

Vedação do Retrocesso ao Absolutamente Incapaz

Ronaldo Vieira Francisco

Apresentação
Reynaldo Soares da Fonseca

Prefácio
Arruda Aluim

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

4. DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

4.1 Direito civil constitucional

O ordenamento global, nas palavras de Pietro Perlingieri, é composto de normas diversas. A fórmula “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República” deve ser esclarecida. Para evitar que ela possa assumir significados ambíguos e problemáticos, é necessária uma adequada reflexão sobre o papel global exercido pelo Texto Constitucional na teoria das fontes do direito civil:

Segundo alguns autores, a norma constitucional seria um mero “limite” ou “barreira” à norma ordinária. Os enunciados normativos ordinários, enquanto não ofenderem um interesse constitucionalmente, assumem, autonomamente, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e totalmente legítimo. Nesse sentido, a norma constitucional atuaria excepcionalmente e de forma residual, mas sempre sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários. A essa afirmação replica-se o seguinte. Não se pode negar que existem normas constitucionais que se propõem a estabelecer limites às ordinárias; mas que essa seja, por definição, a única função da norma fundamental, pode-se certamente refutar. O recurso à noção de limite impede, outrossim, que a norma constitucional possa ser utilmente reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores

jurídicos. Seria consentido a estes, tão-somente, interpretar e aplicar a norma ordinária, mediante o esquema lógico da subsunção, com reserva, todavia, de excepcionar, nos limites e com as modalidades previstas, o seu defeito de legitimidade constitucional. Do mesmo modo, contrasta com o considerar a norma constitucional como verdadeira norma, a opinião que nela reconhece, além de, ou mais do que, um limite à norma ordinária, uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários. As opções feitas no plano normativo superior refletem-se na atividade hermenêutica, nos conteúdos e nos significados das normas de nível ordinário. Certamente, o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognitiva, enquadrando cada normativa no panorama geral do ordenamento, deve inspirar-se nas normas constitucionais (PERLINGIERI, 2002, p. 10).

Arrematando o pensamento, afirma:

todavia, 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 justificativa da normativa ordinária sob a ótica funcional, não utiliza plenamente as potencialidades das normas constitucionais [...] as normas constitucionais são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão é importante constatar que também os princípios são normas. Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos (PERLINGIERI, 2002, p. 11).

A ideia de direito civil constitucional está umbilicalmente relacionada à noção de superação da dicotomia existente entre o direito público e o direito privado. Isso porque, tal dicotomia parte do pressuposto de que há uma divisão estanque, de modo

que, tudo o que diz respeito às relações privadas será regido pelo direito privado, enquanto tudo o que disser respeito à organização do Estado e das relações institucionais será regido pelo direito público.

Nessa perspectiva, tal divisão remonta ao direito romano: “o direito público era aquele concernente ao estado dos negócios romanos; o direito privado era o que disciplinava os interesses particulares” (DINIZ, 2011, p. 267).

O direito privado, segundo esta concepção, possui como sua máxima expressão, o direito civil, que tem a finalidade de regulamentar as relações entre os sujeitos privados, enquanto o direito público pode ser identificado, em seu ramo por excelência, qual seja, o direito constitucional.

No entanto, com a evolução do pensamento jurídico, foi possível perceber uma significativa influência das normas constitucionais sobre o direito civil, razão pela qual, atualmente, afirma-se ter havido uma superação entre a dicotomia envolvendo o direito público e o direito privado.

Esta conclusão pode ser extraída da constatação de que, cada vez mais, ocorre a edição de diplomas normativos sobre os quais não é possível definir, em princípio, a qual ramo do direito pertencem, em razão da existência de profunda regulamentação de relações privadas e públicas:

A mudança é mais profunda. Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a “coexistencialidade”. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do Direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. Há searas novas, ambivalentes, nelas se inserindo interesses de dupla face, a exemplo da proteção à criança e ao adolescente, bom como no campo das relações de

consumo que recaem sobre serviços bancários ou de entidades de crédito. Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas. (FACHIN, 2003, p. 222).

A concepção de superação desta dicotomia, segundo a visão de alguns autores, embora possa parecer um paradoxo, na realidade indica a unidade do ordenamento jurídico:

O conceito de Direito Civil Constitucional, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido lato – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma visão unitária do ordenamento jurídico (TARTUCE, 2016, p. 58).

A afirmação de superação da dicotomia entre direito público e privado, no entanto, não quer dizer que haverá a extinção do direito civil, entendido como o ramo do direito que tem a finalidade principal de regulamentar as relações privadas:

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise em mão dupla (TARTUCE, 2016, p. 59).

Neste contexto, o reconhecimento da superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado não importa no reconhecimento de extinção do direito civil, que continua sendo o ramo do direito, por excelência, regulador das relações privadas.

Afirma-se que tal superação decorre do reconhecimento de uma recorrente interação entre as normas que, de acordo

com a concepção pautada na dicotomia, pertenceria, de modo estanque, ao direito público e ao direito privado.

Nesse contexto, a interação entre o direito civil e o direito constitucional encontra respaldo na ideia de superação desta dicotomia, tendo em vista que a partir dessa concepção é possível afirmar a possibilidade de interação entre os dois ramos do direito.

O surgimento da concepção de direito civil constitucional, nesse sentido, está diretamente relacionado ao reconhecimento da força normativa da Constituição. Segundo essa ideia, o centro gravitacional do direito civil deixa de ser o Código Civil para ser a Constituição Federal. Isso porque, é a Constituição Federal que confere substrato de validade a todo o ordenamento jurídico, nele se incluindo o direito civil.

Nesse contexto, o direito civil não deve mais ser visto como matéria isolada no ordenamento jurídico. Isto porque a concepção segundo a qual o direito civil está vinculado apenas ao Código Civil, sem se sujeitar a qualquer tipo de controle, de acordo com a concepção do direito civil constitucional, deve ser superada. Assim, as normas dispostas nos diplomas do direito civil devem ser compatíveis com a Constituição sob pena de ser reconhecida sua nulidade.

Neste contexto, o ordenamento jurídico, como um todo, deve buscar concretizar os ditames constitucionais, visto que é a Constituição que fundamenta o ordenamento jurídico, dela sendo retirado o substrato de validade das demais normas que compõem o sistema:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas

provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 13).

Neste contexto, três marcos fundamentais viabilizaram a nova concepção sobre a Constituição antes vista como mera promessa política, sem força vinculante, mas que passou a ser considerada verdadeira norma que vincula toda a produção normativa do ordenamento jurídico.

Inicialmente Luís Roberto Barroso identifica o marco histórico dessa mudança:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2007, p. 34).

Além disso, indica o marco filosófico:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, 2007, p. v34).

Por fim, destaca seu marco teórico:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o

desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas (BARROSO, 2007, p. 34).

São estes marcos fundamentais que, na visão de Luís Roberto Barroso, contribuíram para reconhecer a importância da Constituição como o documento que fundamenta toda a ordem jurídica e do qual todas as normas que compõem a ordem jurídica extraem seu substrato de validade.

Afirma-se, neste contexto:

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, que funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais.⁴⁹ A Constituição, elemento unificador do sistema, está situada no vértice do ordenamento jurídico e, portanto, às suas normas devem se subsumir as demais, num movimento harmonizador, que espelha o fundamento de validade da legislação infraconstitucional (KLEE, 2008, p. 88).

Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, indica as três fases distintas que implicaram no reconhecimento do direito civil constitucional. A primeira delas, intitulada “mundos apartados”, segundo a qual

[...] no início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado” (BARROSO, 2007, p. 58).

Em um segundo momento, diz-se que a fase da ‘publicização do direito privado’ contribuiu para aprimorar a percepção da influência exercida pelo direito constitucional sobre o direito civil:

Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário e o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado (BARROSO, 2007, p. 58).

Ao final, indica-se a terceira fase como aquela em que efetivamente ocorrera a constitucionalização do direito civil:

A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral (BARROSO, 2007, p. 58).

Percebe-se, com isso, que o direito civil constitucional pode ser compreendido como o fenômeno pelo qual há o reconhecimento de uma expansão da influência da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, influenciando-o diretamente e condicionando a validade das normas de direito civil à observância da Constituição Federal.

4.2 Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais

Originalmente os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de tutelar os direitos do indivíduo em face do Estado.

4.3 Sistema de cláusulas gerais ou janelas abertas

O sistema de cláusulas gerais pode ser entendido como a possibilidade de que o próprio ordenamento jurídico, ciente de sua incapacidade de regulamentar todas as situações de fato passíveis de acontecimento no plano dos fatos, autoriza ao aplicador do direito, através destas cláusulas, e a partir de considerações obtidas da análise do caso concreto, decidir da melhor forma para atender às especificidades do caso que lhe é submetido.

Neste contexto, confere-se maior discricionariedade ao órgão jurisdicional para decidir o caso concreto considerando suas especificidades.

Importante ressaltar, todavia, que esta liberdade não é ilimitada, na medida em que as cláusulas gerais consubstanciam-se em um filtro do qual, necessariamente, o aplicador do direito deverá se valer considerando os princípios e direitos fundamentais incidentes no caso concreto.

Assim, a finalidade precípua das cláusulas gerais é viabilizar ao órgão incumbido de dizer o direito no caso concreto e a aplicação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Atualmente, identifica-se o Código Civil de 2002 como um relevante diploma normativo pautado pela previsão de cláusulas gerais, conferindo, neste contexto, maior margem de discricionariedade para decidir o caso concreto. Assim, a codificação civil atual busca “valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor” (TARTUCE, 2016, p. 48).

5. VEDAÇÃO DO RETROCESSO

5.1 Princípio da vedação do retrocesso

O princípio da segurança jurídica está previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, com fundamento, além disso, no Estado Democrático de Direito:

[...] todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental (SARLET, 2006).

O princípio da vedação ao retrocesso, por seu turno, pode ser entendido como a situação pela qual, ocorrendo avanços relacionados à conquista de direitos em tema de direitos fundamentais, não poderá mais haver, seja pelo legislador ordinário, seja pelo próprio legislador constituinte, a supressão deste direito sob pena de violação, por via reflexa, à Constituição.

Nesse contexto, ainda que a operacionalização de um direito tenha ocorrido via legislação ordinária, o próprio legislador

comum estará impedido de revogar a proteção conferida, sob pena de inviabilizar o exercício de um direito constitucional, situação que não encontra espaço em sua esfera de atuação constitucional:

Esse princípio da vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado (ALEXANDRINO, 2016, p. 240).

Com isso é possível constatar que o princípio da vedação ao retrocesso, de seu turno, está fundamentado na própria noção de segurança jurídica:

O conceito de segurança jurídica pode ser caracterizado pelos seguintes elementos: (i) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; (iv) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; (v) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (CAMBI, 2014, p. 178).

Assim, o princípio da vedação ao retrocesso, embora não encontre previsão constitucional expressa na Constituição Federal de 1988, decorre da segurança jurídica.