



É hora de juristas brasileiros se familiarizarem com sistema alemão

Sobre as relações entre Direito Público e Direito Privado, suposta e/ou real constitucionalização de todo o Direito Civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares muito tem se falado, há pelo menos uma década, entre nós brasileiros. Mas a questão tem sido tematizada, como infelizmente acontece em face de vários outros objetos de estudo jurídico-científico, de maneira tão fundamental, vale dizer: fundamentalista, como se houvesse apenas duas posições diametralmente opostas entre conservadores, que estariam insistindo em quase deificar a autonomia privada como um instituto supremo apto a impedir qualquer tomada de influência no Direito Civil pelo Direito Constitucional, de um lado, e posições “progressistas”, “neoconstitucionalistas” que relativizam qualquer papel autônomo desempenhado pelo Direito Civil, de outro. Que a racionalidade não lança luzes sobre tal debate obscurantista entre antagonistas radicais, pode ser aqui considerado mais do que plausível.

O debate sobre o rompimento das fronteiras entre Direito Civil e Direito Constitucional e suas intensas consequências para todas as ciências jurídicas e, especificamente, para a força normativa das normas constitucionais, em especial das normas definidoras de direitos fundamentais, foi iniciado e desenvolvido até as mais sutis minúcias justeóricas e jurídico-dogmáticas na Alemanha. Desde seu início suscitado pela entre nós muito citada, mas pouco conhecida na essência, Decisão Lüth, de 1958, tanto a jurisprudência constitucional quanto a literatura jurídica especializada que sempre a acompanhou criticamente têm alertado quanto aos graves riscos de uma constitucionalização desenfreada, tratada pela dita corrente progressista como um valor em si e panaceia para a solução de problemas identificados como sendo da mais “lídima justiça”.

Não há de se refutar o reconhecimento da chamada eficácia de irradiação dos direitos fundamentais no Direito Civil, especialmente no sentido de que ela tem seu lastro normativo no comezinho vínculo do terceiro poder a todos os direitos fundamentais. Por isso, o jogo de oposição entre legalismo versus constitucionalismo a que se propõem os adeptos dos vários matizes teóricos que respondem, conjuntamente, pela alcunha do neoconstitucionalismo, do constitucionalismo solidário etc. é bastante discutível.

O fato normativo é que, em nosso sistema de controle de constitucionalidade difuso, o juiz está, primeiro, vinculado à lei. Não obstante, como não há (ainda) um juiz natural exclusivo para questões constitucionais, podendo, ao contrário do que ocorre no sistema concentrado de marca austríaco-germânica, qualquer juiz descartar a aplicação de uma norma válida após fundamentar seu veredito de inconstitucionalidade com base em parâmetro constitucional, especialmente, jusfundamental, o juiz, ao dirimir uma lide civil trazida à sua apreciação, observa a eficácia da norma constitucional que o vincula diretamente. Os particulares em litígio sentem, assim, indiretamente, os efeitos do vínculo normativo que, de fato, é do Poder Judiciário.



Esses reconhecimentos relativamente óbvios na contemporânea cultura jurídica alemã precisam ser conhecidos, em detalhes, por nós. É preciso avançar. Para tanto, é imprescindível conhecer bem o sistema jurídico-constitucional germânico que vem sendo marcado há exatamente 66 anos e cinco meses pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

Essa oportunidade de familiarização com o sistema jurídico-constitucional alemão está sendo aberta, no dia 26 de fevereiro de 2018, a partir das 9h, por um seminário na Faculdade de Direito da USP (auditório Ruy Barbosa Nogueira) promovido pelo Programa de Estado de Direito da Fundação Konrad Adenauer (KAS), pelo Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, que lidera a Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (RDCC), e pelo Grupo de Pesquisa “Constituição Federal e sua Concretização pela Justiça Constitucional”, ligado aos PPG e PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Por meio de um seminário com título e subtítulo significativos “Entre os Papéis de Guarda da Constituição e Poder Determinador de Parâmetros: a contribuição do Tribunal Constitucional Federal Alemão para a construção e a delimitação do chamado ‘direito constitucional específico’”, essa alvissareira parceria interinstitucional pretende, com rigor jurídico-científico, contribuir com uma abordagem estritamente jurídico-científica a respeito de temática política e ideologicamente controvertida.

Os trabalhos devem ser iniciados por um *statement* da RDCC, com a participação dos professores titulares da USP Ignacio Poveda e Silmara Chinellato, seguido por duas palestras. Primeiro, a diretora do Programa Estado de Direito da KAS, doutora Marie-Christine Fuchs, levantará a discussão com o ensejo histórico-jurisprudencial já mencionado com o título “Efeito de irradiação dos direitos fundamentais e autonomia do direito privado: Lüth e suas consequências”.

Em seguida, o coordenador do Grupo de Pesquisas CFJC-UFRN, professor doutor Leonardo Martins, autor das duas obras sobre o Direito alemão a serem lançadas ao término do evento, apresentará e discutirá a mais recente jurisprudência daquela corte sobre o direito fundamental à liberdade de opinião no contexto de seus limites derivados da repressão ao discurso de ódio e de revisionismo histórico relativizador do Holocausto. Ele o fará sob o título “Diversidade, pluralismo político e lida com o extremismo político-ideológico no Estado Constitucional: o caso Rudolf-Hess-Gedenkfeier” (homenagem ensejada pelo aniversário da morte de um dos principais quadros do nacional-socialismo).

Ao cabo das duas palestras, haverá oportunidade para perguntas e proposições de debates pelo público. O seminário encerrar-se-á com uma síntese condizente com os direitos fundamentais tratados em uma das obras a serem lançadas sob a epígrafe: “Arte e ciência; opinião e comunicação social; consciência, crença e ideologia: liberdades individuais entre negação ao Estado e suas institucionalizações diante do Estado Constitucional eticamente neutro (sobre a estrutura do v. 2 de ‘Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais’)”. O lançamento ocorrerá a partir das 18h, no auditório Ruy Barbosa Nogueira, com coquetel oferecido pela organização do evento, que é coordenado também pelo professor doutor Otavio Luiz Rodrigues Jr., do Departamento de Direito Civil da USP, a quem o autor agradece a gentil cessão do espaço desta prestigiosa coluna “Direito Comparado”.

Uma vez enfrentado o mérito dos parâmetros jurídico-materiais, há de se lançar um olhar crítico sobre outra dicotomia que, a exemplo da dicotomia introdutoriamente aludida, é também contraproducente:



ativismo versus inércia ou “passivismo” (Dimitri Dimoulis/Soraya Lunardi) judicial. Isso porque o trabalho atento com a jurisprudência do TCF alemão revela que caracterizar¹ essa corte constitucional como “ativista” seria uma simplificação superficial da complexidade implícita no sistema constitucional dos “poderes” estatais alemães.

Também sua caracterização como agente político ao lado dos demais órgãos constitucionais da Câmara Federal, do Conselho Federal, governo federal e presidente federal pode até interessar àqueles que se dedicam às ciências políticas em sentido estrito. Contudo, isso não é de interesse para a sistematização da dogmática jurídica dos direitos fundamentais a partir da contribuição a ela dada pelo TCF. Mesmo não sendo uma unanimidade, o TCF goza de uma sustentavelmente grande reputação junto às comunidades alemãs jurídicas e jurídico-científicas; junto à população em geral, ele tem também índices de popularidade constantemente acima dos demais órgãos constitucionais retro mencionados. Também fora da Alemanha.

Algumas das mais recentes decisões têm sido alvo de críticas justeóricas e jurídico-dogmáticas relativamente contundentes, especialmente no caso da interpretação e aplicação dos parâmetros constitucionais das liberdades de expressão, como a mencionada decisão Rudolf-Heß-Gedenkfeier. Nela, o TCF julgou improcedente uma reclamação constitucional ajuizada por representantes de grupos políticos alinhados à direita radical, revisionista e que insiste em tematizar questões delicadas como a culpa de Hitler pela Segunda Guerra e/ou pelo chamado Holocausto. Em sede de conclusão do mérito, julgou compatível com o artigo 5 I 1 GG, que tutela a liberdade de expressão da opinião, uma série de condicionamentos obrigatórios à permissão de uma reunião em homenagem a um fanático nazista morto antes do final da Guerra. O fundamento foi um tipo penal em si de constitucionalidade duvidosa ou que, ao menos, requereria uma interpretação e aplicação orientada pelo direito fundamental do artigo 5, I, 1 GG. De maneira muito pouco convincente, o TCF contornou a dogmática do conceito de “leis gerais”, principal limite da liberdade de opinião definido no artigo 5, II GG. Do ponto de vista político, certamente essa decisão seria muito aplaudida entre nós, brasileiros, tendo em vista as pessoas partícipes da lide original. Todavia, a tal espécie de demagogia política, a ciência jurídico-constitucional alemã, nunca se rendeu.

O olhar sobre o Direito e a jurisprudência estrangeiros somente pode servir para suscitar real autocrítica. Como escreveu, em prefácio à publicação, no vernáculo, de um de seus mais importantes ensaios jurídicos, o ínclito jurista alemão Bernhard Schlink trouxe-o ao ponto: “Nós observamos uns aos outros, conversamos uns com os outros, estimulamos uns aos outros e aprendemos uns com os outros”².

Falar, apenas retoricamente, como tema apazível da moda, em “diálogo das Cortes”, é muito insuficiente diante dos desafios que temos de enfrentar na construção do Direito como sistema social que cumpra, no mínimo, o seu principal papel de assegurar certeza e segurança tanto para as relações dos cidadãos para com os poderes constituídos com pauta na liberdade individual, quanto para as relações entre particulares, especialmente marcadas pela liberdade contratual que tem seu lastro último no artigo 5º, *caput* da CF.

Fica feito o convite e a provocação ao debate direcionados a todos os que se ocupam do fenômeno jurídico, pouco importando suas posições teóricas e ideológicas. Afinal, é de real diversidade e pluralismo teóricos, jurídicos e até políticos que se trata no evento. Para maiores informações sobre o



seminário e o lançamento, pode-se escrever para: direitocivilcontemporaneo@gmail.com.

1 Em relação a este e ao próximo paragrafo, cf. o prefácio da obra: Martins, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 2: Liberdade de consciência e crença, liberdades de expressão e de comunicação social, liberdades artística e científica. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2018, p. 11 (no prelo).

2 In: Martins, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica*. Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão [Com um ensaio de Bernhard Schlink "Questões atuais sobre a proteção da vida pré-natal"]. São Paulo: Atlas, 2014, p. xxi.

Date Created

31/01/2018