



## DOG MÁTICA E INCERTEZA NORMATIVA: CRÍTICA AO SUBSTANCIALISMO JURÍDICO DO DIREITO CIVIL – CONSTITUCIONAL

*LEGAL DOCTRINE AND NORMATIVE UNCERTAINTY: AGAINST THE  
SUBSTANTIALISM OF CONSTITUTIONAL PRIVATE LAW*

**THIAGO REIS**

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main.  
Professor em tempo integral na FGV Direito SP.  
thiago.reis@fgv.br

Recebido em: 02.09.2016

Aprovado em: 21.12.2016

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Constitucional

**RESUMO:** Partindo de uma publicação recente de Luiz Edson Fachin, o artigo desenvolve uma crítica ao direito civil-constitucional brasileiro, problematizando a relação entre dogmática jurídica e incerteza normativa no Estado democrático de direito. Ao contrário do que se poderia pensar, a renovação da civilística brasileira promovida desde os anos 1990 tem funcionado – essa a hipótese – mais como fonte de incerteza normativa do que como fator de estabilização e direção do sistema jurídico. Isso se deve a inconsistências metodológicas da proposta civil-constitucional, exemplificadas pela narrativa histórica equivocada por meio da qual ela se legitima e pelas contradições internas de sua "releitura" do direito privado. A principal inconsistência, no entanto, reside na sua visão substancialista do fenômeno jurídico, marcada pelo recurso sistemático à "força normativa dos fatos" e à "constituição haurida da realidade humana e social". O texto conclui apontando os riscos institucionais desse substancialismo jurídico, enfatizando o elevado grau de discricionariedade judicial que permite e, conseqüentemente, de incerteza normativa que produz.

**ABSTRACT:** The article criticizes the prevailing view on the constitutionalization of Brazilian private law by focusing on the relation between legal doctrine and normative uncertainty under the rule of law. Contrary to expectations, the new private law doctrine that emerged in Brazil since the 1990s has functioned – this is the general hypothesis – more as a source of normative uncertainty than as a factor of stabilization, direction and adaptation of the legal system. This is due in part to a series of methodological inconsistencies in the works of constitutional private law scholars, from the historical narrative that legitimizes their approach to the vague concept of "rereading" private law in view of constitutional principles. The main objection addresses the core of Brazilian constitutional private law: a substantialist approach to law as a social phenomenon, marked by systematic references to the "normative force of facts" and the "constitution apprehended from human and social reality". It concludes by pointing to the institutional risks of this legal substantialism, emphasizing the high degree of judicial discretion it allows for and the normative uncertainty it produces.

Reis, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil – constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 213-238. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.



**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática jurídica – Direito civil – Incerteza normativa – Interpretação constitucional – Metodologia jurídica.

**KEYWORDS:** Legal doctrine – Private law – Normative uncertainty – Constitutional interpretation – Legal methodology.

SUMÁRIO: 1. Dogmática jurídica e constitucionalização do direito civil. 2. Direito civil-constitucional como substancialismo jurídico. 3. Inconsistências da narrativa histórica que legitima o direito civil-constitucional. 4. Incoerência da metodologia civil-constitucional. 5. Substancialismo jurídico e legitimidade institucional. 6. Inconstitucionalidade do direito civil-constitucional? 7. Referências.

## 1. DOGMÁTICA JURÍDICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Se não há dúvidas quanto à ampla divulgação do chamado direito civil-constitucional na literatura jurídica brasileira das últimas décadas, o mesmo não se pode dizer a respeito do debate sobre a clareza das suas premissas e o impacto das suas propostas. De fato, a euforia com que princípios, funções e modelos interpretativos são celebrados pela doutrina e praticados pela jurisprudência parece ser inversamente proporcional à disposição da nossa cultura jurídica em analisá-los e discuti-los criticamente. Basta folhear as inúmeras releituras do direito civil à luz da Constituição para perceber, na referência constante e irrefletida ao mesmo conjunto de narrativas, pressupostos metodológicos e pretensões normativas, o total desinteresse em se questionar a sua plausibilidade teórica e adequação prática. Mais do que “triunfo tardio”<sup>1</sup>, a banalidade ubiqüitária do jargão civil-constitucional sugere um estado de letargia doutrinária, marcado pela assimilação passiva e acrítica de um “projeto constitucional”<sup>2</sup> cuja motivação e objetivos são incessantemente proclamados, mas raramente problematizados.

Em certo sentido, isso não surpreende. A falta de uma discussão franca e aberta que faça jus à complexidade teórica e à relevância social que o direito reclama e

1. Na conhecida expressão de BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RDA*, v. 240, abr.-jun. 2005, p. 1-42.
2. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 [orig. 1992], p. 22. Além desse e de outros textos de Tepedino citados abaixo, ver também, na mesma linha, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, 1999, p. 99-109; FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Reis, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil – constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 11. ano 4. p. 213-238. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.