

# Direito Civil Constitucional e a LINDB

Reflexões sobre os impactos dos arts. 20 e 21 da LINDB sobre as abordagens e metodologias do Direito Civil

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

---

Na semana passada, eu tive a alegria de participar do evento virtual de lançamento da coleção *Fundamentos do Direito Civil* (Rio de Janeiro: Forense, 2020). De autoria dos admirados professores Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria, Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Luiza Maia Navares e Rose Melo Vencelau Meirelles, a obra representa um dos maiores e melhores esforços de sistematização do Direito Civil Constitucional.

Como já havia tido a honra de elaborar a resenha da obra, fui chamada para, no lançamento virtual, fazer um breve registro das minhas impressões sobre a coleção, bem como da sua contribuição para o Direito Civil brasileiro. Aproveitei a oportunidade não apenas para ressaltar vários dos méritos da obra, mas sobretudo para contextualizá-la no âmbito de discussão metodológica da mais alta relevância: em que medida a avaliação de consequências, agora prevista expressamente pela LINDB, em seus arts. 20 e 21, é compatível com metodologias como a do Direito Civil Constitucional.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que, por mais que a diversidade metodológica seja sempre recomendável, ela jamais poderá desconsiderar, seja no Direito Civil, seja em qualquer outra área jurídica, o papel da Constituição como eixo valorativo para orientar o direito em todas as searas.

É por essa razão que um dos pontos altos dos *Fundamentos* é o de buscar na Constituição o fio condutor para a compreensão não apenas dos temas

tratados pelo Código Civil, mas também dos assuntos disciplinados pelas demais leis extravagantes e microsistemas do Direito Civil, sempre com foco na unidade do ordenamento jurídico. Uma das importantes consequências de tais preocupações é o tratamento harmônico e coerente sobre o necessário equilíbrio que deve existir entre as relações existenciais e as patrimoniais.

Sob essa perspectiva, a coleção é a comprovação de que é infundada a crítica geral de que a constitucionalização levaria necessariamente à desconfiguração ou à perda de consistência teórica do Direito Civil ou mesmo à utilização abusiva de princípios. Por mais que o diálogo entre a Constituição e outras áreas do saber jurídico não seja trivial e exija ingressar em discussões com alta complexidade, ele pode ser trilhado com responsabilidade e os devidos cuidados, a fim de se evitar excessos.

Ademais, considerando que não há alternativa senão enfrentar os temas do Direito Civil à luz da Constituição, a obra mostra como os riscos inerentes a tal pretensão podem ser endereçados e controlados por meio de uma análise robusta e serena, que concilia a sofisticação teórica com a vivência prática.

A obra também demonstra que a abordagem valorativa compatível a abordagem funcional, esta última preocupada com os principais impactos dos institutos e das soluções propostas na realidade, sempre atenta à experiência do passado e o que se espera em termos de futuro.

Dessa maneira, afasta-se a ideia de que o Direito Civil Constitucional ou qualquer outra abordagem que procure estabelecer pontes com a Constituição necessariamente descambem para análises abstratas, excessivamente teóricas ou mesmo diletantes, descoladas das preocupações pragmáticas que são fundamentais para o discurso jurídico.

É diante desses esclarecimentos preliminares que se pretende analisar a metodologia do Direito Civil-Constitucional à luz dos arts. 20 e 21, da LINDB, que determinam, respectivamente, que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e que as decisões devem “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

Ora, ao assim prever, os artigos reforçam que o discurso jurídico apresenta, além das dimensões valorativa e principiológica, também a dimensão pragmática. Especialmente na solução dos conflitos, há que se pensar na alocação

concreta de bens e direitos, sempre se atentando para o fato de que, em muitas hipóteses, a decisão de um caso pode ter consequências que transcendem às partes e se projetam, em maior ou menor grau, sobre diversas outras pessoas ou mesmo sobre a sociedade como um todo.

Não se discute, pois, o necessário e nobre propósito de tais artigos, ao ressaltarem a importância da preocupação quanto às consequências das decisões. Todavia, adverte-se que a interpretação dos dispositivos precisa ser cuidadosa, para não dar margem a posturas apressadas, restritivas e indevidas.

Em primeiro lugar, é de se afastar, preliminarmente, a ideia de que a LINDB acolheu o consequencialismo como forma prioritária de compreensão do direito e de estruturação do discurso jurídico, ainda mais caso se entenda que tal expressão está vinculada, de alguma maneira, ao utilitarismo.

De fato, o que os artigos propõem é que a necessária dimensão axiológica do discurso jurídico seja conciliada com a sua igualmente necessária dimensão pragmática, a fim de se estruturar um discurso jurídico adequado e eficaz. Consequentemente, não se trata de colocar o consequencialismo ou a discussão sobre as consequências à frente das discussões sobre valores, mas sim de mostrar a necessária interpenetração que precisa existir entre ambas as abordagens do fenômeno jurídico.

Tal orientação é reforçada pela interpretação sistemática da LINDB, cujos arts. 4º e 5º dispõem, respectivamente, que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Veja-se, portanto, que a alteração legislativa manteve as técnicas tradicionais de interpretação e integração jurídicas, bem como a importância dos fins sociais e das exigências do bem comum.

Outro ponto importante a ser esclarecido é que análise de consequências não é sinônimo de análises econômicas e muito menos de metodologias específicas, como a análise econômica do direito (AED). Ainda que as análises econômicas possam ter grande importância nessa tarefa, assim como a AED, não são as únicas a serem utilizadas nesse campo, até porque há diversas outras metodologias e ciências que também oferecem alternativas para a análise de consequências das decisões humanas, como é o caso da psicologia, da

sociologia, da probabilidade e da estatística, dentre outras. Mesmo a dogmática jurídica, a depender da forma como se utiliza da experiência jurídica, a história e tantas outras formas de conhecimento podem ser importantes ferramentas de auxílio à difícil tarefa de antever as consequências futuras de determinados entendimentos.

Todavia, não se pode esquecer que os fenômenos humanos são extremamente complexos para serem compreendidos a partir de relações lineares de causalidade. Daí por que existem sofisticadas discussões filosóficas até mesmo sobre o sentido de causa e consequência e como tais noções poderiam ser aplicadas aos fenômenos humanos, sempre a partir de perspectivas normalmente bem distintas da causalidade aplicada às ciências naturais. Não é sem razão que o calcanhar de Aquiles da estatística, especialmente quando utilizada em relação a fenômenos humanos, é a dificuldade em se diferenciar as relações de causalidade das meras correlações.

Tais observações ajudam a entender porque não é possível, em assuntos humanos, a pretensão de estabelecer relações de causa e efeito com precisão semelhante à existente em relação aos fenômenos naturais. Se muitas vezes já é difícil entender a causalidade ou pelo menos as circulações de sentido entre fatos pretéritos – análise retrospectiva – mais difícil ainda é fazê-lo em relação a fatos futuros – análise prospectiva.

Daí por que mesmo análises econômicas sofisticadas, muitas das quais amparadas por modelos matemáticos ou econométricos, jamais terão níveis seguros de acurácia quando se trata de prever um futuro incerto. Consequentemente, são fantasiosas as pretensões de encontrar, nas análises econômicas, plena objetividade e segurança. Mesmo cálculos e prognoses de eficiência e custos de transação estão sujeitos a diversas controvérsias e a escolhas metodológicas, inclusive no que diz respeito aos critérios de quantificação, que poderão levar a resultados muito diversos.

Aliás, sobre análises quantitativas, não obstante a sua importância, é preciso compreender que, em muitos casos, são extremamente reducionistas, já que nem tudo que é contável conta e nem tudo que conta é contável, razão pela

qual tais análises normalmente acabam desconsiderando elementos que não podem ser quantificados<sup>1</sup>.

Tais dificuldades ajudam a entender a conclusão de Banerjee e Duflo, prêmios Nobel de Economia do ano passado, de que os economistas têm poucas certezas a compartilhar e que a chamada *bad economics* está associada, em grande parte, às tentativas de sustentar uma capacidade preditiva que a economia não tem e nem pode ter<sup>2</sup>.

Na verdade, a mesma crítica pode ser feita aos juristas, aos cientistas e estudiosos em geral, já que nenhum deles detém métodos infalíveis ou minimamente seguros para predizer o futuro. Com efeito, em um mundo complexo, com diversas variáveis sujeitas a constantes mutações, não se pode antecipar, com segurança, as consequências de determinadas decisões.

Daí por que a humildade e a diversidade metodológicas são armas importantes na difícil tarefa de estimação de consequências, o que é fundamental para que se possa compreender o alcance dos arts. 20 e 21, da LINDB.

De nenhum modo se pode imaginar que tais artigos estão imputando ao intérprete ou ao tomador de decisões o ônus de comprovar, de forma absoluta, as consequências de suas decisões, pela simples razão de que isso seria impossível. Pelo mesmo raciocínio, tais normas não estão impondo aos intérpretes e tomadores de decisões que se utilizem obrigatoriamente de análises econômicas e muito menos de análises quantitativas ou vinculadas a determinadas metodologias.

O que se exige do intérprete é que, dentro do possível, valorize a dimensão pragmática do discurso jurídico, estimando as consequências das suas decisões com cuidado, missão para a qual poderá e, a depender do caso, deverá contar com diversas metodologias que poderão ajudá-lo a fazer análises mais consistentes. Conforme a natureza do assunto, os afetados pela decisão, o tempo disponível para a tomada da decisão e mesmo os custos financeiros e operacionais envolvidos em cada tipo de análise, determinadas metodologias poderão se mostrar superiores ou mais adequadas do que outras.

De toda sorte, a avaliação das consequências deve se casar à necessária análise valorativa que se espera igualmente do intérprete, razão pela

---

<sup>1</sup> Jerry Z Muller. *The tyranny of metrics*. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

<sup>2</sup> *Good Economics for Hard Times*. New York: Public Affairs, 2019.

qual é fundamental que a racionalidade jurídica voltada para os valores seja mantida.

É por essa razão que iniciativas como os *Fundamentos*, que pretendem analisar o Direito Civil tendo a Constituição como eixo valorativo, continuam sendo extremamente pertinentes e compatíveis com os propósitos delineados pela LINDB, ainda mais quando a abordagem valorativa proposta está conectada à abordagem funcional, que pode ser importante ferramenta para a estimação de consequências.

Tal conclusão obviamente não afasta a importância de outras metodologias e análises. Na verdade, quanto mais metodologias estiverem à disposição do jurista e quanto mais os resultados dessas metodologias puderem ser constantemente testados à luz de evidências empíricas, mais se poderá ter uma compreensão abrangente e fidedigna do fenômeno jurídico tanto no passado e no presente como também no futuro.

Entretanto, se, mesmo a partir da perspectiva da diversidade, costuma haver considerável grau de liberdade na escolha metodológica, não parece haver nenhuma liberdade para se ignorar a Constituição no tratamento do Direito Civil ou de qualquer outra área jurídica. É essa simples constatação que evidencia o importante papel do Direito Civil Constitucional, tão bem traduzido nos *Fundamentos*.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-civil-constitucional-e-a-lindb-12082020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-civil-constitucional-e-a-lindb-12082020)

Publicado em 12/08/2020