



A Constitucionalização do Direito Privado na Jurisprudência do STJ: O Modo de Constitucionalizar como Variável da Segurança Jurídica

The Constitutionalization of Private Law in STJ Case Law: The Mode of Constitutionalizing as a Variable of Legal Certainty

Bruno César Pereira Langoni

Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP. Professor de Direito Tributário. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3590-7718>. E-mail: langonib@gmail.com.

Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos

Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Economista e advogada, pós-graduada. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0709-7400>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0054289635958790>

Resumo: Este estudo examina a constitucionalização do direito privado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e sustenta que a insegurança jurídica que se lhe atribui não decorre da constitucionalização em si, mas do modo de constitucionalizar. Pela via imediata, isto é, pela incidência direta da dignidade da pessoa humana operada por ponderação, a Corte produz avanços civilizatórios, mas também oscilação e reviravolta, de que é símbolo o direito ao esquecimento, construído pelo STJ em 2013 e rejeitado em abstrato pelo STF no Tema 786 em 2021. Pela via mediata, isto é, pela concretização de cláusulas gerais legais (boa-fé objetiva e suas figuras parcelares, adimplemento substancial, função social), a mesma constitucionalização produz previsibilidade e revisão controlada. O estudo não mede a frequência do fenômeno, tarefa própria da jurimetria, mas rastreia o mecanismo (process tracing) em casos paradigmáticos selecionados no terreno mais favorável à constitucionalização, segundo a lógica do caso menos provável. Conclui que a instabilidade se correlaciona com o modo de constitucionalizar, e não com a constitucionalização.

Palavras-chave: constitucionalização do direito privado; eficácia dos direitos fundamentais; ponderação; cláusulas gerais; segurança jurídica.

Abstract: This study examines the constitutionalization of private law in the case law of the Brazilian Superior Court of Justice and argues that the legal uncertainty attributed to it does not stem from constitutionalization itself, but from the mode of constitutionalizing. Through the immediate mode, that is, the direct application of human dignity operated by balancing, the Court produces civilizing advances but also oscillation and reversal, as exemplified by the right to be forgotten, built by the Court in 2013 and rejected in the abstract by the Federal Supreme Court in 2021. Through the mediate mode, that is, the concretization of statutory general clauses (objective good faith and its sub-figures, substantial performance, social function), the same constitutionalization yields predictability and controlled revision. The study does not measure the frequency of the phenomenon, a task proper to jurimetrics, but traces the mechanism in paradigmatic cases selected in the terrain most favorable to constitutionalization, following the least-likely case logic. It concludes that instability correlates with the mode of constitutionalizing, not with constitutionalization as such.

Keywords: constitutionalization of private law; effect of fundamental rights; balancing; general clauses; legal certainty.

INTRODUÇÃO

A disciplina dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais parte de um pressuposto que cumpre testar, qual seja, o de que os direitos fundamentais, positivados originalmente como barreiras ao Estado, irradiam-se também sobre as relações entre particulares. Antes de discutir esses efeitos, porém, é preciso responder à pergunta que os antecede, a saber, como a constitucionalização do direito privado tem efetivamente ocorrido. É a essa pergunta que respondemos, a partir de um observatório específico, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, por desenho constitucional (art. 105, III, da Constituição), a última palavra sobre a legislação federal infraconstitucional, e que por isso é o ponto de contato cotidiano entre a Constituição e o Código Civil.

A tese que aqui se sustenta inverte uma formulação corrente. A insegurança jurídica comumente imputada à constitucionalização do direito privado não decorre da constitucionalização em si, mas do modo de constitucionalizar. Quando a Corte opera por via imediata, isto é, pela incidência direta da dignidade da pessoa humana operacionalizada por ponderação e sem mediação de regra, a via produz avanços civilizatórios inegáveis, mas também oscilação e reviravolta. Quando opera por via mediata, isto é, pela concretização de cláusulas gerais legais, a mesma constitucionalização produz previsibilidade e revisão controlada. Pois bem. Para demonstrá-lo, percorremos primeiro o marco teórico dos dois modos de eficácia, em seguida o recorte metodológico que sustenta a seleção dos casos, e então dois conjuntos de decisões contrapostos, o da via imediata (direito ao esquecimento e expansão no direito de família) e o da via mediata (concretização de cláusulas gerais), de cujo contraste se extrai a tese.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS DOIS MODOS DE EFICÁCIA

Na doutrina brasileira, a expressão constitucionalização do direito privado nomeia o movimento pelo qual a Constituição deixa de ser tratada como mero limite externo ao direito civil (uma espécie de muro de contenção contra excessos) e passa a ser concebida como o seu próprio fundamento de validade e critério de interpretação. Sua afirmação consolidada é obra, sobretudo, da Escola do Direito Civil-Constitucional, que descreve o giro em duas chaves complementares, a repersonalização e a despatrimonialização, pelas quais a pessoa, e não o patrimônio, ocupa o centro do sistema, e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) assume a função de cláusula geral de tutela da personalidade (Tepedino, 2008; Moraes, 2010). Vejamos, contudo, que esse consenso quanto ao fundamento não responde à pergunta tecnicamente decisiva, a saber, como essa irradiação se opera.

A doutrina, herdeira do debate alemão, oferece duas respostas. A teoria da eficácia mediata, associada a Dürig e a Canaris e majoritária na Alemanha, sustenta que os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas por intermédio do

legislador e das cláusulas gerais do direito civil (boa-fé objetiva, função social, abuso de direito), preservando-se a autonomia privada e a precedência do legislador democrático (Canaris, 2003). A teoria da eficácia imediata, de origem em Nipperdey, sustenta que tais direitos incidem diretamente, dispensando mediação legislativa, e autoriza o juiz a invocá-los como fundamento autônomo de decisão. No Brasil, Daniel Sarmento (2010) defende uma aplicação direta robusta, ao argumento de que a Constituição de 1988 exigiria a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais também entre particulares; Virgílio Afonso da Silva (2005) adverte em sentido oposto, sustentando que a aplicação direta indiscriminada banaliza os direitos fundamentais, esvazia a autonomia privada e sobrecarrega o juiz, e propõe modelo que leve a sério a mediação das regras de direito privado.

Frise-se que a distinção não é mera filigrana escolástica. Ela determina quem decide e com qual ônus argumentativo. Na eficácia mediata, o juiz aplica a lei iluminada pela Constituição, devendo primeiro densificar a regra legal e só excepcionalmente recorrer à invocação direta de princípios. Na eficácia imediata, o juiz pode afastar a solução legal invocando, sem mais, um princípio constitucional. É exatamente aqui que se concentra a crítica contemporânea, e dela este trabalho é tributário. Fernando Leal (2015), em suas seis objeções ao direito civil constitucional, demonstra que a ponderação alexiana, hiperracional no plano normativo, converte-se na prática em sopesamento sem ônus argumentativo claro, próximo do sentido de dicionário. Lenio Streck (2017) denuncia o panprincipiologismo, a multiplicação de princípios ad hoc e o uso retórico de princípios de altíssima generalidade como a dignidade, que encobrem um decisionismo subjetivo. Note-se que essas críticas são anteriores e independentes deste estudo, que se limita a levá-las ao teste dos casos. O que se segue, portanto, não é a invenção de uma hipótese sob medida, mas a operacionalização empírica de uma objeção dogmática preexistente.

RECORTE METODOLÓGICO E SELEÇÃO DOS CASOS

Este trabalho não pretende medir a frequência com que o Superior Tribunal de Justiça decide por via principiológica, tarefa que demandaria levantamento jurimétrico de grande amostra, nos moldes consolidados por Marcelo Guedes Nunes (2016) e pela Associação Brasileira de Jurimetria, que partem da definição da população de acórdãos para só então extrair e tratar os dados. O objetivo é metodologicamente distinto. Trata-se de rastrear o mecanismo, na acepção do process tracing de George e Bennett (2005), pelo qual a constitucionalização operada por princípios e ponderação, em oposição à via mediata das cláusulas gerais legais, pode converter avanço civilizatório em insegurança jurídica. A inferência aqui é interna ao caso (extrai-se do interior de cada decisão a cadeia que liga a opção metodológica do tribunal ao desfecho de instabilidade), e não uma inferência de amostra para população. Por essa razão, o número reduzido de casos não é deficiência amostral, e sim a própria condição de um estudo de mecanismo.

Os acórdãos foram selecionados segundo critérios fixados de antemão e verificáveis. Reuniram-se decisões que (i) constitucionalizam relações privadas por

via principiológica, isto é, pela incidência direta da dignidade operacionalizada por ponderação, e não por subsunção a regra ou cláusula geral expressa, (ii) situam-se em matéria de tutela de vulneráveis e de direito de família, terreno por excelência favorável à constitucionalização, e (iii) comportam par dialético documentável (acolhimento contraposto a rejeição, ou divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), de modo a assegurar variância no desfecho. O universo de referência é o conjunto de decisões do Superior Tribunal de Justiça que aplicam diretamente princípios constitucionais a relações privadas em família e à tutela de vulneráveis, e dele se extraíram não casos de conveniência, mas casos paradigmáticos, assim reconhecidos pela própria doutrina do tema. Ancorar a seleção nesse reconhecimento externo, e não na utilidade retórica para a conclusão, é o que a converte em amostragem teórica (Seawright; Gerring, 2008) e desarma a objeção de seleção interessada.

A escolha do terreno é deliberada e obedece à lógica do caso menos provável (Eckstein, 1975). O direito de família e a tutela de vulneráveis constituem o campo em que a constitucionalização recebe o respaldo moral mais forte e em que a doutrina mais celebra os avanços civilizatórios, sendo, portanto, o campo em que menos se esperaria encontrar instabilidade, justamente porque os resultados são socialmente aplaudidos. Se, mesmo nesse terreno favorável, a via principiológica produz oscilação e reviravolta, então a instabilidade não é acidente de matérias controversas, mas traço estrutural da via. Vale aqui a inferência de que, se o fenômeno se manifesta no ambiente que lhe é mais resistente, manifesta-se a fortiori nos ambientes mais litigiosos.

A seleção incorpora, propositadamente, contraexemplos e variância na variável independente, e não apenas no desfecho. De um lado, mantêm-se casos de oscilação dentro do mesmo instituto (o esquecimento acolhido e afastado em 2013, o abandono afetivo negado e condenado em turmas diversas). De outro, e sobretudo, incluem-se decisões em que a constitucionalização se deu por cláusula geral legal, em regime de eficácia mediata (a boa-fé objetiva e suas figuras parcelares, o adimplemento substancial e a contenção da desconsideração da personalidade jurídica), as quais produziram previsibilidade e revisão controlada. Esse arranjo responde à exigência de variância cara à inferência quantitativa (King; Keohane; Verba, 1994) sem abdicar da lógica qualitativa de rastreamento de mecanismo, que tem critérios próprios de validade (Goertz; Mahoney, 2012). O contraste é o que mais fortalece a inferência, pois demonstra que, alterada a via (de principiológica para mediata), altera-se o desfecho (de instabilidade para previsibilidade).

Reconhecem-se, por fim, os limites do desenho. Este é um estudo de casos paradigmáticos, e não um levantamento jurimétrico. Não se afirma a frequência com que o tribunal produz instabilidade, nem se generaliza estatisticamente para o universo de suas decisões. Afirma-se a existência e a estrutura de um mecanismo, demonstradas em casos-chave reconhecidos pela doutrina. A aferição da prevalência do fenômeno permanece como agenda futura, a ser enfrentada pelo instrumental da jurimetria. Esse reconhecimento expresso não enfraquece o argumento, antes o delimita, ao recusar a pretensão que o método não comporta.

O EIXO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E A INSTABILIDADE DA VIA IMEDIATA

Em sessão única de 28 de maio de 2013, a Quarta Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgou dois recursos que se tornariam os *leading cases* brasileiros do direito ao esquecimento. No caso da Chacina da Candelária (REsp 1.334.097/RJ), reconheceu-se a um homem indiciado pelo massacre de 1993 e posteriormente absolvido o direito de não ter sua imagem reavivada em documentário televisivo, com fundamento na dignidade (art. 1º, III), na intimidade e honra (art. 5º, X) e na presunção de ressocialização, fazendo-se prevalecer, por ponderação, a personalidade sobre a liberdade de informação. No caso Aída Curi (REsp 1.335.153/RJ), julgado na mesma sessão, reconheceu-se o direito em tese, mas afastou-se a indenização no caso concreto, por entender-se que a historicidade do crime tornava impossível narrá-lo sem o nome da vítima.

Note-se a estrutura. Dois princípios em colisão (liberdade de informação e direitos da personalidade), ausência de hierarquia abstrata e construção, por ponderação, de uma regra para o caso, a norma de direito fundamental atribuída, na expressão de Alexy (2008). É a mesma estrutura do caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1973, que serviu de exemplo paradigmático à teoria da ponderação. Pode-se dizer, sem exagero, que em 2013 o STJ decidiu como Alexy descreveu.

O ponto crítico, contudo, é o que veio depois. Em 11 de fevereiro de 2021, ao julgar precisamente o caso Aída Curi sob o ângulo do recurso extraordinário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou, no Tema 786 da repercussão geral (RE 1.010.606/RJ), a seguinte tese.

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, à divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais.

A regra que o STJ construía por ponderação ao longo de quase uma década foi, assim, rejeitada em abstrato pela Corte superior, com efeito vinculante. Cabe ressaltar que, ainda em 2021, a Quarta Turma reexaminou o caso da Candelária e manteve a condenação, agora por outro fundamento, o abuso no exercício da liberdade de informação. O mesmo material constitucional, em pouco mais de oito anos, autorizou três soluções juridicamente distintas para uma controvérsia substantivamente idêntica. Difícil imaginar ilustração mais eloquente da instabilidade que pode resultar de uma constitucionalização operada por sopesamento de princípios.

A mesma instabilidade comparece na fronteira entre personalidade e informação no ambiente digital, ainda que sob institutos distintos. No caso que opôs

a apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel ao provedor de pesquisa (REsp 1.316.921/RJ), a Terceira Turma recusou a pretensão de filtragem de resultados, embora o eixo decisório dominante tenha sido técnico-objetivo (a natureza da atividade do provedor sob o Código de Defesa do Consumidor), comparando a ponderação entre informação e privacidade como fundamento reforçador. Cumpre uma distinção importante. A desindexação de resultados não se confunde com o direito ao esquecimento, e o próprio STJ tratou de separar os institutos. Em julgado posterior (REsp 1.660.168/RJ), a mesma Terceira Turma, agora por maioria e vencida a relatora originária, admitiu a desvinculação entre o nome de uma magistrada e notícias sobre fraude em concurso público, ressaltando expressamente que o conteúdo permanece disponível e que não se trata de aplicar o direito ao esquecimento, mas de mitigar a perpetuação do gravame pela busca por nome. A divergência interna à Turma e o juízo de retratação posterior que reafirmou a distinção evidenciam que, também nessa fronteira, a ponderação principiológica gera resultados instáveis e de difícil reconstrução.

O conjunto evidencia o mecanismo. A via principiológica é poderosa, porque permite respostas onde o legislador silenciou, mas é estruturalmente instável, pois, dependendo do resultado de um juízo de peso entre princípios sem hierarquia pré-definida, a mesma operação pode ser refeita em sentido inverso pela mesma Corte, ou por Corte superior, sem que se possa apontar, em rigor metodológico, qual leitura está errada. A insegurança não é defeito de aplicação, e sim traço inerente ao método quando praticado sem o ônus argumentativo de que Alexy reclamava.

A DIGNIDADE COMO VETOR DE EXPANSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E A OSCILAÇÃO DA CORTE

No direito de família, a dignidade opera como vetor de expansão com particular nitidez. Em 2011, poucos meses após o Supremo reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF), a Quarta Turma do STJ admitiu a habilitação direta de casais do mesmo sexo ao casamento civil (REsp 1.183.378/RS), interpretando o Código Civil à luz da dignidade, da igualdade e da pluralidade de entidades familiares (art. 226) e qualificando como constitucionalmente inadmissível a vedação meramente implícita ao casamento. Trata-se de eficácia expansiva, pois a Corte concretizou direitos fundamentais antes de qualquer alteração legislativa, antecipando-se à Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça. Na mesma direção, ao tratar da multiparentalidade (REsp 1.487.596/MG), o STJ assentou a equivalência de efeitos jurídicos (registrais, patrimoniais e sucessórios) entre a filiação biológica e a socioafetiva, com fundamento na igualdade entre os filhos (art. 227, §6º) e na orientação do Supremo no Tema 622 (RE 898.060/SC). São avanços que a doutrina, com razão, celebra, e é precisamente por isso que constituem o terreno menos provável para a tese aqui defendida.

É no abandono afetivo, contudo, que a oscilação se mostra de modo mais eloquente e em três tempos. Em 2005, a Quarta Turma rejeitou a pretensão

indenizatória (REsp 757.411/MG), ao fundamento de que o afeto não constitui obrigação jurídica suscetível de gerar dever de indenizar. Em 2012, a Terceira Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, reconheceu a indenização por abandono afetivo paterno-filial (REsp 1.159.242/SP), fixando o dano moral em duzentos mil reais e cristalizando a fórmula segundo a qual amar é faculdade, cuidar é dever. Em 2017, a Quarta Turma voltou a afastar a indenização (REsp 1.579.021/RS), reafirmando a inexistência de dever jurídico de cuidado afetivo e somando a esse fundamento a prescrição trienal da pretensão (art. 206, §3º, V, do Código Civil). Note-se que não se trata de superação formal de entendimento, e sim de divergência entre Turmas, pois a Terceira Turma seguiu, em julgados posteriores, admitindo a reparação. A mesma dignidade que ampara a condenação em uma Turma serve, em outra, para fundar a improcedência.

Não se sugere que uma das soluções esteja certa e a outra errada. O que se aponta é que um princípio de elevada abstração axiológica, desprovido de critérios operacionais precisos, autoriza conclusões opostas conforme o peso que o julgador lhe atribua no caso concreto e conforme a composição do órgão julgador. É exatamente o traço que alimenta a crítica do panprincipiológismo (Streck, 2017), e é a manifestação observável, a impressão digital empírica, do mecanismo descrito no plano teórico.

A VIA MEDIATA E A ESTABILIDADE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO POR CLÁUSULAS GERAIS

Chega-se ao núcleo da tese. Se a insegurança fosse efeito da constitucionalização em si, ela compareceria também onde a Constituição penetra o direito privado por via mediata. Não é o que se observa. Quando a constitucionalização se dá pela concretização de cláusulas gerais legais, o desfecho é de previsibilidade e revisão controlada. Examinemos três frentes.

A primeira é a boa-fé objetiva e suas figuras parcelares. Ao sistematizar o art. 422 do Código Civil (REsp 1.202.514/RS), a Terceira Turma reconheceu as três funções da boa-fé (cânone hermenêutico, fonte de deveres anexos de cooperação e lealdade, e limite ao exercício de direitos subjetivos) e definiu a supressio como a redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada que gera no outro a legítima expectativa de não exercício, ao lado do venire contra factum proprium, da surrectio e do tu quoque. Essa tripartição funcional da boa-fé, hoje assente na Corte, foi fundada no Brasil por Martins-Costa (1999). A constitucionalização opera, aqui, por internalização legislativa, e a aplicação da figura é dotada de critérios reconhecíveis e replicáveis, o que assegura previsibilidade. Na mesma família dogmática situa-se o reconhecimento, pelo STJ, do duty to mitigate the loss como dever anexo de cooperação (REsp 758.518/PR), fundado no art. 422 e no Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, em que a Corte exigiu ônus argumentativo concreto e verificável (a inércia do credor por anos a fio, com agravamento evitável do dano), exatamente o que falta na ponderação principiológica.

A segunda frente é o adimplemento substancial. No *leading case* da matéria (REsp 1.051.270/RS), a Quarta Turma reconheceu, em contrato de arrendamento mercantil de veículo no qual o devedor pagará trinta e uma de trinta e seis parcelas, que a boa-fé objetiva e a função social do contrato (arts. 421 e 422) limitam o direito de resolução do art. 475, vedando a reintegração de posse diante de inadimplemento de pequena monta. E o que importa para a tese é o desdobramento. Em 2017, a Segunda Seção (REsp 1.622.555/MG) conteve a expansão da teoria, afastando-a do regime da alienação fiduciária em garantia em nome da legalidade da lei especial (Decreto-Lei 911/69). Note-se que isso não é reviravolta principiológica, e sim revisão previsível e fundamentada na lei, conduzida pelo órgão uniformizador da Corte. A cláusula geral admite correção de rota ordenada, ao passo que a categoria pretoriana construída por ponderação (o direito ao esquecimento) foi simplesmente desautorizada em bloco.

A terceira frente é a autocontenção na desconsideração da personalidade jurídica. Ao uniformizar a matéria (EREsp 1.306.553/SC), a Segunda Seção firmou que a medida é excepcional e condicionada à prova de abuso (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), e que o mero encerramento irregular ou a insolvência não a autorizam no regime do art. 50 do Código Civil. Cabe a ressalva de que o art. 50 é, ele próprio, cláusula geral, de modo que o caso ilustra menos uma resistência à constitucionalização do que a exigência de subsunção estrita aos requisitos da própria cláusula geral, com vedação à criação pretoriana de hipótese nova. É a face oposta do panprincipiológico, a Corte recusando-se a derivar consequências jurídicas além do que o texto, ainda que aberto, comporta.

É dizer, alterada a via, altera-se o desfecho. Nos três casos, a constitucionalização por cláusula geral produz o que a via imediata não assegura, a saber, a ancoragem do resultado em texto legal, a existência de critérios replicáveis e a possibilidade de revisão sem ruptura. A instabilidade correlaciona-se com o modo de constitucionalizar, e não com a constitucionalização em si. O contraste entre os dois conjuntos de casos é a evidência interna que sustenta a inferência.

O MODO COMO VARIÁVEL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Dos casos examinados emergem dois padrões. Quanto às normas mobilizadas, a dignidade da pessoa humana é o vetor recorrente da via imediata, invocada como princípio de elevada abstração e raramente decantada em regras determinadas. Quanto à técnica, predomina, nessa via, a ponderação, ou antes o vocabulário da ponderação, pois a Corte mobiliza a sintaxe alexiana (colisão, sopesamento, prevalência no caso concreto) sem percorrer as etapas constitutivas da teoria (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito, lei do sopesamento, fórmula do peso). O STJ é, nesse sentido, fortemente alexiano na linguagem e seletivamente alexiano no método, pois extrai da teoria a retórica autorizativa, mas não a exigência argumentativa.

A via mediata exhibe o padrão inverso. A constitucionalização opera por concretização de cláusulas gerais legais, com critérios reconhecíveis e ancoragem

em texto, e o resultado é a previsibilidade e a revisão controlada. O cotejo entre os dois conjuntos autoriza a tese. A insegurança jurídica não é preço necessário da constitucionalização do direito privado, e sim consequência de uma técnica decisória específica, a ponderação sem ônus argumentativo, característica da via imediata. Onde a Constituição penetra o direito privado pela porta das cláusulas gerais, a segurança jurídica é preservada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso autoriza uma conclusão dupla e propositalmente não conclusiva quanto ao mérito. De um lado, a constitucionalização do direito privado realizada pelo STJ é fato consolidado e, em larga medida, civilizatório, pois por meio dela vulneráveis ganharam proteção que o legislador não lhes oferecera e o sistema se libertou do patrimonialismo oitocentista. De outro, a forma específica pela qual ela se realiza importa decisivamente. Pela via imediata, apoiada num uso expansivo da dignidade e numa ponderação intuitiva, a constitucionalização produz instabilidade, de que o direito ao esquecimento é o emblema. Pela via mediata, concretizando cláusulas gerais legais, produz previsibilidade.

A pergunta que se submete ao debate não é, portanto, se a Constituição deve incidir sobre o direito privado, questão sobre a qual há hoje consenso virtual, mas com qual método e com qual ônus argumentativo essa incidência deve operar. Para uma corrente, o caminho consiste em qualificar a constitucionalização, aumentando a deferência à legislação onde ela existe, fazendo uso técnico e não retórico dos princípios e elevando o ônus de fundamentação. Para outra, a reação do Supremo no Tema 786 sinaliza um reequilíbrio em favor das regras e da autonomia privada. Medir a prevalência relativa dos dois modos na jurisprudência da Corte é tarefa que excede o método deste estudo e que se entrega, como agenda, ao instrumental da jurimetria. Por ora, fica a inferência de que o problema não está na Constituição, no direito privado, mas na ponderação sem ônus argumentativo como técnica decisória dominante.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Primeiro Senado). **BVerfGE** 35, 202 (Caso Lebach). 1 BvR 536/72, julgado em 5 jun. 1973.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2.^a Seção). **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.306.553/SC**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 10 dez. 2014, DJe 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2.^a Seção). **Recurso Especial n. 1.622.555/MG**. Rel. orig. Min. Marco Buzzi (vencido); Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio

Bellizze, j. 22 fev. 2017, DJe 16 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 758.518/PR**. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), j. 17 jun. 2010, DJe 1º jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24 abr. 2012, DJe 10 de maio de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.202.514/RS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21 jun. 2011, DJe 30 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.316.921/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26 jun. 2012, DJe 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.660.168/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi (vencida); Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 8 de maio de 2018, DJe 5 de jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 757.411/MG**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29 nov. 2005, DJ 27 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.051.270/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4 ago. 2011, DJe 5 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.183.378/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25 out. 2011, DJe 1º fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28 de maio de 2013, DJe 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.335.153/RJ**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28 de maio de 2013, DJe 10 de set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.487.596/MG**. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 28 set. 2021, DJe 1º out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 1.579.021/RS**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19 out. 2017, DJe 29 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5 maio 2011, DJe 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SC** (Tema 622). Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 set. 2016, DJe 24 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ** (Tema 786). Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11 fev. 2021, DJe 20 maio 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

ECKSTEIN, Harry. Case study and theory in political science. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (org.). *Handbook of political science: strategies of inquiry*. Reading: Addison-Wesley, 1975. v. 7, p. 79-138.

GEORGE, Alexander L.; BENNETT, Andrew. **Case studies and theory development in the social sciences**. Cambridge, MA: MIT Press, 2005.

GOERTZ, Gary; MAHONEY, James. **A tale of two cultures: qualitative and quantitative research in the social sciences**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. **Designing social inquiry: scientific inference in qualitative research**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

LEAL, Fernando. **Seis objeções ao direito civil constitucional**. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEAWRIGHT, Jason; GERRING, John. Case selection techniques in case study research: a menu of qualitative and quantitative options. **Political Research Quarterly**, v. 61, n. 2, p. 294-308, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.