dos valores sociais da livre iniciativa, desde o caso das mensalidades escolares, que foi a ADI 319-4 de 1993, que teve como relator Moreira Alves, e o Agravo de Instrumento 636.883 de 2011, que trata da regulação do mercado de combustíveis. Se a livre iniciativa fosse um princípio jurídico absoluto, todas as leis que eventualmente regulem setores da economia seriam consideradas inconstitucionais, algo que também foi apreciado, na mesma direção de nosso STF, pelo Conselho Constitucional Francês ao longo da década de 1990.

Outro tema também decidido pelo Supremo e com impacto muito forte no campo dos jusprivatistas foi a exclusão de associado apenas mediante o devido processo legal (RE 201.819), orientação que depois se converteu em lei, alterando o Código Civil brasileiro.

No que concerne à privacidade, há um sem número de decisões de direitos da personalidade, mas lembro um dos mais recentes, uma das decisões mais notórias, que teve muita repercussão, relativa às biografias não autorizadas decididas pelo Supremo, dando interpretação em conformidade com a Constituição para o artigo 20 do Código Civil.

Às vezes, até mesmo quando o Supremo decide e nós não estamos de acordo com a decisão, tem-se de reconhecer que houve a aplicação direta da Constituição nas relações privadas, o que fortalece o Estado Social, sob o ponto de vista do jusprivatista. Vou citar dois casos cujas conclusões não acolho – vocês podem concordar com STF, mas deixo aqui registrada por honestidade intelectual a minha discordância à orientação tomada nesses dois casos. No caso do bem de família do fiador (RE 407.688), a decisão é para mim insustentável, pois no conflito do direito ao crédito e a preservação da moradia do fiador, prevaleceu o direito ao crédito. E o outro, mais recente, foi a decisão do STF, para mim espantosa, voltando atrás numa longa e demorada orientação adotada pelos Tribunais Superiores, inclusive pelo próprio Supremo, a respeito do transporte aéreo internacional, que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor e toda legislação relativa à responsabilidade civil do transportador aéreo internacional, mandando aplicar a Convenção de Varsóvia. E nesse caso, fui tentar localizar as decisões mais antigas em que o Supremo firmou posição contrária a essa decisão recente e pelo menos

dois fundamentos me chamam a atenção, que agora foram desconsiderados: o primeiro era de ser matéria constitucional a proteção do consumidor e o segundo era o princípio da proibição do retrocesso.

Em suma e finalizando, me parece que enquanto houver na Constituição ordenação social e econômica, ou seja, a regulação da ordem econômica e social, para além dos conteúdos do Estado Liberal de ordenação do poder político e das garantias individuais, haverá Estado Social, sob o ponto de vista do direito privado.

Enquanto houver Estado Social, impõe-se a conformação da aplicação e da interpretação do direito privado de acordo com os princípios e normas fundamentais da Constituição nessa matéria e, conseqüentemente, a constitucionalização do direito privado e da constitucionalização do direito civil, que é um fato, não é ideologia. Encontram-se na Constituição 85 preceitos fundamentais dizendo respeito às pessoas, às obrigações negociais e não negociais, aos contratos, às titularidades, às famílias, às sucessões. Está lá a essência fundamental do direito privado, especialmente do direito civil, ainda que não queiram vê-los ou não os aceitem, ou não concordem com esses conteúdos. Mas o fato é que a constitucionalização do direito privado é um dado de realidade. Diferentemente é o direito civil constitucional, a metodologia civil constitucional, que é uma construção doutrinária a partir desse fato, desse dado de realidade, não consistindo em disciplina distinta do direito civil.

Isso no que concerne ao aspecto formal. Mas, também, no que concerne à realidade social concreta e mutante subjacente a isso tudo, parafraseando o que alguém já disse, impõe-se a nós civilistas, estudiosos do Direito Civil, um *retour à l'humanisme*, um retorno ao humanismo puro e sincero, um retorno ao humanismo que está demarcado na nossa Constituição em dois princípios estruturantes, que perpassam todo o direito, inclusive e sobretudo o nosso Direito Civil, que são o princípio da dignidade da pessoa humana de um lado e o princípio da solidariedade social do outro.

Obrigado!