



Artur Stamford da Silva  
Organizador

# O judiciário e o discurso dos direitos humanos

Adrualdo Catão  
Artur Stamford da Silva  
Bruno Galindo  
Cecília Caballero Lois  
Enoque Feitosa  
George Sarmento  
Gustavo Ferreira Santos  
Jayme Benvenuto  
Lorena Freitas  
Luiz Magno Pinto Bastos Jr.  
Marcos Leite Garcia  
Paulo Márcio Cruz  
Torquato Castro Jr.  
*e coautores*

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial em qualquer sistema de processamento de dados e a inclusão de qualquer parte da obra em qualquer programa juscibernético. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração.

**Créditos:**

Capa:  
**Carolina Leal**

Ilustração: “Kuilt Texture” de John Wisbey – (www.sxc.hu)

Responsabilidade pelo conteúdo e Redação:  
**O Autor do Capítulo**

Formatação:  
**Artur Stamford da Silva**

Impressão e acabamento:  
**EDUFPE**

Catálogo na fonte:  
**Bibliotecária Joselly de Barros Gonçalves, CRB4-1748**

J92	O judiciário e o discurso dos direitos humanos / Artur Stamford da Silva, organizador. – Recife : Ed. Universitária da UFPE, 2011. 324 p.  Vários autores.  Inclui referências.  ISBN 978-85-7315-945-5 (broch.)  1. Poder judiciário. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Direitos humanos. 4. Função judicial. 5. Juízes – Decisões. I. Silva, Artur Stamford da (Org.).  347 CDD (22.ed.) UFPE (BC2011-135)
-----	---

## SUMÁRIO

O GIRO LINGUÍSTICO DE WITTGENSTEIN E SUA INFLUÊNCIA NA FILOSOFIA DO DIREITO DE PONTES DE MIRANDA (Adrualdo Catão) .....	15
PARA UMA CRÍTICA DO REALISMO JURÍDICO AMERICANO À FUNDAMENTAÇÃO JUSNATURALISTA DOS DIREITOS HUMANOS (Lorena Freitas) .....	43
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E MITOLOGIAS DA LEGISLAÇÃO: CÓDIGO CIVIL VERSUS CONSTITUIÇÃO? (Torquato de Casro Jr.) .....	59
DIREITOS HUMANOS: ENTRE PROMESSA FORMAL E AS DEMANDAS POR SUA CONCRETIZAÇÃO (um ensaio de interpretação marxista) (Enoque Feitosa) .....	67
JUDICIÁRIO E COMUNICAÇÃO: O PROBLEMA DA RESTRICAO AO DISCURSO DO ÓDIO (Gustavo Ferreira Santos e outros) .....	81
A LICITUDE DA PROVA ILÍCITA. O PARADOXO E A DECISÃO JURÍDICA (Artur Stamford da Silva e Marcelle Penha) .....	93
DIREITO À HABITAÇÃO ADEQUADA: O DESAFIO DA EFETIVIDADE E O DISCURSO NO JUDICIÁRIO (George Sarmiento) .....	133
NORMAS E DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Jayme Benvenuto e Rodrigo Deodato de Souza Silva) .....	163
PLURALISMO CONSTITUCIONAL E ESPAÇOS TRANSNACIONAIS (Luiz Magno Jr. e Cecília Caballero Lois) .....	187
DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL TRANSICIONAL (Bruno Galindo) .....	221
O FENÔMENO DOS “NOVOS” DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS DEMANDAS TRANSNACIONAIS (Marcos Leite Garcia e Paulo Márcio Cruz) .....	265
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA (Cecília Caballero Lois e Rafael Costa e Silva) .....	303



# CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E MITOLOGIAS DA LEGISLAÇÃO: CÓDIGO CIVIL VERSUS CONSTITUIÇÃO?

Torquato Castro Jr.<sup>1</sup>

A antropologia, a sociologia e a história dos conceitos jurídicos deparam-se inevitavelmente com metáforas, que compõem em grande número o imaginário e a pedagogia dos juristas. Talvez se possa dizer que tais metáforas funcionam como “catalisadores semânticos”; quer dizer, elas parecem funcionar encurtando o tempo ou o esforço necessário para a compreensão de uma idéia ou de um conceito jurídico. Isso, certamente, ajuda a explicar seu largo emprego como recurso pedagógico pela doutrina. Entretanto, sempre resta algo de impreciso nas figuras de linguagem, talvez algo de verdadeiramente inefável, que incomoda os rigores de epistemologias de inspiração mais cartesiana, rigorosa nas idéias claras e distintas. Dir-se-á são “apenas” metáforas.

Em certo sentido, um saber rigoroso deve prescindir das metáforas. Não é desprovida de sentido a recusa de Luhmann em abordar diretamente o tema “fontes do direito”. Ele disse que se tratava de uma metáfora “antiga” e “bela”, mas que seria inadequada para exame, por não alcançar a expectativa conceitual hodierna de uma teorização científica propriamente dita.<sup>2</sup>

Na presente comunicação, se buscam enfocar metáforas de espaço, topologias metafóricas, a que recorrem os doutrinadores do direito civil, quando buscam expressar sua visão e compreensão do fenômeno chamado por eles mesmos de “constitucionalização do direito civil”. Com elas os autores buscam construir e fixar o significado, direto e indireto (“simbólico”), dos textos das leis cíveis e,

---

<sup>1</sup> Mestre UFPE e doutor pela PUC-SP. Professor Adjunto da UFPE.

<sup>2</sup> Luhmann (...)

particularmente, da Constituição, qual o “valor” desses textos, para usar a expressão eleita por Ivo Dantas.<sup>3</sup>

O surgimento em Roma de uma cultura na qual as palavras escritas ganham influxo decisivo na prática do direito exigiu aptidão para argumentar sob a pressão da literalidade do comando jurídico escrito. A aptidão de fixar comandos jurídicos exigiu assim essa “canonização” de determinadas seqüências de letras, de certas fórmulas jurídicas, a qual, desde os inícios, manifestou-se por meio da adesão obstinada ao sentido literal expreso no texto, isto é, à sagrada expressão da lei.

Tais são imagens, que se constroem para a cabal configuração do “sentido normativo” e da “sacralidade” dos textos legais, condicionando e dimensionando simultaneamente as expectativas em torno deles. Afinal, a lei impera.

A teoria jurídica privatista dá conta da “constitucionalização do direito privado” à sua maneira, constitutivamente. É essa “explicação” que se torna observável desde as perspectivas teóricas da história, da sociologia e da antropologia.

## 1. Cultura jurídica da escrita

Parte necessária do fenômeno que se pretende observar, i.e. do chamado “direito civil constitucional”, tal como ele é hoje compreendido na tradição romanista, dirá respeito ao convívio dos juristas com a tecnologia da escrita e sua adaptação retórica (e antropológica) a ela.

A cultura jurídica romanista é fundamentalmente uma cultura da escrita.<sup>4</sup> Pode-se afirmar isso na medida mesmo em que se pode

---

<sup>3</sup> Dantas (...)

<sup>4</sup> MEDER, Stephan (2005: 40-41): „(...) in Rom etwas ganz Neues zu entwickeln beginnt, nämlich eine Rechtskultur, die zunehmend durch Denkformen der Schriflichkeit bestimmt wird. Das hartnäckige Festhalten der Römer am Gesetzeswortlaut ist Ausdruck ihres Strebens, die Zwölf Tafeln in den Rang eines kanonischen Textes zu erheben.“

afirmar que “conhecer o direito” é, de modo muito peculiar, conhecer certos textos escritos com sua interpretação dominante. E é também, antropologicamente, um comportamento análogo à religião, uma religião da escrita e pela escrita. Parece adequada, a propósito, a caracterização da teoria jurídica como teologia política, proposta por Carl Schmitt<sup>5</sup>. Acrescente-se: uma teologia política numa cultura jurídica da escrita, justamente pela forma sacralizada com que contempla os textos legislados. Ademais as relações históricas entre os métodos de interpretação das escrituras sagradas do monoteísmo de origem e derivação judaica são notórias e ostensivas, além de amplamente estudada.

Nos inícios dessa cultura jurídica da escrita, em Roma, a sacralização da decisão expressa no texto escrito manifestou-se por meio da adesão obstinada ao sentido literal, para constituir a sagrada expressão da lei. Mas já aos romanos mesmos logo se lhes tornaria crível que, ao lado da letra da lei, haveria a *interpretatio* sempre inarredável, incontornável.

Na opinião de Pompônio<sup>6</sup>, por exemplo, a interpretação da lei não poderia ser considerada como direito ao lado das Doze Tábuas, mas deveria estar compreendida no conceito mesmo de “direito civil”. Também Gaio considerava uma decisão que não se contenha na literalidade da lei como lícita e legítima, se for e por ter sido obtida na atividade interpretativa dos magistrados e doutos, como se tivesse sido introduzida pelas letras da lei mesma.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Schmitt (2004)

<sup>6</sup> Corpus Juris : DIGESTO, 1.2.2.5: *His legisbus latis, coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium autoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio, et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut caeterae partes juris sui nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus: sed communi nomine appellatur jus civile*

<sup>7</sup> Corpus Juris: INSTITUTAS, 165: *non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset.*

## 2. Legislação, textos e saber jurídico

A cultura jurídica romanista hodierna, que é quiçá menos romana do que judaico-cristã no modo como concebe a vinculatividade dos textos, não se limita, por outro lado, a ser um modo de conviver com leis, mas também, e muito decisivamente, de conviver com textos doutrinários. Embora os ensinamentos orais tenham espaço no ensino do direito, os textos doutrinários são a ferramenta mais importante para construir a “ciência do direito”.

Assim, quando se pensa nas condições de realização desse saber, que se designa “ciência do direito”, tem-se sempre presente o horizonte da escrita e, por conseqüência, o da história, nos seus elementos constitutivos mais elementares. Esse ponto de vista que absorve o passado no presente por meio de textos era veementemente o da Escola Histórica do Direito, no Séc. XIX, especialmente pela pena de Savigny.

A doutrina jurídica, ou seja, a ciência do direito, a certa altura da história da cultura jurídica romanista, i.e. pelo menos desde a compilação de Justiniano, Séc. VI, funde-se com a lei, passando a integrá-la. O Digesto, livro segundo entre os que compõem o *Corpus Juris Civilis*, é “jurisprudência”, nos dois sentidos que nosso Português permite divisar, como repertório e como saber decisoriais. A formação da ciência jurídica européia a partir do Séc. XII é também a história da recepção do *Corpus Juris*.

A fusão entre ciência do direito e legislação se pode dizer verdadeira até hoje, visto o que ocorre com certas leis, as que tendem ao formato de “código”, ou de “sistema”, como o Código Civil brasileiro e a própria Constituição Federal.

## 3. Guerra entre legisladores e juízes

Entre as promessas emancipatórias da modernidade, podia-se inscrever a expectativa de que a lei, assumindo essa forma sistêmica de “códigos”, pudesse traduzir ostensivamente todo o direito exigível, relativamente a certa área do saber jurídico, revelando-o por



meio de formulações gerais de caráter cogente, que assim se tornariam acessíveis à compreensão de todos. A promessa certamente não se cumpriu; porém, os códigos sobreviveram, não sem perdas, a essa frustração que, vista de hoje, era todavia tão claramente previsível. E se não se espera mais que esgotem o direito, leis de caráter sistêmico, conceituais e relativas a certa generalidade de problemas continuam a ser elaboradas, em nível nacional e, principalmente, nos novos regramentos de mercado e comércio internacionais.

Por detrás desses eventos históricos, pode-se querer inscrever uma “guerra”, metafórica claro, mas também inegavelmente efetiva, entre legisladores e juízes. Uma guerra possibilitada e encoberta pela escritura da lei.<sup>8</sup>

Esse conflito está metaforicamente encoberto, na doutrina, como um conflito de “fontes”. A “guerra” de “fontes” parece hoje resolvida totalmente em favor da lei e em desfavor do costume judiciário. A ascensão da lei à condição de única fonte não foi, antes pelo contrário, refratária à “ciência do direito”, a qual, como se disse, já vinha sendo, desde Justiniano, absorvida pelo legislar (ou, ao menos, por algumas leis, talvez as mais importantes, as leis sistêmicas).

Hoje em dia, quando a guerra entre lei e costume parece ter chegado a uma clara vitória da lei, ela pode estar ainda disfarçada, sob uma retórica que ao mesmo tempo a esconde e conserva, nas nada simples relações entre direito dos juízes e vinculatividade da lei. Como relata Hans Hattenhauer, o “direito de juízes” entrou no lugar do direito costumeiro infrator da lei como construção do direito legitimada pela interpretação constitucional *contra legem*. Segundo Hattenhauer, as velhas inimigas *consuetudo* e *lex* jazem no campo de combate esgotadas e têm que constatar, surpresas, que, em vez delas um outro poder fora vencedor da batalha. Esse poder vencedor, o “direito de juízes” (*Richterrecht*), se legitima pela suposta cientificidade de seu conteúdo.

---

<sup>8</sup> SAAR et al. 2005, 128.

Há hoje entre os chamados neoconstitucionalistas a expectativa de que a Constituição, uma lei sistêmica, obra de legislação, possa ser compreendida como contendo um determinado e determinável fundamento de todo direito exigível, o qual a ciência do direito, a doutrina constitucionalista, ajudaria a reconhecer. Esse direito objetivamente posto na Constituição, por meio do chamado “controle de constitucionalidade” (*judicial review*), tem o condão de “empoderar” os juízes, de um modo único, no controle do legislador ordinário e do legislador constituinte derivado. Transformando-o materialmente numa espécie de contra-legislador.

A análise das narrativas da dogmática civilista constitucionalista quanto ao tema que Konrad Hesse denominou de “força normativa da constituição”, com efeito, revela novas metáforas e antecipa novas frustrações.

A fórmula proposta, porém, procura conciliar. Assim, para Tepedino (in Conrado *et al.* 2009: 39), “o sistema jurídico há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação direito, sendo aberto justamente para que se possa incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução do caso concreto”. A fórmula, como se vê, recupera a argumentação de Gaio, referida acima, o que corrobora a idéia de que se trata de uma nova forma para uma velha estratégia.

#### **4. A “revolução copernicana” da civilística constitucionalista**

O assim chamado “direito civil constitucional” pode ser definido como uma orientação hermenêutica, que tem ganhado difusão e prestígio doutrinário no Brasil, mormente desde o advento do texto constitucional de 1988, metaforicamente denominado “Constituição Cidadã”.

Erigiu-se então um discurso cujas bases metodológicas consistem na dúplici tarefa de desprestigiar o direito legislado nos

códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional.

Segundo essa doutrina, sairia “do centro” do ordenamento jurídico o direito codificado e ocuparia esse “espaço” o texto constitucional. Isso seria comparável a passar a compreender o sol e não a terra como centro do mundo. O problema parece estar em não se perceber a relatividade dessas assertivas. O sistema jurídico não tem centro. Aliás toda topologia que se lhe queira atribuir será inescapavelmente metafórica, embora nem por isso menos relevante.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (1991: 67):

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei de Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de Direito Privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

Ora, se tomada literalmente a assertiva acima, então ter-se-ia que a Constituição não era base única e se tornou, quando o código civil perdeu forças, perdeu “centralidade”.

Para Fachin, na mesma linha, a Constituição teria “emprestado força” a distintos institutos de direito privado (in Conrado et al., 2009: 22).

De novo a idéia, que não pode ser tomada literalmente, de que o fato de estar escrito no texto constitucional torna a função social um princípio qualitativamente diferente do que era até então.

A “revolução copernicana” da civilística constitucionalista tem um sentido mítico fundamental, relacionado à cumulatividade do saber jurídico e do direito de juízes e juristas, que se projeta na composição de uma topografia imaginária da legislação.

A importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento (judicial) do direito privado é inegável. Porém, a constituição atende a funções político-retóricas diversas daquelas da codificação civil. A Constituição é escrita com estilo diverso do código civil, emprega palavras bem menos semanticamente determinadas do que o Código Civil e persegue outros fins. São duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições.

Como afirmou expressamente Fachin (in Conrado et al., 2009: 21), por detrás desses esforços de figuração há “uma grande vontade política”. Segundo ele, “de tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira em algo mais do que a Constituição de papel de Ferdinand Lassale”.

## Referências

CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (2009). *Direito Privado e Constituição. Ensaio para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio*. Curitiba.

*Corpus Juris Civilis (1881) – Academicum Parisiense (1881)*. Paris.

LUHMANN, Niklas (2010). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main

MEDER, Stephan (2005). *Rechtsgeschichte (2005)*. Köln, Weimar, Wien.

MÜLLER, Friedrich (1986). *Richterrecht*. Berlin.

SAAR, Stephan Chr. et al (2005). *Recht als Erbe und Aufgabe – Heinz Holzauer zum 21. April*. Berlin.

SCHMITT, Carl (2004). *Politische Theologie*. Berlin.



O JUDICIÁRIO E O DISCURSO  
DOS DIREITOS HUMANOS

**INFORMAÇÕES GRÁFICAS**

**FORMATO** 15,5 x 22 cm

**TIPOLOGIA** Times New roman

**PAPEL** MIOLO: Off-set - 75g/m<sup>2</sup>  
CAPA: Triplex 270 - g/m<sup>2</sup>

**Montado e impresso na oficina gráfica da**

**Editora**  
**Universitária**  **UFPE**

Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20 - Várzea  
Recife | PE CEP: 50.740-530 Fax: (0xx81) 2126.8395

Fones: (0xx81) 2126.8397 | 2126.8930

[www.ufpe.br/edufpe](http://www.ufpe.br/edufpe) • [edufpe@nlink.com.br](mailto:edufpe@nlink.com.br) • [editora@ufpe.br](mailto:editora@ufpe.br)