

CONSTITUCIONALISMOS, NEOCONSTITUCIONALISMO E PERSPETIVAS PARA O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A MITIGAÇÃO E A MAJORAÇÃO DA VERBA REPARATÓRIA À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CONSTITUTIONALISM, NEW CONSTITUTIONALISM AND FURTHER PERSPECTIVES FOR CONTEMPORARY CIVIL-CONSTITUTIONAL LAW: ANALYSIS OF CIVEL COMPENSATION RATES IN REGARD TO THE CONSTITUTIONAL SYSTEM IN BRAZIL

Marcelo Marques Cabral *

RESUMO: O presente artigo tem por escopo estudar a mitigação e a majoração do valor da reparação civil dos danos a partir da leitura do Direito Civil Constitucional. Para tanto percorreu-se as teorias do constitucionalismo até se chegar ao melhor do significado do termo “neoconstitucionalismo” na contemporânea doutrina do Direito, imprimindo-se, com isso, uma leitura funcionalizada do instituto da reparação civil, do princípio da reparação integral e de algumas de suas exceções legais.

Palavras-chave: constitucionalismo; neoconstitucionalismo; direito civil constitucional; verba reparatória; reparação civil integral; mitigação; majoração.

ABSTRACT: This article's purpose resides on the analysis of civil compensation's rates from a Constitutional standpoint. Therefore, the theories of constitutionalism were studied, in order to reach the true meaning of the term "new constitutionalism" in contemporary legal doctrine, resulting in a functional perspective of civil compensation and the principle of full compensation, as well as some of its legal exceptions.

Keywords: constitutionalism; new constitutionalism; civil law; compensation amount; principle of full compensation; mitigation and increase.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O constitucionalismo e a constituição. 2.1. Espécies de constitucionalismo. O constitucionalismo clássico. 2.2. constitucionalismo democrático e constitucionalismos populares. 3. O Neoconstitucionalismo. 4. Neoconstitucionalismo e direito civil. 5. À guisa de considerações finais e a alteração no valor das reparações compensatórias à luz do direito civil constitucional. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo estudar e analisar o fenômeno do Direito Civil Constitucional no atual momento da doutrina brasileira, lançando reflexões sobre alguns modelos de teorias do constitucionalismo moderno e contemporâneo no afã de enquadrar a interpretação e aplicação do direito reparatório a partir dos princípios da reparação integral e da dignidade da pessoa humana.

* Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Privado pela UFPE. Doutorando em Direito pela UFPE. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. E-mail: marcelomarquescabral30@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5807-0931>

Do positivismo legalista (“paleojuspositivismo”) ao alternativismo jurídico subjaz a ideia de uma interpretação meramente literal do texto da lei civil, apoiada em técnica pura de subsunção, até de uma interpretação “livre” por parte do juiz que estaria totalmente liberto do “cativeiro” construído pelo legislador infraconstitucional, no intuito de perseguir apenas aquilo que lhe seria considerado “justo”.

Lançar-se-á luzes sobre aquilo que vem se denominando de “neoconstitucionalismo” e sua significação perante aquilo aqui se convencionou nomear de Constitucionalismo Democrático em sentido estrito, de acordo com os desideratos perseguidos pelo intérprete que realiza o Direito Civil Constitucional atualmente, cujo um dos protagonistas neste espeço – o Juiz – mostre-se o máximo possível distante das ideologias políticas que fazem polarizar a sociedade ocidental como um todo, e a brasileira especificamente, no memento crucial para a criação do direito.

Entre os extremos se impõe a necessidade de uma interpretação concretista do direito a partir da leitura funcional dos institutos civis à luz da Constituição Federal e dos fatos que circundam o caso em julgamento, o que impõe necessariamente ao magistrado a contenção dos seus impulsos libertinos de “criação livre” da norma jurídica, evitando-se, destarte, ao que aqui se convencionou chamar de saltos extrassistemáticos. Portanto, a figura do legislador constitucional e infraconstitucional deve ser levado a sério na simbiose permanente com o judiciário para a construção da norma jurídica.

O princípio da reparação integral e suas limitações foram utilizadas a fim de tornar profícuo o raciocínio desenvolvido ao longo do texto, local onde, ao fim e ao cabo, discutir-se-á sobre a possibilidade de se aumentar a verba reparatória, a contrário senso do disposto no parágrafo único, do artigo 944 do CC, assim como a possibilidade de se diminuir o valor da reparação/compensação em caso de concorrência de “culpas”, na forma do artigo 945 do mesmo Diploma legal, quando, embora a vítima tenha de qualquer maneira concorrido para o dano este tenha sido resultado de uma determinada situação aviltante à sua dignidade, a exemplo de danos decorrentes de processo de tortura.

2. O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO

A expressão “constitucionalismo” evidentemente remete à outra expressão, isto é, “Constituição”, cujos termos retratam, em certa medida, uma polissemia. Assim, Constituição pode ser consagrada como a forma de configuração do Poder Político, enquanto poder monárquico, republicano, democrático, aristocrático etc., como também um documento escrito que consagra direitos e liberdades individuais visando à limitação do poder do Estado. Por

exemplo, em Kant¹, já se antevia a sua propensão para uma forma de constituição republicana, cujos direitos das pessoas deveriam se basear em uma federação de Estados independentes; enquanto que Rousseau² impôs objeções à democracia, aristocracia, monarquia e aos governos mistos.

Contemporaneamente, Constituição é um termo ligado ao “Estatuto do Poder Político, como leciona o professor Ivo Dantas, forte na lição de Bourdieu:

Neste sentido, pode-se dizer que a Constituição é a Positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizadas por uma Supremacia, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa. Em consequência destes dois últimos elementos, é que se explicam os institutos do Controle de Constitucionalidade das leis e Atos (inclusive jurisdicionais) e o Poder de Reforma (manifestado pela Revisão e/ou Emendas Constitucionais) Itálicos no original³.

A Constituição, portanto, designa um documento⁵⁴ que constitui o poder de um determinado Estado, visando a limitá-lo e, de regra, delimitando as áreas de atuação e de competência tripartite consubstanciadas no executivo, legislativo e judiciário, podendo-se

falar, neste particular, em constituição formal. Outrossim, na Carta Política, também são previstos direitos que constituem limites ao poder soberano, fincados na ideologia promovida pela “cultura constitucional”⁵ de cada Nação.

O elemento material é a nota primordial de uma Constituição, caso contrário, nos países que não são dotadas de uma Constituição escrita, estaria desfalcado da principal Lei constitutiva do governo de um povo.

¹ “En todo Estado, la constitución política debe ser republicana. El derecho de las gentes se debe basar en una federación de Estados independientes”; “El derecho de la ciudadanos mundial debe limitarse a las condiciones de una hospitalidade inuversal”. KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Tradução de Suzana Aguiar. Buenos Aires: Longeseller, 2001, p. 31/51.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Edson Bini; Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 87/98.

³ DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 37.

⁴ Insta considerar que para existir Constituição não é necessário que exista um corpo de leis fundamentais e de divisão de poderes e competência, assim não obstante certa controvérsia entre os estudiosos do Direito inglês, a Inglaterra e o País de Gales, os quais fazem parte da chamada Gram Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia), não possuem Constituição escrita, como esclarece Séroussi: “A Inglaterra e o País de Gales não têm constituição escrita, o parlamento britânico é soberano para adotar leis (Statute, Act of Parliament), desde as revoluções inglesas do século XVII (SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 35

⁵ A “cultura constitucional” pode ser identificada como o “elemento capaz de mobilizar as pessoas em torno do projeto constitucional que orienta as deliberações que se dão na esfera política e revela constitutivo do sentido do texto. (GOUVÊA, Carina Barbosa. DANTAS, Ivo. Constitucionalismo democrático e seus elementos integradores para conformar uma cultura constitucional através do ‘diálogo democrático’: efeitos sistêmicos de transformações no contexto social. *Revista de Direito Público*, Edição especial, 2019. p. 206

Como anota Ivo Dantas, com esboço em Sebastião Machado Filho, a Constituição da Inglaterra (como exemplo de Constituição não escrita) existe de forma espaçada em diversos documentos que reúnem escritos formalizadores dos costumes imemoriais do reino, advindo ao longo dos séculos, desde a célebre *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, atribuída ao Rei João Sem Terra. Todavia, a famosa Carta de 1215 não seria considerada, para alguns especialistas, um corpo de direitos fundamentais, mas sim conjunto de princípios a benefício da aristocracia da época⁶. (Itálicos no original).

Também vale a pena a transcrição das elucidativas palavras do Professor da Faculdade de Direito do Recife, nos seguintes termos:

Apesar disto, e da variedade de tipologias conceituais apresentadas pela doutrina (ex: Hans Kelsen, Garcia Pelayo, Carl Schmitt, Hermann Heller, Pinto Ferreira e outros), entendemos que o estudo-análise da Constituição estará plenamente satisfeito se o fizermos sob os ângulos dos conceitos material e formal, isto porque, o primeiro deles esclarece os conteúdos ideológicos e sociológico e, em consequência, filosófico-histórico do documento, enquanto o segundo destaca as características que são próprios da Lex Magna⁷.

Celso Ribeiro Bastos, para quem é possível a existência de um Estado sem um modelo formal de Constituição, mas não prescindindo do modelo substancial, lecionou que:

Se se toma o vocábulo Constituição no sentido substancial, todo e qualquer Estado possui uma. Na verdade, não procede o entendimento daqueles que se recusam a ver uma Constituição jurídica naqueles Estados que não consagraram qualquer limitação ao Poder Público. O que se pode afirmar é que, se há Estado, há um Estado, há um ordenamento jurídico que o embasa. O Estado há de se entender como estando sempre permeado pelo *direi jmnto*. Mesmo nas sociedades primitivas, é forçoso ver a existência de normas jurídicas. Por mais rudimentar que seja o desenvolvimento institucional do ente político, sempre será possível identificar uma norma, ainda que puramente consuetudinária, que qualifique determinado indivíduo como chefe, e uma outra que ordene serem sempre as ordens dele emanadas tidas por obrigatórias, devendo ser cumpridas, sob pena de sanções⁸.

A seu turno, J. J. Gomes Canotilho adverte que a Constituição é dotada de fundamentalidade, podendo ser esta compreendida por fundamentalidade formal e fundamentalidade material. Destarte, toda a Constituição deve conter necessariamente a fundamentalidade material, mas não necessariamente a formal, como o demonstra a tradição inglesa das *Common Law Liberties*.

⁶ DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. Introdução, teoria e método. Curitiba: Juruá, 2010, p. 259 e 269.

⁷ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001, p. 14.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44 e 45.

A fundamentalidade material, pois “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo de estruturas básicas do Estado e da sociedade”, abrindo as portas para a existência de direitos que, embora não previstos formalmente em uma dada Lei Maior, possam ser sagrados enquanto fundamentais, o que denomina de princípio da não tipicidade dos Direitos Fundamentais⁹; isto é, a partir da característica material das constituições, as mesmas impõem um catálogo de Direitos básicos dos cidadãos que não constituem óbice à existência de outros direitos com a mesma natureza. É o que podemos observar da análise do Texto Maior brasileiro que em seu artigo 5º, § 2º estabelece: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O movimento político-ideológico que conduziu à catalogação de direitos básicos das pessoas como aporte para a sacralização de limites formais, e, sobretudo materiais, ao pode absolutista estatal, com a consagração da competência tripartite entre poderes de um mesmo Estado, modernamente se conjecturando, denominou-se de *Constitucionalismo*.

Para Manuel Gonçalves Ferreira Filho o Constitucionalismo visa sempre estabelecer regimes constitucionais, querendo dizer “governos moderados”, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas, e que se confunde no plano político com o liberalismo¹⁰. Trata-se de marca essencial do liberalismo moderno e compõe a teoria do Estado elaborada pela modernidade com o advento das constituições liberais da Inglaterra (ausentes documento escrito e data precisa), da França (1791) e dos EUA (1787). Porém, há aqueles que enxergam o movimento do constitucionalismo ainda na idade antiga e na idade média¹¹, o que se pode conceber apenas em sentido alargado, ou seja, enquanto movimento de constituição de poder, mas não necessariamente com a sua exigência moderna de sua respectiva limitação.

Por fim, vale a pena a referência, mais uma vez, a Canotilho, para quem

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, *uma teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (Itálicos no original)¹².

⁹ CANOTILHO, JJ Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, p. 1396.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

¹¹ Neste escrito, para evitar-se o desregramento técnico do termo, preferir-se-á designar o constitucionalismo como movimento entretecido às revoluções liberais da idade moderno-contemporânea (revolução industrial – 1760/1840 - e revolução francesa - 1789), desde que o mesmo seja analisado na perspectiva técnica empreendida pelos filósofos e juristas modernos e contemporâneos.

¹² CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, p. 51.

2.1. Espécies de constitucionalismo: o constitucionalismo clássico

O primeiro tipo de Constitucionalismo que vale a pena destacar é o Constitucionalismo clássico ou liberal. Como referido, linhas acima, tecnicamente falando, o movimento constitucional inicial só se admite enquanto produto da ideologia liberal- burguesa no afã de construir uma teoria que concretamente desaguasse em um corpo político de regras de limitação ao poder político constituído¹³. Trata-se, portanto, da expressão liberal ou clássica dos idos modernos¹⁴.

Evidentemente que com as revoluções políticas empreendidas pelo socialismo e notadamente pela construção do Estado Social, as demandas constitucionais já não se continham em uma carta de índole individual que apenas contivesse expressamente direitos de primeira dimensão relacionados às liberdades primárias do homem. Assim sendo, as necessidades de uma população com vicissitudes próprias e desguarnecidas contra os infortúnios gerados pela era contemporânea, impunham a adoção de um modelo mais democrático de constitucionalismo, donde decorreram grande parte das Constituições do ocidente, a exemplo da Constituição de Bonn – pós segunda grande guerra mundial (Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, 1949), da Constituição do México (*Constitución política de los Estados Mexicanos*, 1917) e a Constituição do Brasil (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

A partir da conflagração dos Estados Democráticos, então, as Constituições começaram por prever direitos de variados matizes – e não somente os inerentes à liberdade individual – entre estes direitos os de segunda, terceira e quarta dimensões.

O Estado individual transforma-se em Estado Constitucional, ou Estado Democrático de Direito, e os Direitos Fundamentais, já agora embasado no *jus positivus* e no *jus activus*

¹³ Ferrajoli, classificando os bens fundamentais em personalíssimos, comuns e sociais, trata de mais uma categoria de “Constitucionalismo”, ou seja, o “Constitucionalismo Global”. Segundo ele, a fim de garantir bens fundamentais de natureza comum – aqueles que se referem a um meio ambiente ecologicamente equilibrado -, adverte: “Daí a necessidade de uma nova dimensão do constitucionalismo e do garantismo: um constitucionalismo e um garantismo a longo prazo, além de global, para além da lógica individualista dos direitos e da miopia e do estreito localismo da política das democracias nacionais. Na nossa tradição, de resto, o único poder que, pela via única dos direitos, foi tematizado como objeto de limites e vínculos legais tem sido o poder político estatal: ‘estado de direito’, não por acaso, é a expressão que designa no nosso léxico jurídico a sujeição do poder ao direito. Restam assim excluídos dois tipos de poderes, ambos não estatais, que são justamente aqueles principais responsáveis pelas catástrofes ecológicas e para cujo confronto sobretudo requer-se por isso a criação de um constitucionalismo e de um garantismo dos bens comuns: de um lado os poderes econômicos privados, tradicionalmente rotulados como liberdades; de outro, os poderes extra ou supra estatais, políticos ou econômicos, que se desenvolvem fora das fronteiras estatais no mundo globalizado.” (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo C. Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 70).

¹⁴ Muitos autores entendem que a própria noção de Estado surgiu com a idade moderna, constituindo-se ele, antes disso, em “outras formas de organizações políticas”. Neste sentido vale a lição do Professor Ivo Dantas, para quem “Realmente, usando de uma linguagem com rigor científico (aspecto nem sempre encontrado em muitos autores), antes da idade moderna não se conhece o Estado, mas, sim, outras formas de Organização Política, sendo o Estado apenas dado histórico (espécie do gênero Organização Política), no qual a unicidade de poder é elemento caracterizador e indispensável” (DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado. Introdução, teoria e método*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 294). Neste sentido, há de se entender que, sob uma análise técnica, o Constitucionalismo é, da mesma forma, uma construção do Estado Moderno.

caracterizadores da relação entre o poder estatal e os cidadãos, passam a ser vistos como “um trunfo” das minorias contra a maioria, na feliz expressão de Jorge Reis Novais¹⁵. Com isso, visa-se conferir o entendimento de que ter um Direito Fundamental é ter um “trunfo” das minorias contra a maioria, inadmitindo-se o “absolutismo da maioria” e também, por evidência lógica, o absolutismo das minorias¹⁶.

Os Direitos fundamentais, destarte, passam a ser considerados como o último critério de validade do ordenamento jurídico. De forma que, ao contextualizar o fenômeno, Eduardo Cambi doutrina:

Quando a Constituição coloca direitos acima das decisões da maioria, faz do sistema de direitos fundamentais o critério último de validade de todo o ordenamento jurídico. Com isso, não se limita o âmbito de deliberação democrática, mas, ao contrário, impõe-se a devida atenção democrática aos interesses humanos fundamentais, os quais poderiam restar negligenciados no processo político ordinário. Dessa forma, se as Constituições não são documentos sagrados nem um conjunto de políticas, devem continuar fornecendo as exigências constitucionais mínimas, prevendo direitos e liberdades definidoras da cidadania, pessoal, política e econômica, os quais são intocáveis pelas maiorias governamentais. A Constituição traça a perspectiva mínima de legitimidade moral e material, servindo de garantia contra o desmoronamento ético dos direitos fundamentais, por intermédio de reformas legislativas, desregulações, flexibilidades e liberalizações. Cabe à Constituição estabelecer os fundamentos da teoria da justiça, definindo as estruturas básicas da sociedade, incorporando um projeto emancipatório que não seja indiferente às condições particulares dos excluídos. Ao se criar condições jurídicas diferenciadas de promoção dos direitos daqueles que merecem proteção especial (crianças e adolescentes, idosos, deficientes, consumidores, trabalhadores etc.), permite-se a maior inclusão social, além de exprimir refrações morais no âmbito do contrato social constitucional¹⁷.

Ora, a perspectiva do constitucionalismo se inverte no conduto democrático e exprime uma Constituição que abriga as demandas fundamentais dos cidadãos, no que passa a conferir ao judiciário o papel de resguardar os “trunfos contra a maioria”, por meio de suas Cortes Constitucionais e também de todo o seu sistema de justiça. Daí se falar do Constitucionalismo Contemporâneo ou Democrático.

O Constitucionalismo Contemporâneo parte da premissa da legitimidade constitucional dos Direitos Fundamentais e confere ao judiciário a primazia no controle de constitucionalidade das leis e da uniformização do “pensamento constitucional” de um país a considerar os Direitos

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 18 e 19.

¹⁶ Com a expressão *absolutismo das minorias*, já aqui neste texto, e aproveitando-se do contexto atual de uma sociedade plural e pós-moderna, onde prevalece o relativismo e a fluidez das relações humanas, sociais e empresarias, quer-se afirmar que também as minorias representadas nos parlamentos não estão a portar um salvo conduto para impor suas pautas fora do processo democrático, aproveitando-se para tanto das ferramentas de controle social apaniguadas em um contexto deliberativo de grupos políticos preocupados em solapar o Estado a partir da metalinguagem que induz subliminamente a comportamentos totalitários frente à maioria.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2018, p. 25 e 26.

Humanos como “morais”¹⁸ ou “suprapositivos”, alocados pela Constituição como direitos acima da vontade da maioria, constituindo-os em critério último de validade de todo o ordenamento jurídico¹⁹.

Essa visão se espelha na teoria substancialista de legitimação da jurisdição constitucional e apoia-se no sentido do ativismo judicial de defesa dos direitos básicos do cidadão²⁰. Sob esse prisma, tem-se que os direitos considerados essenciais das pessoas merecem uma intervenção do judiciário justamente por constituírem “trunfos contra a maioria”.

Tal nuance, entretanto, não passará da análise crítica do ativismo judicial e da tese substancialista de legitimação, ao se analisar mais pormenorizadamente o fenômeno do Neoconstitucionalismo.

Para efeito de registro, ainda cabe algumas considerações sobre espécimes outras de Constitucionalismo, a saber: 1 – o Constitucionalismo Democrático no sentido estrito, e, 2 – o Constitucionalismo Popular.

2.2. Constitucionalismo democrático e constitucionalismos populares (popular e popular mediado)

O Constitucionalismo democrático, neste espaço, será trabalhado de acordo com as visões dos professores de Yale, Robert Post e Reva Siegel, os quais, para a compreensão de suas teses, acrescentam considerações sobre as formas de Constitucionalismos populares.

O raciocínio e a construção teórica dos professores de Yale baseiam-se na necessidade de justificação do papel do judiciário enquanto guardião da Constituição e o seu descrédito enquanto instituição devidamente comprometida com as deliberações democráticas;

¹⁸ Os direitos “morais” para Robert Alexy constituem a segunda qualidade essencial – em suas próprias palavras – para a configuração dos direitos dos homens, assim, segundo o autor, “o conceito de direito moral é ambíguo. Aqui ele deve ser empregado como conceito contrário ao conceito de direito jurídico-positivo. Direitos jurídico-positivos nascem – como todas as normas do direito positivo – por atos de fixação, por exemplo, por contrato, dação de constituição, decisão de lei ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência – outra vez, como todas as normas do direito positivo – disto, se eles obtêm e conservam um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social. Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validade, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada. Direitos do homem existem, com isso, rigorosamente então, quando eles, no sentido apresentado, perante cada um podem ser justificados. À universalidade da estrutura dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, acresce, com isso, uma universalidade de validade, que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução e organização de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46 e 47).

¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2018, p. 25 e 26.

²⁰ Leciona Walber de Moura Agra: “As teorias substancialistas de legitimação da jurisdição constitucional são um contraponto às teses procedimentais, que não entendem os valores contidos na Constituição como alicerce para justificar sua atuação, baseando-se em valores adjetivos ou procedimentais com o objetivo de assegurar a participação dos cidadãos nas decisões políticas” (AGRAGA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura. CASTRO, Celso Luiz Braga de. TAVARES, André Ramos. (Coords.). *Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 489.

porquanto, um Constitucionalismo deve ser centrado em torno do compromisso de uma visão construtiva entre Estado de Direito e Democracia; isto é, entre a Política e o Direito. Tal embate deve partir do pressuposto de que nas democracias se está diante de um contexto plural, com naturais tensões entre grupos e que ao judiciário deve-se recorrer ainda que para se buscar soluções provisórias, estando a legitimidade, portanto, coerente com tal raciocínio ainda que em momentos posteriores da história.

O Constitucionalismo democrático, em resumo, não busca consenso entre as Cortes e o povo, porém, seria no desacordo que o Constitucionalismo poderia se desenvolver; sendo o povo ainda a sua autoridade final, contudo, a legitimidade decorreria da aderência da sociedade às decisões judiciais, ainda que em um momento posterior da história, conforme ressaltado logo acima.

Neste conduto, concluem os autores que não se poderia separar as convicções pessoais dos Magistrados dos julgamentos políticos dos mesmos, haja vista que o desacordo não seria algo estranho ao constitucionalismo, mas sim uma de suas partes constitutivas e necessárias à legitimação das respectivas decisões. Com isso, o Direito e a Política seriam faces opostas de uma mesma moeda, embora distintos os sujeitos do sistema (instituições, povo, movimentos sociais, partidos políticos etc.), os quais se apresentariam como sujeitos adversários e não necessariamente inimigos, devendo haver o consenso segundo o qual "todos devem concordar em discordar". Dessa maneira, o reconhecimento adviria de um debate orgânico entre os sujeitos, ou instâncias, que constituem esse debate, ao qual denominam de 'agônico'.

Resta ainda acrescentar que os doutrinadores consideram que a supremacia judicial desempenha importante função de estabilização e segurança da Constituição, contudo, a voz judicial não poderia se sobrepor a outras vozes dos outros atores sociais, podendo o povo realizar pressões sobre o parlamento a fim de imprimir mudanças e conquistas fundamentais estabelecidas por Emendas constitucionais e, com isso, forçar o entendimento das próprias Cortes de justiça, passando-se com isso ao fortalecimento da legitimidade construída e conquistada, como também ao fortalecimento da Constituição²¹.

Siegel e Post ainda discorrem sobre as formas de constitucionalismo populares, quais sejam: o Constitucionalismo popular e o Constitucionalismo popular mediado. Embora ambas as espécies tenham em comum o povo enquanto fonte última da construção da legitimidade, a caracterizar tal fonte como protagonista e não meramente figurativa da construção democrática, isto é, da interpretação e da aplicação da Constituição, ambos diferem do Constitucionalismo democrático já que este tem no judiciário o *locus* final da interpretação constitucional, embora não desconsidere o papel importante que desempenham outros atores da construção da legitimidade democrática.

²¹ As conclusões e digressões foram retiradas de: DANTAS, Ingrid Cunha. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da faculdade de direito UFPR*. Curitiba, vol. 64, nº 2, mai./ago. 2019, p. 61-88.

Nessa esteira, o Constitucionalismo popular viria a irromper a visão elitista da supremacia judicial, passando o povo a protagonista da interpretação da Constituição, intentando, inclusive, abolir a estrutura judicial deste contexto de interpretação constitucional, não se apresentando os Juízes como melhores intérpretes da Constituição que o próprio Povo ao qual caberia a participação na origem (elaboração) e na aplicação da Lei Maior.

De sua vez, o Constitucionalismo mediado, apresentar-se-ia como instrumento de análise de como as decisões judiciais poderiam impactar a sociedade. Destarte, o Judiciário deve estar em constante diálogo com a Política, inexistindo a necessidade de a Constituição ser devolvida ao povo, conforme preconizado pelo Constitucionalismo popular, até mesmo porque ela sempre esteve com o Povo, em alguma medida. O papel das Cortes de justiça seria, dessa maneira, o de mediar a jurisdição e a vontade popular; logo, a base da decisão estaria com o povo, que seria sua fonte legitimadora, ou nas palavras dos autores do texto sobre a posição de Post e Siegel²², o que exerceria a função “catalizadora”.

O Constitucionalismo popular e o popular mediado não diferem quanto ao protagonismo da elaboração e interpretação/aplicação da Constituição que seria particularmente o elemento popular envolvido nessa construção, contudo, divergem quanto à necessidade de intermediação do judiciário entre a decisão e a fonte constitutiva da legitimação constitucional, sendo o primeiro tipo avesso a tal perspectiva.

Francisco Ivo Dantas e Carina Barbosa Gouvêa²³ realçam a importância do Judiciário para o Constitucionalismo democrático, constituindo-se em um ideal necessitado do reforço do signo de legitimidade da Carta Fundamental a fim de formar a identidade e a cultura constitucional, desenvolvendo-se esta última a partir da solução integrada e compartilhada com diversas identidades que compõem o Estado.

A identidade constitucional é desenvolvida por meio de dissensos, a se considerar a textura aberta das normas constitucionais, entretanto, a comunidade constitucionalizada não poderia partir do foco da comunidade global, porém da comunidade local com vistas ao que denomina de “*nomos*”, ou seja, os interesses de grupos que compõem o tecido social. Já a cultura constitucional²⁴, por seu turno, caracterizar-se-ia por ser “um caminho aberto por várias vozes”, a se constituir tendo por referência o consenso social e a “vontade do povo”, o fundamento da autoridade governamental, *locus* no qual todos os indivíduos devem fazer parte

²² DANTAS, Ingrid Cunha. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da faculdade de direito UFPR*. Curitiba, vol. 64, nº 2, mai./ago. 2019, p. 61/88

²³ GOUVÊA, Carina Barbosa. DANTAS, Ivo. Constitucionalismo democrático e seus elementos integradores para conformar uma cultura constitucional através do ‘diálogo democrático’: efeitos sistêmicos de transformações no contexto social. *Revista de Direito Público*, Edição especial, 2019. p. 184/208.

²⁴ Os referidos doutrinadores concluem com a afirmação de que a democracia se constitui em uma forma de organização social “que valoriza o envolvimento das pessoas em um processo de construção coletiva”. A cultura constitucional vem a caracterizar-se como “fundação do convívio social” e “por meio dela tal convívio deve ser regulado”. (GOUVÊA, Carina Barbosa. DANTAS, Ivo. Constitucionalismo democrático e seus elementos integradores para conformar uma cultura constitucional através do ‘diálogo democrático’: efeitos sistêmicos de transformações no contexto social. *Revista de Direito Público*, Edição especial, 2019, p. 194).

do sistema. É dizer, dessa forma, que o Constitucionalismo democrático busca “um caminho do meio termo” – fundamentação básica da teoria de Post e Siegel – e, nessa medida, o engajamento popular com as questões constitucionais deve contribuir para uma maior confiança popular e, conseqüentemente, para a legitimidade.

Para os Professores da Faculdade de Direito do Recife, a cultura constitucional diz respeito ao desenvolvimento constitucional já estabelecido depois do texto normativo posto e a Carta deve ser entendida como um organismo que, por meio de seus vários signos, deverá formar sua própria cultura. A Constituição não poderia, sob essa visão, ter por intérprete exclusivo o poder judiciário, cabendo a este o papel de agente indutor e gestor dos muitos agentes que integram o processo (“agente indutor de transformação social”, nas precisas palavras dos articulistas).

Qual seria a importância do tema referente ao Constitucionalismo para a interpretação do sistema jurídico como um todo e do Direito infraconstitucional, máxime no tocante ao Direito Privado? O Direito Positivo e os postulados que dão sustentação ao juspositivismo jurídico ainda estão suficientes para a interpretação jurídica em tempos atuais? O que é interpretação jurídica? É suficiente empreender apenas esforços interpretativos? Nesse diapasão, o que se afigura fora da margem de fundamento juspositivista para a interpretação e aplicação do Direito pode ser admitido sem que haja agressão aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica, propostos pelo positivismo jurídico, sobretudo aquele de índole legalista?

A essas e outras indagações se tentará responder nas linhas vindouras do presente escrito, ao tempo em que se tentará da mesma forma propor uma estrutura racional de interpretação/aplicação do Direito que vise contextualizar a temática de modo que não se prescindia dos postulados do positivismo jurídico assim como daqueles decorrentes da teoria da Justiça Constitucional Democrática.

Antes de mais, é necessário estabelecer que a teoria da justiça constitucional – na linha em que se proporrá neste texto - não partirá, necessariamente, das bases mais características do Constitucionalismo democrático proposto por Siegel e Post, conforme delineado linhas atrás, e, muitos menos, daquelas que caracterizam os chamados Constitucionalismos populares (Popular e Popular mediado), ainda que se possa concebê-los enquanto formulações democráticas para uma vertente mais social do Direito. Chama-se a atenção, entretanto, para a constatação de que o nível de estudo ao qual chegou a teoria da interpretação jurídica na contemporaneidade não pode dispensar o estudioso da análise dos avanços conquistados nessa área pelo Constitucionalismo.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO

Ao se falar em neoconstitucionalismo vem logo à mente do observador que o neologismo foi criado a fim de engendrar uma teoria do ativismo judicial, do direito alternativo ou coisa parecida, no intuito de tornar o intérprete judicial “livre” para formar o direito fora das amarras daquilo que Luigi Ferrajoli denomina de “peleojuspositivismo”²⁵.

O regime democrático, embora possa parecer o melhor regime para se propiciar uma sociedade mais livre, justa e solidária, tem suas falhas de origem ao se conceber que a coletividade deixe de estar presa à vontade de uma só pessoa (o Soberano, Rei, Príncipe, Monarca - este delineado pela figura dos príncipes absolutistas -, Tirano, ou grupo oligárquico) para fazer-se representar por várias pessoas que compõem vários poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). À qual vontade deve se submeter o povo? À do Chefe do executivo (ou de sua representatividade como no sistema inglês), à do Parlamento ou à do Judiciário?

Piero Calamandrei em seu prestigiado trabalho “Ele, os Juízes, vistos por um advogado”, afirmou:

Quem foi o inventor do cômodo e vil mote *habent sua sidera lites*, com o qual, sob o decoroso manto latino, quer-se dizer substancialmente que a justiça é um jogo que não se deve levar a sério? Com certeza um causídico sem escrúpulos e sem paixão, que queria com isso justificar todas as negligências, adormentar todos os remorsos, evitar todas as fadigas. Mas você, jovem advogado, não se afeiçoe a esse mote de irresignação imbecile, debilitante como um narcótico; queime o papel que o encontrar escrito e, quando aceitar uma causa que achar boa, ponha-se ardentemente ao trabalho, com a certeza de que quem tem fé na justiça sempre consegue, a despeito mesmo dos astrólogos, mudar o curso das estrelas (Itálicos no original)²⁶.

A criação da norma jurídica, hodiernamente, não é particularidade do Legislativo, já que ela, propriamente dita, nasce do trabalho conjunto do Legislativo, órgão que na sua atividade legiferante confecciona o texto da lei, e do Judiciário, responsável pela concretização do direito e da norma jurídica²⁷. Sendo assim, a norma jurídica não se trata de produto de uma vontade apenas, porém, de duas vontades que se entrecruzam no conduto maior de dizer o Direito,

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo C. Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 43.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Ele, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 3.

²⁷ Friedrich Muller, ao criar a sua teoria que denomina de “metódica racional” ensina que, de acordo com tal perspectiva, o intérprete realiza uma atividade de cognição em que os elementos da interpretação se interpenetram, sendo o elemento gramatical apenas um subelemento deste processo de concretização. Como elementos co-constitutivos de normatividade, Muller ainda elenca o “âmbito da norma” e o “programa da norma”, sendo o primeiro um texto formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais, os quais são destacados da realidade social. Assim o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade jurídica, enquanto o segundo elemento remete às possibilidades mesmas do texto normativo (MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58/59 e 61/63).

restando-se, portanto, insuficiente falar apenas de interpretação da norma, quando na realidade, estar-se-ia a falar de aplicação e construção do Direito por parte do Juiz²⁸.

Necessariamente os súditos, por meio do “contrato social” pelo qual estão dispensando parcela de sua vontade individual em favor da ordenação social, não estão sujeitando a sua vontade à vontade do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, mas à vontade do Estado que é composto de todos estes elementos de constituição do poder, e, a partir desse raciocínio, o desequilíbrio de forças entre os mesmos trará, indiscutivelmente, prejuízos aos cidadãos.

Há de se ponderar, na interpretação e aplicação do Direito, contudo, para a razão (segurança jurídica que indubitavelmente trazem as leis positivadas), assim como para o sentimento de Justiça que confere legitimidade ao poder, pelo qual o cidadão empresta ainda mais empatia social legitimando as ações estatais.

Alternativistas, neoconstitucionalistas, e de uma maneira geral os ativistas judiciais como um todo, constroem suas bases de sustentação crítica de sua doutrina com relação ao juspositivismo, taxando-o de uma postura jurídica tecno-formal-legalista, apegado a uma cultura excessivamente legalista que se estabelece sobre uma pseudointerpretação lógico-dedutiva, ao que dizem combater os artifícios: 1 - da “neutralidade ou a valoratividade do Jurista” e consequentemente do Direito; 2 - “do formalismo jurídico” – ao ser conceituado com respaldo em uma estrutura formal-legalista, não levando em conta nas decisões o conteúdo e as suas consequências sociais -; 3 - “da coerência e da completude do ordenamento jurídico”; e, 4 - da “fonte preeminente do Direito (Direito legislado) e da interpretação mecanicista das leis”²⁹.

De fato, a doutrina nacional e a estrangeira, de uma maneira geral, definem o juspositivismo como uma postura, a partir da reconstrução de Herbert Hart, possuidora das seguintes características, em tese: da separação conceitual entre Direito e moral; das fontes sociais do Direito e da discricionariedade do Juiz. Logo, os neoconstitucionalistas criticam a postura excludente da moral, enquanto instância valorativa dos mecanismos de identificação do Direito, a postura que rechaça o critério material de validade normativa e a que aceita a margem de discricionariedade judicial em sentido forte³⁰.

Susanna Pozzolo adverte que:

Neoconstitucionalismo’ é um termo bem apropriado. Originalmente pensado para denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito, talvez também devido a uma certa indeterminação ou vagueza que lhe foram atribuídas por usos um pouco diversos, já que o termo enfrentou uma ampla e

²⁸ Para Eros Grau o que se interpreta não é necessariamente a norma, porém o texto do material legislativo e os fatos, para que, a partir daí, o interprete judicial extraia a norma de direito. A interpretação, destarte, seria uma atividade judicial de criação do direito. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

²⁹ Ver, por todos, sobre a noção de Direito Alternativo: ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 31/33.

³⁰ DUARTE, Écio Ramos Duarte. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora: 2006, p. 31

rápida difusão no léxico dos jusfilósofos, sobretudo em língua italiana e espanhola. É importante advertir que o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo. Aquele, de fato, não se apresenta como uma doutrina descritiva como pretende ser o juspositivismo metodológico ou conceitual) mas, no mínimo, como uma reconstrução racional e, no máximo, como uma justificação do sistema. A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser³¹.

De fato, a teoria neoconstitucionalista tenta se afastar do positivismo jurídico sobretudo por impregnar de normatividade a Constituição e seus princípios, fazendo com que se adote um modelo prescritivo da Constituição como norma, buscando conferir validade ao sistema pela normatividade dos princípios constitucionais, sufragando um sistema que busca a justiça na decisão em concreto e procura com isso aproximar o interprete da lei dos valores morais; portanto, não é uma teoria asséptica de valores na construção dos seus ditames teóricos.

A Constituição, pois, deve servir como critério de validade normativa do sistema em busca de uma justiça não apenas formal, todavia mais substancial, e como critério de uniformidade valorativa de todo o sistema de normas, não tendo ela “mais a tarefa de preservar o mais alto grau de legalidade, mas, sim, aquela de remodelar as relações sociais segundo uma concepção de bem”, destarte, passa-se de uma concepção de “mera legalidade” ou “legalidade formal” para a de uma “estreita legalidade” ou “legalidade substancial”, nas palavras de Ferrajoli³².

É de se concluir:

Por um lado, a Constituição é moldura e garantia, o seu conteúdo se declina positivamente ou se concretiza por meio do livre debate entre as forças políticas, com respeito a alguns limites. Por outro, a Constituição é endereço vinculante, é um ordenamento de valores objetivos, estruturados e dominantes para o desenvolvimento da legislação³³.

O intérprete, de acordo com a visão ora explicitada, não deve se limitar à técnica consistente na simples subsunção da norma ao fato, conquanto este critério ainda continue válido dada a racionalidade dedutiva que é inerente a todo e qualquer processo interpretativo, mas partir do pressuposto de que o Direito também se vale de determinados conteúdos moralmente concebidos socialmente, apoiados em valores, antes considerados metajurídicos, mas, sufragados pela ordem normativa através dos princípios constitucionais, por se apresentar

³¹ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora: 2006, p. 77 e 78

³² FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo C. Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 44

³³ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora: 2006, p. 92

a Lei Maior, nesse conduto, não apenas como uma mera carta política de uma Nação, porém, como uma verdadeira norma e ordem objetiva de valores.

Com isso, pode-se afirmar com Eduardo Cambi que:

As Constituições modernas, ao instituírem direitos fundamentais, reconhecem a supralegalidade da sociedade e assimilam o pluralismo jurídico. Fornecem categorias críticas para a compreensão da sociedade, o que evita a propagação de compreensões totalitárias e, por isso, inadequadas à complexidade social contemporânea. Com isso, é possível responder às exigências do livre desenvolvimento da pessoa humana, reduzir os excluídos da justiça e construir uma sociedade mais solidária. (Itálicos no original)³⁴.

O neoconstitucionalismo não pode, entretanto, ser confundido com outros movimentos a exemplo do direito alternativo, não obstante ambos respaldem suas críticas à extrema rigidez do positivismo jurídico e de suas regras de interpretação. Crê-se que ambos têm uma mesma origem epistemológica: a criticidade aos postulados-base do juspositivismo metodológico, conceitual e legalista, mas, por outro lado, se distanciam a partir de seus dados conceituais e, mais ainda, dos objetivos que intentam realizar.

O alternativismo tem várias vertentes, porém, trata-se de movimento que foi construído a partir da década de oitenta do século passado para exprimir a revolta de alguns juristas e juízes, os quais na prática estavam presos ao contexto formal da lei, que, segundo os mesmos, estão postas para garantia dos privilégios da classe dominante e idealizadora do Poder enquanto tal. O movimento já no seu nascedouro possuía uma verve revolucionária socialista.

Lédio Rosa de Andrade afirma que existem duas acepções de direito alternativo. Na primeira acepção, o uso alternativo do Direito constitui um processo de interpretação por meio do qual o intérprete procura conferir um sentido à lei diferente daquele pretendido pelo legislador, estando ela a serviço da direita e da classe dominante. Na segunda, tem conexão com o movimento do “direito achado nas ruas” e que não está, enquanto Direito, oficializado, competindo, dessa forma, com o direito oficial³⁵. De toda maneira, o alternativismo se baseia nos movimentos revolucionários de esquerda, seja no sentido de mudar a conjuntura social quebrando o paradigma do sistema de produção capitalista e da doutrina liberal individualista através da revolução de classes (revolução ativa) ou da revolução cultural (“revolução passiva”, de índole Gramscista)³⁶.

Postas tais distinções, conclui-se que o neoconstitucionalismo não tem, em qualquer hipótese, a pretensão revolucionária de esquerda, mas apenas a de adotar a teoria da interpretação mais flexível aos parâmetros contemporâneos tendo por eixo fundamental a

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2018, p. 26.

³⁵ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 38/47.

³⁶ ARRUDA JR. Edmundo Lima de Arruda. Reflexões sobre um ensino jurídico alternativo. In: CARVALHO, Amilton Bueno (Org.). *Revista de direito alternativo*, nº 1, São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 60-62.

Constituição (esta fundada em uma Democracia social, e não em uma socialdemocracia, como alerta Reale³⁷), não apenas como mera carta de intenção política, mas como uma verdadeira ordem de valores com plena força normativa, aproximando o intérprete julgador da sociedade e das pautas democráticas, porém, sempre preservando os limites intrassistemáticos de interpretação como será observado mais à frente.

4. NEOCONSTITUCIONLISMO E DIREITO CIVIL

Qual o modelo de Justiça que fundamenta o Direito Privado da sociedade contemporânea? O modelo de Justiça comutativa encontra-se superado por aquele modelo distributivo ou, no mesmo diapasão, este modelo perdeu sentido com a profusão dos ideários da justiça social? Existe uma crise da Teoria da Justiça?

É fato que mesmo na seara da teoria do contrato há espaço para a aplicação de valores relacionados à justiça distributiva quando a comutatividade representar injustiça concreta a exemplo da práxis jurídica atualmente desenvolvida para a proteção de figuras vulneráveis como a do consumidor e a do idoso. O contrato não é, de maneira absoluta, a representação sinalagmática das correspondentes prestações conferidas a cada contratante, devendo a sua interpretação levar em conta as particularidades objetivas e subjetivas de cada caso concreto. Pode-se, destarte, à guisa de conclusão, aplicar-se regras de justiça distributiva nas relações privadas em ambiente nitidamente alvissareiro para a aplicação dos princípios de comutatividade, e vice-versa, no que se tende a concordar com Rafael Dresch quando defende a análise do Direito Privado à luz da “Justiça Geral” (Justiça Social) que parte da consideração da igual dignidade- reconhecimento dos seres humanos, institucionalizada por deveres e direitos de índole fundamental, a permitir a avaliação do exato papel da “justiça particular” (termo usado pelo autor para designar a justiça comutativa e distributiva) nos diversos institutos do Direito Privado³⁸. Em resumo, o foco do jusprivatista deve se centrar numa teoria que possibilite a compreensão de uma racionalidade com esteio na justiça e na dignidade humana, devendo a justiça social prevalecer sobre os modelos de justiça particular³⁹, porém sem perder de vista o balanceamento imposto pela utilização da dignidade da pessoa humana como vetor axiológico central do ordenamento a imprimir força à tutela dos direitos fundamentais.

A análise de cada caso concreto, ainda que regulado minuciosamente pelas partes em suas inter-relações privadas, sofreu as pressões da novel aplicação da teoria complexa da

³⁷ REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40 e 44. Para o Jurista, a Constituição de 1988 é produto da síntese das ideologias marxistas (socialdemocracia) e liberais. Ressaltando a importância da distinção entre os termos Democracia social e Socialdemocracia, o que fez convergir um pensamento fundante da ideologia democrática nacional.

³⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do direito privado. Uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 192.

³⁹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do direito privado. Uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 161 e 162.

Justiça a partir da leitura formulada acima, impregnada que foi pelo surgimento do Estado Democrático de Direito a superar as injustiças impostas pelas teorias formalistas do Direito⁴⁰. Hoje, vive-se, presencia-se, cultua-se e arregimenta-se outro tempo: o tempo do respeito ao homem e à Justiça, para além daquela justiça servida por ele, aprimorada para uma Justiça que o serve.

Eis o foco: o homem. Porém não aquele ensimesmado, senhor dos seus direitos, mas aquele homem socializado, consciente também dos seus deveres para com o outro e para com a sociedade, sem que tenha perdido sua individualidade enquanto ser humano particularizado abstrata e concretamente. A interpretação do direito, como base de construção de uma nova teoria da Justiça, colhe seus elementos na mudança de paradigma do novo Estado Constitucional ainda em construção.

Uma das principais imbricações da mudança de paradigma imprimida pelo movimento neoconstitucional se realizou justamente na atividade interpretativa do material legislativo realizada pelo órgão julgador, uma vez que se impôs ao judiciário o exercício de uma atividade jurisdicional proativa em defesa dos direitos fundamentais a partir da centralização da dignidade humana como princípio fundamental nos ordenamentos jurídicos das nações democráticas. Aliás, imbricação esta que culminou no processo de “constitucionalização do Direito Civil”.

Segundo Riccardo Guastini⁴¹, por constitucionalização do direito se propõe entender um processo de transformação de um ordenamento ao fim do qual ele resulta “totalmente impregnado” pelas normas constitucionais desde que se reconheça como garantia do sistema a existência de uma Constituição rígida, a efetiva jurisdição constitucional, a força normativa da Constituição, a sobreinterpretação constitucional, a aplicação direta das normas constitucionais entre os particulares, a interpretação conforme das leis e a influência da Constituição sobre as relações políticas.

De fato, com a ascensão do Estado Social surge a fragmentação do Direito Privado e o processo de descodificação; com ele “manifesta-se na legislação uma tendência centrífuga, de afastamento do Código Civil”, por nele não caber mais a realidade social com suas complexidades e conflituosidades⁴². Assim, a legislação passa a ser vista à luz da

⁴⁰ No dizer de Danilo Mergulhão, “para a escola positivista, o Estado de Direito estava vinculado estritamente à legalidade, tendo como fundamento de validade a autoridade competente positivadora. Percebe-se ainda a separação Direito-Moral, que culminou com a legitimidade dos governos totalitários. Tendo como características dessa Escola uma doutrina descritiva (razão teórica) e jurisprudencial (exegética). Ainda se encontra uma centralidade ocupada pelo Código Civil, individualista, cujas regras (texto) pretensamente resolveriam todas as situações fáticas (completude; harmonia etc.)”. “A interpretação é tida, para essa Escola, como um ato de vontade que camufla um ato de poder. A subsunção silogística entre norma e fato sustenta valores subjetivos, conduzidos por um ‘sentido comum teórico’. Há uma ênfase no texto enunciado pela regra jurídica, cujo intérprete é um sujeito separado do objeto a interpretar (Direito), num papel de mero revelador de seu sentido preexistente (essencial)”. MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. *Contratos interempresariais de consumo*. A boa-fé objetiva como limitador da autonomia da vontade das partes. Curitiba: Juruá, 2018, p. 51.

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In Edición de Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Editorial, Trotta, 2009, p. 49-59.

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 95.

funcionalização dos institutos do Direito Privado, devendo o Juiz se socorrer da Constituição para iluminar a exegese dos preceitos dos ordenamentos que compõem o Direito infraconstitucional⁴³.

No dizer de José Jairo Gomes, mais do que se localizar no vértice da pirâmide normativa do sistema de Direito, a nova visão sob enfoque tem a Constituição como “núcleo duro do sistema jurídico”, pois ela é a portadora privilegiada da manifestação do poder constituinte e, além de instaurar o Estado e organizar o exercício do poder político na sociedade, fundamenta e legitima a nova ordem que vem a lume a partir dela, revogando a ordem pretérita e originando um novo sistema, constituindo-se em seu ápice e fundamento⁴⁴.

A constitucionalização representa, portanto, a análise de institutos como a posse, a propriedade, o contrato, a família, o dever de reparar, etc., sempre em harmonia com os valores e princípios de ordem democrática e solidarista inaugurada pela Lei Maior a configurar um plexo de elementos teóricos que constituem o movimento hodiernamente denominado de Direito Civil Constitucional⁴⁵.

O Direito Civil, no entanto, não pode ser considerado como “o conjunto de normas constitucionais que cuida do Direito Civil” e, nem, tampouco, uma tentativa de esvaziamento do seu conteúdo, transferindo muitos dos seus temas para o campo do Direito Constitucional, na esteira do pensamento de Schreiber⁴⁶, porém se trata da “corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do Direito Civil à luz da Constituição”.

É de se anotar que

A metodologia civil constitucional nasce da convicção oposta: a de que não existe um direito civil ‘neutro’ ou ‘não histórico’. A aparente neutralidade ideológica das codificações civis européias servia, na verdade, a um projeto bem definido: manter a segurança e a estabilidade dos negócios a salvo de qualquer intervenção, mudança ou crise do Estado, apartando o direito civil do restante do ordenamento jurídico e protegendo-o como espaço da autonomia da vontade, tutelada, em si mesmo, independentemente dos fins que a vontade individual se propusesse a perseguir⁴⁷.

Para o civilista contemporâneo Já não podem ser desconsiderados os aspectos importantes de mudança quando se faz a leitura do Direito Privado à luz da Constituição a tornar

⁴³ Ibidem, p. 99

⁴⁴ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 47.

⁴⁵ Carlos Konder doutrina que “difundiu-se no Brasil a metodologia da constitucionalização do direito civil, por vezes referida como ‘direito civil constitucional’. 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”. KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26 e 27.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5

preponderantes os aspectos existenciais da pessoa humana, a funcionalização do Direito Civil, a aplicação das normas constitucionais diretamente nas relações entre particulares, a relevância dos princípios constitucionais dotados de força normativa e vinculante e o impacto dessas premissas na interpretação do Direito Infraconstitucional, porquanto a adotar-se essa postura diante da conjuntura do Estado Democrático de Direito, é de se concordar com Perlingieri⁴⁸ para quem, com assaz razão, aduz não existir apenas um ordenamento, porém ordenamentos jurídicos, cuja unidade normativa deve ser encontrada na Lei Maior.

Sob essa perspectiva pode se anotar que:

Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritorietà*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação⁴⁹.

Cabe, porém, chamar a atenção para o fato de que o Poder Judiciário, sob tais considerações, não pode desconsiderar o trabalho realizado pelo Legislador ao confeccionar o texto legal, evitando-se, com isso, o que se entendeu por bem aqui denominar de saltos extrassistemáticos, a fim de evitar “*el peligro de la tiranía de los valores*, como bem adverte Barberis⁵⁰.

5. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS E A ALTERAÇÃO NO VALOR DAS REPARAÇÕES COMPENSATÓRIAS À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A vertente do Constitucionalismo ora defendido não pode ter a feição do Constitucionalismo Democrático, e, muito menos, dos Constitucionalismos de índole popular (todos estudados no item 2.2), partindo-se da premissa que deve se entender o Poder Judiciário como único interprete da Constituição e do Direito infraconstitucional - autoridade constituída pelo ordenamento para “dizer o direito” -, estando sempre vinculado às leis e à própria Constituição. Logo, tem-se que a origem do Direito Positivo, incluindo o Direito Constitucional, é primordialmente a legislação (Direito Objetivo), tendo o Judiciário relevante função na criação da

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 5.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 12.

⁵⁰ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: Edición de Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Editorial, Trotta, 2009, p. 278

norma jurídica e, por conseguinte, na aplicação do Direito, a partir do texto que lhe foi emprestado pelo Parlamento e dos fatos que se lhes são apresentados.

Trata-se de uma forma de Constitucionalismo democrático em sentido estrito, ou seja, um Constitucionalismo para além das vertentes ideológicas de esquerda que ultrapassa em valor o Constitucionalismo clássico, fonte de onde se abeberou o Positivismo em suas mais variadas vertentes, inclusive o de matriz legalista, e seus postulados originais, próprio da teoria política liberal e do individualismo jurídico.

Se, contudo, tal orientação tem por fundamento, no plano filosófico, um denominado Pós-Positivismo Jurídico, é algo que necessita de maiores estudos e aprofundamentos doutrinários, porém, em época de sociedade fluida, na qual as mudanças nos comportamentos humanos, empresarias e sociais são, muitas vezes, conduzidas e instigadas pelo arsenal tecnológico posto à disposição da população, os métodos clássicos de interpretação do Direito, ainda a desconsiderar as possibilidades de sua aplicação, sob a égide do Constitucionalismo moderno, parecem estar defasados no sentido do sentimento de justiça e da legitimidade da ordem social a partir da visão do homem contemporâneo.

Sob essa perspectiva, o Juiz, que antes exercia uma função meramente declarativa e coadjuvante no processo interpretativo, necessita imprimir uma postura proativa, buscando consolidar os métodos interpretativos a partir da leitura constitucional do direito legislado, exercendo uma atividade primordialmente construtiva da ordem jurídica, estando atrelado, sempre, ao material legislativo colocado à sua disposição, inclusive à própria Constituição, restando-se, destarte, impedido de realizar ao que aqui se convencionou chamar de saltos extrassistemáticos, isto é, saltos para fora da lei e do sistema constitucional, imprimindo uma interpretação com base em ideologia política própria, pinçando ao léu qualquer princípio constitucional sem nenhuma justificação técnica para tanto, a caracterizar a atecnia da formulação alternativa do Direito.

Antes de mais, insta fazer, ainda que ligeiramente, algumas considerações sobre o princípio da reparação integral e suas repercussões no campo da modificação do *quantum* reparatório a ser estabelecido judicialmente, tudo com base na interpretação conferida pelo modelo Civil Constitucional.

Previsto no artigo 944 do CC quando dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o princípio da reparação integral estabelece que aquele que se intromete na esfera jurídica alheia, destacando, com isso, parte do patrimônio material ou existencial da pessoa, retirando-lhes bens jurídicos, fica obrigado a recompor tal patrimônio ao estado anterior do dano.

O dano e sua extensão são, pois, base e limite da reparação. Nesse conduto, no dizer de Paulo de Tarso Sanseverino, o princípio em análise, também conhecido como “princípio da equivalência entre os prejuízos e a indenização”, busca, em realidade, colocar a vítima lesada, na maior medida do possível, na posição em que se encontrava antes da conduta danosa,

caracterizando o que chama de ficção já que, não rara as vezes, ela não pode ser reconduzida a tal patamar por impossibilidade fática, a exemplo do que se sucede nas reparações do dano morte e dano à saúde, os quais só podem ser reparados “de forma aproximativa”. Guarda, portanto, tal princípio as funções compensatória, indenitária e concretizadora⁵¹.

Nas precisas palavras do Professor da UERJ, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho⁵², o princípio em comento se traduz como verdadeiro mandado de otimização que visa a conferir a completa reparação da vítima em toda a medida da extensão dos danos sofridos; contudo, a sua natureza não impede que seja a reparação integral ponderada quando em jogo estiverem outros princípios e valores também caros ao ordenamento nacional. Pondera, dessa forma, que a expressão não detém caráter absoluto e por deter natureza principiológica deve ser ponderada no caso concreto.

Partindo-se da conclusão do professor citado de que a reparação parcial (ou não integral) é medida de exceção e que ela só se impõe à luz de um “juízo equitativo”, “para além de ser excessiva ou desproporcional”, ou seja, embora o texto legal sugira a diminuição do valor da indenização quando houver desproporcionalidade entre a extensão do dano e a culpa do agente, como é a hipótese abarcada pelo parágrafo único, do artigo 944 do CC, nem todas as vezes em que ocorrer tal desproporção haverá lugar para a reparação parcial. Basta, para isso, analisar a situação hipotética em que o agente causador do dano seja muito rico e possa sem qualquer desfalque patrimonial mais sério realizar a reparação integral, não obstante ter malogrado com culpa levíssima bem alheio⁵³. Assim, tal interpretação se coaduna com o enfoque civil constitucional ora conferido e na afirmação de que o princípio sob estudo exige que todo dano seja reparado (extensão) e que todo o dano seja reparado (quantidade)⁵⁴.

Após as digressões preliminares, para melhor exemplificação e solidificação do pensamento que ora se expõe, ao modo do que se convencionou chamar de Direito Civil Constitucional, convém exemplificar com dois exemplos práticos extraídos da seara da responsabilidade civil, a fim de conferir clareza aos propósitos do trabalho.

Exemplo 1: O Código Civil brasileiro no artigo 944, parágrafo único, estabelece que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Parágrafo único: “Se *houver excessiva*

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁵² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Monteiro-Filho-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>. Acesso em: 14 março de 2022, p. 5.

⁵³ Sobre a necessidade da ponderação entre os interesses postos em jogo no atual quadrante do direito na perspectiva da legalidade constitucional, consultar: PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Monteiro-Filho-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>. Acesso em: 14 março de 2022, p. 6.

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”⁵⁵.

A legislação infraconstitucional permite a redução do valor da reparação indenizatória ou reparatória – constituindo-se exceção ao princípio da reparação integral⁵⁶ - se houver excessiva desproporção entre o dano, ou seja, entre o seu tamanho - já que tal valor deve ser fixado, antes de mais, com base em sua extensão, como determina o *caput* -, e a leve culpa do ofensor.

Ora, considerando que o Juiz exerce uma função de concretização do Direito, e que, portanto, irá proceder à *interpretação* (análise gramatical, histórica, lógica, sistemática e teleológica do texto disponível) e a *aplicação* da norma diante do contexto fático a ele apresentado (processo de concretização judicial), no caso concreto, e apenas no caso concreto, podem lhe ser apresentadas algumas hipóteses, entre as quais: a) Se existir uma grande desproporção entre a gravidade do dano e a culpa do autor do prejuízo (ex.: culpa levíssima), o juiz poderá reduzir, sempre de forma equitativa, o valor do *quantum debeatur*, porém, se ocorrer o contrário, e a desproporção entra a culpa e o dano se der de forma inversa, isto é, se o dano for de pequena monta, entretanto, a culpa for grave, poderá o Julgador aumentar a indenização?

Exemplo 2: O Código Civil brasileiro no artigo 945, *caput*, estabelece que: “*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*”.

A Legislação Civil também permite a redução do valor reparatório quando a vítima tiver concorrido para o dano, devendo-se analisar o caso no contexto da gravidade da conduta do ofensor e da “culpa” concorrente do ofendido.

Poderá o Juiz não se valer do mecanismo legal, previsto no artigo 945, em estudo, para evitar a redução do valor da reparação nas situações em que o autor do dano é condenado a pagar um valor a título de reparação por dano moral decorrente de uma determinada situação aviltante infligida à dignidade da pessoa humana, como por exemplo naquelas situações em que

⁵⁵ Impende observar que a redução do quantum reparatório se manifesta como exceção ao princípio da reparação integral e deve ser realizado pelo juiz com extrema cautela, à luz dos interesses postos em jogo, utilizando-se da ponderação que cada caso exige. Neste sentido, Carlos Edison do Rêgo Montenegro Filho observa que: a) o princípio da reparação integral faz-se corolário de longa duração no direito brasileiro e apresenta status constitucional; b) a redução do quantum na hipótese ora estudada representa exceção ao princípio da reparação integral e deve ser procedido com extrema cautela; c) a desproporção há de ser significativa; d) a redução deve se dar de forma equitativa, atendo-se ao patrimônio do ofensor; e) a redução não tem aplicação quando inexistir comprometimento patrimonial tanto do agente como da vítima; f) a solução é cogente e deve ser aplicada para qualquer tipo de dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e de responsabilidade (negocial ou extranegocial). (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil*. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 134 e 135).

⁵⁶ Há quem entenda pela inconstitucionalidade do dispositivo em exame, por suposta violação do princípio da propriedade, mormente nas situações de danos patrimoniais, até pela sua total dispensabilidade ante à exigência de observância por parte do intérprete da lei dos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, consultar MARGULHÃO: Maria Fernanda Dias. *Indenização integral na responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 118, 144.

a vítima passou por um processo de tortura, ainda que tenha contribuído de qualquer forma para tal intento?

A leitura constitucional do Direito Civil parece conduzir o aplicador da Lei a escolher a alternativa que melhor possa concretizar o valor conferido pela dignidade da pessoa humana, estando previsto enquanto princípio democrático e fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III da Carta Fundamental. Posto isso, a possibilidade de aumentar o valor da reparação em razão da culpa grave ou do dolo do agente não parece se coadunar com a ideia aqui apresentada, isso porque, no mais das vezes, o valor da indenização nessas situações poderia fundamentar a reparação punitiva⁵⁷, mecanismo, aliás, não previsto no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁸ e que poderia consubstanciar um enriquecimento sem causa por parte da vítima. Logo, a hipótese de majorar o montante da reparação, nesta situação, em nada representaria de concreto para a projeção da dignidade humana, podendo, ao revés, conduzir a distorções práticas desfuncionalizando o Direito Civil⁵⁹.

Aliás, deve se somar a esses argumentos o fato de que a cultura jurídica legislativa brasileira não é afeita aos aumentos exorbitantes das reparações a título de “indenizações punitivas”, para tanto basta deitar os olhos sobre o veto ao artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor, o qual tentou incluir a única hipótese de pena privada na legislação do país nas situações de danos causados por produtos e serviços defeituosos de alta periculosidade e causados por grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor do bem de consumo⁶⁰.

De fato, ao contrário de se argumentar no sentido de que as reparações punitivas promoveriam a funcionalidade do direito de responsabilidade civil, ao revés, conduziriam a resultado inverso ao se atribuir poderes exorbitantes a juízes os quais, sem o anteparo legal devido, exerceriam uma função própria do legislador sem qualquer respaldo de tipicidade e

⁵⁷ Para uma leitura aprofundada do tema a favor da indenização punitiva, desde que haja regulamentação por meio de legislação infraconstitucional, ver, por todos, a excelente obra: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵⁸ Em trabalho de fôlego sobre o tema, Higa chama a atenção para o fato – um tanto quanto óbvio, mas despercebido na prática dos tribunais – de que o artigo 944, *caput*, do CC não faz referência qualquer a parâmetros que possa ensejar a apuração de indenização punitiva, como o grau de culpa do ofensor, a sua capacidade econômica, o caráter pedagógico da reprimenda ou que a indenização sirva de lenitivo para a vítima e de desestímulo para o agente provocador do dano. Assim, ao contrário de consubstanciar a possibilidade de se aplicar a reparação como punição, o dispositivo trata apenas da correlação exata entre lesão e a reparação, isto é, restringe-se a estabelecer nada mais que o limite e a extensão da reparação. HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva. Os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2016, p. 241-244.

⁵⁹ Em sentido contrário, entendendo ser possível a aplicação da indenização punitiva no Brasil, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que na ausência de previsão legal, conferir: ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009. Da mesma forma, entre outros, entendendo pela dupla função ressarcitória e punitiva da reparação, SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 166 e 167. Como forma das indenizações constituírem reforço de tutela à pessoa humana por meio das “compensações punitivas”, conferir: LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 385-387.

⁶⁰ Neste sentido, ver, por todos, a recente obra de REIS JÚNIOR, Antônio dos. *Função promocional da responsabilidade civil. Um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos*. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 66.

segurança jurídica para o ofensor, caindo-se no conto da carnavalização dos valores fixados ao talante de cada um.

Quanto à hipótese da possibilidade de diminuição do valor reparatório nas ocasiões de aviltamento da dignidade humana (exemplo 2), embora pareça à primeira vista haver permissão do ordenamento pátrio por meio do dispositivo acima citado (artigo 945), parece também existir claro óbice constitucional diante da simples razão de que a funcionalização do Direito Civil se restará respeitada caso não se admita a minoração do valor ante a ato tão atentatório aos valores existenciais humanos.

Embora a norma encarnada no artigo 945 do CC não represente bem uma hipótese de reparação parcial na forma do que se discutiu no tocante ao parágrafo único do artigo 944 do mesmo Código, por envolver tecnicamente um fator de redução da indenização por concorrência de causas da vítima com a do ofensor, ou como se fala impropriamente em “concorrência de culpas”, a técnica interpretativa ora empreendida tem especial aplicação.

Evidentemente que se o autor do dano dolosamente impingir a alguém por conduta desumana e ultrajantes prejuízos de ordem existencial a outro ser humano, deve assumir a responsabilidade integral pela reparação civil, sem embargo de a vítima, de qualquer forma, ter “contribuído” para o infausto. Contudo, na ordem democrática em vigor nada leva a crer que qualquer fator de imputação à vítima ou a terceiro possa diminuir ou amenizar a sordidez do fato e, com isso, a sansão de reparação.

Neste sentido pode se falar não propriamente de uma sanção punitiva no seu sentido mais restrito (como retribuição ao “mal” causado), porém, numa sanção pedagógica em um sentido mais amplo, a ponto de conferir ao instituto da responsabilidade por danos, um efeito preventivo (dissuasivo)⁶¹ mais eficaz que em outras áreas do direito, por meio do qual não se aumentaria o valor da indenização propriamente dita, a qual já deve estar compatível com a “extensão” do dano (extensão das consequências lesivas), mas sim, por outro lado, nega-se a diminuição da verba compensatória por causa concorrente da vítima.

Em resumo, no contexto do que aqui até agora se defendeu, a resposta é a de não se aplicar o dispositivo mencionado a fim de aumentar a reparação com fins punitivos (artigo 944, parágrafo único), assim como a de não aplicar o outro dispositivo mencionado (artigo 945) quando a diminuição da reparação possa se constituir como elemento qualificador de aviltamento à dignidade humana.

Sob tal viés, conclui-se que a Constituição Federal sufragou princípios e valores, os quais produzem impacto direto na forma de se interpretar e aplicar o direito infraconstitucional, estando a atividade de concretização judicial necessitada dos influxos constitucionais mais caros à ordem democrática, propiciando-se com isso uma fundamentação moral-constitucional ao

⁶¹ Defendendo subsistir função preventiva à responsabilidade civil apenas enquanto não ocorrido o dano, consultar: REIS JÚNIOR, Antônio dos. *Função promocional da responsabilidade civil*. Um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 105.

Direito e que será a mais hábil e “neutra”, sob o ponto de vista ideológico-partidário do Juiz, desde que o intérprete evite os saltos extrassistemáticos, aliando-se, com isso, os postulados do juspositivismo jurídico com a visão do neoconstitucionalismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGRAGA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura. CASTRO, Celso Luiz Braga de. TAVARES, André Ramos. (Coords.). *Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução e organização de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ARRUDA JR. Edmundo Lima de Arruda. Reflexões sobre um ensino jurídico alternativo. In: CARVALHO, Amilton Bueno (Org.). *Revista de direito alternativo*, nº 1, São Paulo: Acadêmica, 1992.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: Edición de Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial, Trotta, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Ele, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina.

DANTAS, Ingrid Cunha. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da faculdade de direito UFPR*. Curitiba, vol 64, nº 2, mai/ago. 2019.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. Introdução, teoria e método. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos do direito privado. Uma teoria da justiça e da dignidade humana*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo C. Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

GOUVÊA, Carina Barbosa. DANTAS, Ivo. Constitucionalismo democrático e seus elementos integradores para conformar uma cultura constitucional através do 'diálogo democrático': efeitos sistêmicos de transformações no contexto social. *Revista de Direito Público*, Edição especial, 2019.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In Edición de Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial, Trotta, 2009.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva. Os punitive damages no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Tradução de Suzana Aguiar. Buenos Aires: Longeseller, 2001.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. *Contratos interempresariais de consumo*. A boa-fé objetiva como limitador da autonomia da vontade das partes. Curitiba: Juruá, 2018.

MERGULHÃO: Maria Fernanda Dias. *Indenização integral na responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Monteiro-Filho-civilística.com-a.7.n.1.2018.pdf>. Acesso em: 14 março de 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil*. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina de Ciccio. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora: 2006.

REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS JÚNIOR, Antônio dos. *Função promocional da responsabilidade civil*. Um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos. Indaiatuba: Foco, 2022.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

RUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Edson Bini; Bauru/SP: Edipro, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. Salvador: JusPodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

Recebido: 07.11.2021

Aprovado: 17.10.2022

Como citar: CABRAL, Marcelo Marques. Constitucionalismos, neoconstitucionalismo e perspectivas para o direito civil-constitucional contemporâneo: a mitigação e a majoração da verba reparatória à luz do sistema constitucional brasileiro. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 90-116, set./dez. 2022.

