

# DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

## CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

Paulo Lobo<sup>2</sup>

*PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Constitucionalização.*

*KEY-WORDS: Civil Law. Constitutionalization*

**SUMÁRIO:** 1. Pressupostos da constitucionalização do direito civil; 2. Origens e desenvolvimento do tema no direito brasileiro; 3. Críticas à constitucionalização do direito civil; 4. O direito civil no Estado social; 5. Tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização; 6. Força normativa da Constituição nas relações civis; 7. Constitucionalização dos principais institutos de direito civil; 8. A imprescindibilidade da constitucionalização do direito civil.

### 1. PRESSUPOSTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

“O direito civil tem seguramente uma função política, que vai definida em todas as diversas épocas constitucionais. E assim, pela mesma razão, os princípios ético-políticos, postos como fundamentos da constituição do Estado, exercem uma forte influência sobre a estrutura do direito privado”<sup>3</sup>.

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. A partir do constitucionalismo moderno, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. Essa separação escarpada é fruto histórico do esquema liberal que separava o Estado e

<sup>1</sup> Artigo recebido em 1º de maio de 2010.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Civil pela USP; Professor Emérito da UFAL; ex-Membro do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>3</sup> RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990, p. 174.

a sociedade civil, concebendo-se a Constituição como lei do primeiro e o direito civil como ordenamento da segunda.

Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos, notadamente dos valores que dela se irradiam.

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). Como diz Larenz, as leis ordinárias que estejam em contradição com um princípio de nível constitucional carecem de validade, tanto quanto não possam ser interpretadas “conforme a Constituição”; se é factível uma interpretação em conformidade com a Constituição, aquela tem preferência sobre qualquer outra modalidade de interpretação<sup>4</sup>.

A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.

---

<sup>4</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978, p. 96.

Diz-se, com algum exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe<sup>5</sup>.

A constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. É certo que os valores fundamentais do ordenamento jurídico civil foram absorvidos pela Constituição, na medida em que diferentes conceitos do direito constitucional como propriedade, família e contrato só são explicáveis se considerarmos a prévia definição jusprivatista de seu conteúdo. Mas, por outro lado, essa “inelutabilidade hermenêutica não pode conduzir a uma contestação da autonomia da Constituição ou da relatividade dos conceitos jurídicos”<sup>6</sup>, inclusive porque a visão orientadora do constituinte brasileiro, como os de outros países após a Segunda Guerra mundial, não foi apenas do direito civil tradicional, mas também das declarações e tratados internacionais de direitos humanos individuais e sociais.

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, ou do direito civil constitucional, concernem: a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista os valores e fins a serem aplicados. A norma, clara ou não, deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses superiores do Estado e do mercado<sup>7</sup>.

A plena vinculação e aplicabilidade direta dos princípios e normas constitucionais, nas relações privadas, são tônicas da constitucionalização do direito civil, no Brasil, que abandona os efeitos simbólicos das chamadas “normas

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253.

<sup>6</sup> NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *Revista jurídica*, Porto Alegre: n. 326, dez. 2004, p. 10.

<sup>7</sup> PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 31, jul./set. 2007, p. 75-83.

programáticas”. Veja-se o testemunho do Min. Eros Grau, do STF, respeitado publicista, em voto proferido no RE 407.688-8: “Os constitucionalistas que negam a vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica ‘constitucionalização do direito civil’. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina moderna de direito público é a produzida pelos civilistas...”.

De todos os ramos jurídicos são o direito civil e o direito constitucional os que mais dizem respeito ao cotidiano de cada pessoa humana e de cada cidadão, respectivamente. As normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente, pois cada um de nós é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes de relações negociais e familiares. Do mesmo modo, em todos os dias exercemos a cidadania e somos tutelados pelos direitos fundamentais. Essa característica comum favorece a aproximação dos dois ramos, em interlocução proveitosa. A incidência das normas dos demais ramos do direito depende de inserção em situação específica, não necessariamente cotidiana, por exemplo, como contribuinte, como administrado, como sujeito à sanção penal, como parte em processo, como consumidor, como fornecedor ou empresário.

É importante observar que o fenômeno da constitucionalização dos direitos não se confunde com o que no Brasil se denominou de publicização. Esta é entendida como supressão de matérias tradicionais de direito privado trasladadas para o âmbito do direito público. A velha dicotomia direito público e direito privado tem sido objeto de críticas que prognosticaram seu desaparecimento, mas permanece exercendo função prestante de classificação prática das matérias, à falta de outro critério mais adequado, ainda que não devamos esquecer que ela é, com diz Pontes de Miranda, de origem histórica e não lógica<sup>8</sup>. Não é a cogência da norma ou o maior grau de intervenção legislativa que torna pública uma relação jurídica, pois é justamente da natureza do Estado social essas características. Apenas durante o liberalismo jurídico é que se podia cogitar da autonomia – no sentido de espaço de não intervenção – como elemento de discrimine. A falta ou substancial redução de autonomia, a exemplo do direito de família ou do direito de consumidor, não torna pública a relação entre privados, que continua

<sup>8</sup> *Tratado de direito privado*, v. 1, p.71.

assim. O critério do interesse também perdeu consistência, uma vez que há interesse público na regulação das relações privadas materialmente desiguais, quando uma das partes é considerada juridicamente vulnerável, o que no Estado liberal era considerado domínio exclusivo do mercado ou da vida privada. Portanto, é pública a relação jurídica na qual a desigualdade é predeterminada pelo necessário império do Estado, de um lado, e da submissão do cidadão, no outro (direito financeiro, direito administrativo, direito penal, direito processual etc.)<sup>9</sup>. Mas as relações entre familiares e parentes, entre contratantes, entre titular de domínio e o *alter*, entre o causador do dano e a vítima, entre herdeiros, por mais que sejam constitucionalizadas não perdem sua natureza estritamente civil.

Caio Mário da Silva Pereira, ao receber da Universidade de Coimbra o título de doutor *honoris causa*, em 1999, afirmou que “é tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais. Tal proposta consolidou em nossa doutrina um ‘direito civil constitucional’ reconhecido definitivamente, nos meios acadêmicos e pelos tribunais”.

Além dos civilistas, os constitucionalistas também se interessaram pelo fenômeno, refletindo sobre o impacto dessa inserção das relações civis no direito constitucional, ao ponto de Gomes Canotilho indagar se o processo não é inverso, ou seja, da “civilização do direito constitucional”<sup>10</sup>.

## **2. ORIGENS E DESENVOLVIMENTO DO TEMA NO DIREITO BRASILEIRO**

A constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que tomou corpo, principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais. Disseminou-se a convicção da insuficiência da codificação, e

---

<sup>9</sup> Pontes de Miranda considera de direito público as regras jurídicas cujo sujeito ou cujo objeto está em relação imediata com o Estado. As duas classes são exaustivas: o que não é direito público é direito privado (*Tratado de direito privado*, v. 1, p. 73).

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

até mesmo da superação de sua função, ante a complexidade da vida contemporânea e o advento de microssistemas jurídicos pluridisciplinares, como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança, do adolescente e do idoso. Os trabalhos produzidos, em vários centros de estudos no país, rapidamente repercutiram na jurisprudência dos tribunais, com resultados valiosos.

As categorias, os conceitos, as classificações, os princípios de direito civil ministrados nos cursos jurídicos e aplicados na prática jurídica demonstravam inquietante distanciamento da realidade social. A sociedade que servira de paradigma para a codificação civil brasileira e os fundamentos ideológicos do Estado liberal e do correlativo individualismo jurídicos já estavam superados. O Estado liberal paradigmático das Constituições de 1824 e 1891 tinha sido substituído pelo Estado social das Constituições democráticas e autoritárias de 1934 em diante, cuja característica essencial foi a incorporação, além da organização política e dos direitos individuais, da organização social e econômica, que diretamente reflete nas relações privadas. A Constituição de 1988 foi a que mais agudamente pretendeu regular e controlar os poderes privados, na perseguição da justiça material.

Os civilistas deram-se conta de que a centralidade de sua disciplina tinha migrado definitivamente para a Constituição. O ideário liberal-burguês triunfante da Revolução Francesa tinha cindido a ordem política do cidadão (*citoyen*), de um lado, e a ordem privada do burguês (*bourgeois*) – protegendo seus negócios com o código civil -, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o código civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. Duas constituições simultâneas, portanto, duas esferas jurídicas não comunicantes. Conseqüentemente, o direito civil e o direito constitucional desenvolveram-se inteiramente distanciados, um do outro; ao primeiro destinaram-se os efeitos concretos da vida privada e ao segundo os efeitos simbólicos de normas entendidas como essencialmente programáticas, que só alcançariam a plenitude normativa com a legislação ordinária. Esse dualismo exerceu uma força de sedução que persiste até os nossos dias, no senso comum dos juristas. Tem-se, ainda, a força da tradição, que alimenta o discurso do isolamento do direito civil, pois seria um conhecimento acumulado de mais de dois milênios, desde os antigos romanos, e teria atravessado as vicissitudes históricas, mantendo sua função prático-operacional.

A elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo. Os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, as famílias, os contratos, a responsabilidade civil, as propriedades, as sucessões<sup>11</sup>. Além dessas, há

<sup>11</sup> Na Constituição de 1988, as partes consideradas essenciais de direito civil estão reguladas em normas autônomas, que congregam seus fundamentos básicos, assim distribuídas: a) **direitos de personalidade**: 1º, III (dignidade); 5º (vida, liberdade, igualdade); 5º, I (igualdade entre homens e mulheres); 5º, V (honra, imagem); 5º, IX (moral de autor – liberdade de criação); 5º, X (vida privada, intimidade, honra, imagem); 5º, XIX (integridade física e moral dos presos); 5º, LXVII (liberdade - prisão civil); 5º, LXXVI, a (registro civil – identidade pessoal); 5º, LXXVI, b (certidão de óbito); 24, XIV (proteção da dignidade dos deficientes – competência comum); 225, § 1º, II (integridade e diversidade genéticas); 226, § 8º (dignidade pessoal de cada membro da família); 227 (vida, dignidade, liberdade, honra das crianças e adolescentes); 227, § 1º, II (dignidade do deficiente físico, sensorial e mental); 227, § 4º (integridade física e psíquica da criança e do adolescente); 230 (dignidade do idoso); b) **famílias**: 5º, XXVI (proteção da família – impenhorabilidade da propriedade familiar); art. 6º (alimentos e proteção à maternidade e à infância, como direitos sociais); 24, XV (proteção da infância e da juventude – competência comum); 183, 1º (usucapião especial de pequeno imóvel urbano, para moradia da família); 220, 3º, II (legitimação da família contra programas e publicidades); 226 (entidades familiares); 226, § 1º (casamento civil); 226, § 2º (casamento religioso); 226, § 3º (união estável); 226, § 4º (entidade monoparental); 226, § 5º (igualdade na sociedade conjugal); 226, § 7º (dignidade, paternidade responsável, planejamento familiar); 227 (prioridade absoluta da criança e do adolescente); 227, § 5º (proteção da adoção); 227, § 6º (igualdade dos filhos de qualquer origem); 229 (deveres de solidariedade entre pais e filhos); 230 (deveres da família com os idosos); c) **contratos**: 1º, IV (livre iniciativa); 5º, XXXII (defesa do consumidor); 5º, XXXVI (proteção do ato jurídico perfeito); 170 (justiça social na atividade econômica, livre iniciativa e suas restrições); 170, parágrafo único (liberdade de atividade econômica); 173, 4º (abuso do poder econômico); 174 (regulação da atividade econômica); 225, § 1º, V (controle da comercialização de substâncias perigosas); d) **responsabilidade civil**: 5º, V (danos materiais, morais e à imagem); 5º, X (danos materiais e morais a direitos da personalidade); 5º, LXXV (indenização por erro judiciário); 21, XXIII, c (responsabilidade objetiva por danos nucleares); 24, VIII (responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico e histórico); 37, § 6º (responsabilidade civil da administração pública e das empresas concessionárias de serviços públicos); 173, § 1º, V (responsabilidade dos administradores de empresas de economia mista e empresas públicas); 173, 5º (responsabilidade civil dos dirigentes de pessoas jurídicas e destas por atos contra a ordem econômica e a economia popular); 225, 2º (recuperação do meio ambiente degradado por atividade econômica); 225, § 3º (reparação por danos causados ao meio ambiente); 236, 1º (responsabilidade civil dos notários e registradores); 245 (responsabilidade civil do autor de crime doloso); e) **propriedades**: 5º (direito à propriedade); 5º, XXII (garantia do direito); 5º, XXIII (função social); 5º, XXIV (perda por desapropriação); 5º, XXV (uso pelo Poder Público); 5º, XXVI (impenhorabilidade da pequena propriedade); 5º, XXIX (propriedade de marcas, nomes e outros signos); 20 (bens da União); 26 (bens dos Estados-membros); 170, II (propriedade privada); 170, III (função social); 176 (propriedade e concessão de jazidas e recursos energéticos); 182, § 2º (função social da propriedade urbana); 182, § 3º (desapropriação da propriedade urbana); 182, § 4º (aproveitamento adequado da propriedade urbana); 183 (usucapião especial); 185 (imóveis rurais não expropriáveis); 186 (função social da propriedade rural); 188 (terras devolutas); 189 (inalienabilidade temporária na reforma agrária); 190

normas substanciais voltadas aos outros ramos do direito privado, a saber, o direito empresarial, o direito do trabalho, o direito autoral, o direito agrário e o direito do consumidor.

Assim, o sistema de direito civil brasileiro é composto, no plano legislativo, pelas normas constitucionais (regras e princípios), como núcleo ou centro; gravitando em torno, estão o Código Civil, a legislação civil especial e o direito material das relações civis dos microssistemas jurídicos. É a Constituição, e não mais o Código Civil, que dá unidade ao sistema. Mas é importante notar que a via é de mão dupla, pois a aplicação das normas constitucionais entre os particulares é alimentada pelos conteúdos dos princípios de direito civil que se consolidaram na sociedade, os quais, por sua vez, são conformados aos valores constitucionais. A constitucionalização do direito civil “marca a interface entre os direitos fundamentais e a matéria que constitui a substância do direito civil”<sup>12</sup> e o Código Civil é uma importante fonte de interpretação da Constituição, na medida em que os princípios daquele “vão intervir, de maneira mais ou menos direta, na interpretação da Constituição e vão permitir assim de enriquecer e desenvolver seu conteúdo”<sup>13</sup>.

O diálogo entre as fontes normativas infraconstitucionais se dá pela mediação dos princípios e regras constitucionais. Esse modo dinâmico e harmonioso das fontes legais, dispensa a exclusividade do reenvio aos tradicionais meios de superação das antinomias, a saber, a da preferência da norma superior sobre a inferior hierárquica, ou da norma posterior sobre a anterior, ou da norma especial sobre a geral. Às vezes, o intérprete terá de harmonizar o Código Civil e o Código do Consumidor, cuja relação é regulada pelo princípio da proteção; ou o Código Civil e o ECA, interpenetrando suas regras, para aplicação sobre a mesma situação.

“Se a abstração constitutiva do modelo de relação jurídica é o elemento unificador da racionalidade do Código Civil, o único modo de se operar uma ‘correção hermenêutica’ da codificação [permitindo a efetividade dos direitos fundamentais nas

---

(aquisição por estrangeiros); 191 (usucapião especial); 222 (propriedade de empresa jornalística); 225 (meio ambiente e limitação da propriedade); 225, § 5º (terras devolutas); 231 (terras ocupadas pelos índios); 243 (expropriação sem indenização); f) **sucessões**: 5º, XXX (garantia do direito de herança); 5º, XXXI (sucessão de estrangeiros).

<sup>12</sup> MATHIEU, Bertrand. L'utilisation de principes législatifs du Code Civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. *Code Civil et Constitution(s)*. VERPAUX, Michel (Org.). Paris: Economica, 2005, p. 29.

<sup>13</sup> MANNO, Thierry di. Code Civil et Constitution in Italie. *Code Civil et Constitution(s)*. VERPAUX, Michel (Org.). Paris: Economica, 2005, p. 112.

relações interprivadas, com o repúdio ao estatuto da exclusão operado pela fetichização dos modelos] é a sua interpretação não à luz dessa mesma racionalidade, mas, sim, da ordem principiológica constitucional”<sup>14</sup>.

### 3. CRÍTICAS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

**O processo de constitucionalização do direito civil, assim largamente delineado, não foi nem é aceito sem resistências. As correntes mais tradicionais dos civilistas reagiram negativamente à interlocução do direito civil com o direito constitucional, entendendo que cada qual deve permanecer em seu lugar. De um lado temem a banalização do processo, com a elevação de todas as relações de direito civil ao plano constitucional; de outro, a redução da importância do direito civil, que passaria a ser um apêndice do direito constitucional; finalmente, entendem que o direito civil não mudou de natureza e que suas matérias são próprias e insuscetíveis de tratamento pela Constituição, salvo excepcional e supletivamente.**

Nota-se, também, certo recuo de alguns civilistas estrangeiros com o processo de descodificação e um retorno ao sentimento de centralidade do Código Civil. O jurista italiano Natalino Irti, após assinalar a crescente descodificação do direito civil, expressou anos depois seu desencanto com a instabilidade político-constitucional e a comparou com a estabilidade maior da sociedade civil e de seu Código Civil, que, bem ou mal, satisfaz em grande medida suas finalidades. Talvez refletindo a experiência européia recente, reconhece que a sociedade mudou, mas questiona se efetivamente o código teria perdido sua importância central, considerando que as leis especiais mostram-se

---

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações privadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: n. 95, 1º semestre de 2007, p. 20.

efêmeras e pobres; “o fenômeno da descodificação perdeu vivacidade criativa e dinamismo interior” e que descodificação e recodificação não são categorias lógicas, mas “categorias históricas”, mutáveis de tempo em tempo, prevalecendo a centralidade da fonte mais alta (Constituição) quando as mudanças forem dominantes, ou do código civil, quando a estabilidade das relações sociais for dominante<sup>15</sup>. Em verdade, ao lado do processo de descodificação, que continua, assiste-se paradoxalmente à recodificação, de que são exemplos o novo código civil brasileiro, e o alemão de 1900 renovado em 2000 e 2002, cujas reformas absorveram em seu bojo até mesmo o direito material do consumidor.

A visão tradicional sentiu-se reconfortada com o advento do Código Civil de 2002, que teria disciplinado suficientemente a matéria, tornando dispensável o recurso à Constituição. Essa visão tem o apelo sedutor da simplicidade, pois dispensaria a complexidade da operação hermenêutica de conformidade do Código às normas constitucionais, em sua aplicação. Todavia, como vimos, não há como promover a cisão entre os dois hemisférios normativos, que estão inseparavelmente interligados, seja o Código velho ou novo. Ao contrário, a aplicação do Código é exigente de cuidado, para que o núcleo normativo da Constituição sobre direito civil se expresse com vigor. A interpretação de um Código Civil “é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, *reconstitucionalizando o conjunto de regras*”<sup>16</sup> que o integre.

<sup>15</sup> IRTI, Natalino. *Codice civile e società politica*. Roma: Laterza, 1995, p. 16 e 69.

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n. 324, p.16-9, out. 2004, p. 18.

**Cabe ao intérprete assegurar a compatibilidade de cada decisão, fundada em norma do Código Civil, com os princípios constitucionais, ainda que a estes não se refira explicitamente. Cada interpretação é um microcosmo da imensa tarefa de realização de uma sociedade livre, justa e solidária. O Código Civil cumprirá sua vocação de pacificação social se for efetivamente iluminado pelos valores maiores que foram projetados nas normas constitucionais, notadamente nos princípios<sup>17</sup>. Somente assim será acolhido como lei de todos os brasileiros e não apenas dos mais afortunados. A certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização de sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mutações sociais.**

#### **4. O DIREITO CIVIL NO ESTADO SOCIAL**

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A Constituição brasileira de 1988 consagra o Estado social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.

Assim, entende-se por Estado social, no plano do direito, todo aquele que é regido por uma Constituição que regule a ordem econômica e social, diferentemente do Estado liberal, cuja constituição voltava-se à delimitação do poder político ou à

---

<sup>17</sup> Atualmente, a maioria da doutrina admite que uma teoria da Constituição “constitucionalmente adequada” exige necessariamente uma teoria da interpretação constitucional “principalista”. Cf. DÍAZ REVORIO, Francisco Xavier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: CEPC, 1997, p. 37.

organização política e à garantia dos direitos individuais, deixando a ordem econômica à “mão invisível” do mercado. O Estado social caracteriza-se por estabelecer mecanismos jurídicos de intervenção nas relações privadas econômicas e sociais, nas dimensões legislativa, administrativa e judicial, para a tutela dos mais fracos, tendo por objetivo final a realização da justiça social, com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil. Pontificou, incontestado, desde as Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 até o início da década de oitenta do século XX, quando passou a sofrer o assalto crescente do neoliberalismo, patrocinado pelas nações centrais, e da globalização econômica, amplificada pela revolução da informática.

“O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”<sup>18</sup>.

As constituições liberais (no Brasil, as de 1824 e 1891) nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.

O individualismo liberal desprezou a antiga tradição, que vinha da ética social de Aristóteles, da equivalência material das prestações, para o que contribuíram a ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e Savigny, a recusa do liberalismo em relação a uma relativização das obrigações assumidas pelas alterações de valor verificadas no mercado, e a expectativa da previsibilidade da evolução da economia. No Estado social houve o alargamento da responsabilidade solidária das partes e da competência do juiz para revisão dos negócios jurídicos, em razão da mutação funcional do ordenamento normativo numa sociedade dominada pela solidariedade social. As três características básicas dessa mudança são: a) a relativização dos direitos privados pela sua função

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 200.

social; b) a vinculação ético-social desses direitos; c) o recuo do formalismo do sistema de direito privado clássico do século XIX<sup>19</sup>.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou de solidariedade, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a insuperável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização econômica, que agitou o último quartel do século XX, abalou os fins do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania.

As constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, principalmente a Alemanha, da França e da Itália, e mais recentemente as de Portugal e Espanha - na década de setenta do século XX -, propiciaram idêntico interesse pela constitucionalização do direito civil, com produção doutrinária sistemática<sup>20</sup>. Muitos estudos foram alimentados pelas decisões das cortes constitucionais desses países, que se deparam com frequentes conflitos de direitos fundamentais entre os particulares.

O Estado social pode ser autocrático (por exemplo, as Constituições brasileiras de 1967 e 1969, esta última denominada Emenda nº 1, outorgada pelo regime militar) ou democrático. A Constituição de 1988 fez opção clara pelo Estado social e democrático de direito, conjugando os valores de liberdade e igualdade com o valor pluralismo. O Estado social estende e intensifica a liberdade e a igualdade, respeitando a pluralidade de idéias.

---

<sup>19</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1980, p. 598-626, *passim*.

<sup>20</sup> Na Itália, os estudos estão mais avançados e atuais, permanecendo vivo interesse pela constitucionalização do direito civil, como nas obras de PERLINGIERI, Pietro (cujo livro *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, traduzido ao português, causou positivo impacto entre os civilistas brasileiros) e de GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1988. Na França, a Associação Francesa dos Constitucionalistas incentivou estudos recentes nessa direção: VERPEAUX, Michel (Org.). *Code civil et constitution(s)*. Paris: Economica, 2005. Na Espanha, por todos, FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. Em Portugal, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: n. 74, p. 729-755, 1998. Na Argentina, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

A crise do Estado social, a partir da década de oitenta do século XX, foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois se dirige à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, paradoxalmente, cresce na dimensão jurídica.

O Estado social é vítima, nos países, de seu próprio sucesso, diz Gomes Canotilho<sup>21</sup>, para o qual as constituições “socialmente amigas” sofrem as críticas amargas da “crise de governabilidade”, do “flagelo do bem”, do “fim da igualdade”, da “bancarota do Estado”. Tal perplexidade está sendo aguçada pela globalização econômica, na medida em que aprofunda a tendência pela substituição do Estado de bem-estar para o Estado regulador, enquanto for necessária essa função de garantia das regras do jogo das forças econômicas hegemônicas.

A idéia de retorno ao Estado mínimo (e nesse sentido, liberal) é anti-histórica. É pouco crível que a humanidade suporte viver sem as garantias legais coletivas que duramente conquistou, nas relações de trabalho (o que envolveria a extinção do direito do trabalho), nos direitos do consumidor, no direito da livre concorrência, na função social da propriedade e do contrato, na preservação do meio-ambiente, enfim, sem uma ordem econômica constitucional e social.

As várias reformas que vem sofrendo a Constituição de 1988 reduziram fortemente seu alcance, mas não retiraram dela a natureza básica do Estado social a que se destina, ancorada na justiça social, que por sua vez é afirmada como princípio estruturante da ordem política e da ordem econômica (veja-se, especialmente, o *caput* do artigo 170, conformador da atividade econômica exercida no país).

Como diz Boaventura de Sousa Santos, é verdade que a constitucionalização de um conjunto extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil sua efetivação, mas não é menos verdade que esse caráter amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais, *Revista Consulex*, nº 45, Brasília, set. 2000, p. 39.

da constitucionalidade do direito ordinário, consagrando princípios e normas constitucionais. Um bom exemplo, no caso brasileiro, está na proteção jurídica alcançada pelos casais homoafetivos, aplicando-se o princípio constitucional da igualdade<sup>22</sup>.

## 5. TRADIÇÃO PATRIMONIALISTA DO DIREITO CIVIL E AS TENDÊNCIAS DE REPERSONALIZAÇÃO

A codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana<sup>23</sup>.

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que entre seus principais institutos estão a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, fez submergir a pessoa humana, que passou a figurar como simples e formal pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. A tarefa não é fácil, diante do fenômeno do “individualismo sem subjetividade” que é o individualismo da massificação social, da pessoa que se transforma em indivíduo que consome: livre para

---

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans, na *Teoria pura do direito* (São Paulo: Martins Fontes, 1987, nota 25, p. 183) demonstra como é muito significativa, nesse aspecto, a filosofia jurídica de Hegel, para quem a esfera exterior da liberdade é a propriedade: “(...) aquilo que nós chamamos pessoa, quer dizer, o sujeito que é livre, livre para si e se dá nas coisas uma existência”; “Só na propriedade a pessoa é como razão”.

escolher os objetos do supermercado, mas sem qualquer legitimação para produzir novas formas de subjetividade<sup>24</sup>.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio superando-se o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de massa do consumidor na contemporaneidade, de que fala Barcellona. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens e de consumo. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais. Por isso, como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, nesse cenário de renovado humanismo passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais, dos consumidores, dos contratantes em situação de inferioridade, das vítimas de acidentes anônimos etc.<sup>25</sup>. O homem abstrato do liberalismo econômico cede espaço para o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido<sup>26</sup>.

Orlando de Carvalho<sup>27</sup> julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o envólucro em que esse direito se contenha – isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. É essa valorização do poder jurisdicional do homem comum, é essa centralização em torno do homem e dos interesses imediatos que faz o direito civil, para esse autor, o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples. Nessa mesma direção, esclarece Pietro Perlingieri que não se projeta a expulsão ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e especialmente no civilístico, porquanto o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo para atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa<sup>28</sup>. Firma-se a

<sup>24</sup> BARCELLONA, Pietro. *Il declino dello Stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*. Bari: Dedalo, 1998, p. 215.

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.

<sup>26</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 160.

<sup>27</sup> CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Ed. Centelha, 1981, p. 90-2.

<sup>28</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 33.

convicção de que o domínio sobre as coisas não é um fim em si mesmo, mas a concepção de um patrimônio mínimo, constituído de bens e créditos, que garanta a sobrevivência de cada um é imprescindível como suporte de realização do princípio da dignidade humana<sup>29</sup>.

Extrai-se da Constituição brasileira, em razão dos valores incorporados em suas normas, que, no plano geral do direito das obrigações convencionais, o paradigma liberal de prevalência do interesse do credor e do antagonismo foi substituído pelo equilíbrio de direitos e deveres entre credor e devedor, não apenas na dimensão formal, da tradição dos juristas, mas, sobretudo, na dimensão da igualdade ou equivalência material, fundado no princípio da solidariedade social.

A crítica do direito civil tradicional acentuou, com razão, a falta de consideração às relações sociais de poder e de dependência; nesse posicionamento esconde-se uma porção de *pathos* liberal, segundo a idéia de livre jogo das forças, superior à ordenação pelo Poder Público<sup>30</sup>. Certamente, o distanciamento de seus fundamentos constitucionais muito contribuiu para a crítica dirigida à doutrina tradicional.

No rumo da repersonalização das relações civis, podem ser destacadas as seguintes tendências: a) a aplicação crescente pela jurisprudência dos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução dos conflitos; b) o condicionamento do exercício da propriedade e de outros direitos reais à sua função social e a garantia do direito de acesso à propriedade mínima existencial, mediante a qualificação da moradia como direito social (art. 6º da Constituição); c) os direitos da personalidade, entendidos como inatos ao conceito de pessoa; d) a relativização do conceito de pessoa jurídica, de modo a alcançar quem efetivamente a controle, além da admissão das entidades não personificadas; e) a ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, a permitir a humanização efetiva das soluções jurídicas, a partir das situações concretas; f) a compreensão de que o contrato não é intocável, quando resulta em afronta ao equilíbrio material, com onerosidade excessiva para uma das partes; g) a proteção da vítima dos danos, com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva; h) o respeito às diferenças; i) a concepção da família como espaço de convivência socioafetiva e de realização das dignidades de seus

<sup>29</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*, especialmente p. 303-11.

<sup>30</sup> WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão: direito das obrigações*. Trad. Armando Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 24-5.

membros; j) revisão dos conceitos e categorias do direito sucessório, no sentido de sua função social e da realização do princípio da solidariedade.

## 6. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NAS RELAÇÕES CIVIS

A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não o resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um de seus aspectos. Vai muito além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.

Os civilistas brasileiros, estudiosos do processo de constitucionalização, nunca tiveram dúvidas da força normativa da Constituição; nunca incorporaram os questionamentos de algumas correntes de constitucionalistas, preocupados com o alcance que os primeiros têm dado às normas constitucionais. Para os civilistas brasileiros é indiscutível a distinção que se consagrou entre nós das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulamentação infraconstitucional. Assim foi, por exemplo, com o princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem, estabelecido nos arts. 226 e 227 da Constituição, que representou verdadeira revolução no direito de família, conseqüentemente revogando a legislação civil anterior. Essa orientação restou dominante na jurisprudência dos tribunais, de 1988 até 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil. Se prevalecesse a tese tradicional da conservação da legislação anterior até que a norma constitucional fosse regulamentada por nova legislação infraconstitucional, então não se teria emprestado força normativa real à Constituição, que restaria com efeito meramente simbólico, permanecendo as desigualdades rejeitadas.

Notou-se que as forças vivas da sociedade influíram efetivamente nas opções do constituinte de 1988, muito mais que na elaboração de códigos, cuja natureza técnica inibe a participação até mesmo dos parlamentares. Por essa razão, a Constituição, além de ser a norma hierarquicamente superior a todas as outras, determinante do sentido do ordenamento jurídico, absorveu de fato os valores que a sociedade conseguiu veicular para servir de fundamento ou base à organização social. Esses valores forem vertidos em princípios ou regras que colorem o direito como um todo.

O conceito de princípio constitucional não se confunde com o de “princípio geral de direito” empregado pela Lei de Introdução ao Código Civil. O art. 4º dessa lei, como sabemos, estabelece a regra de *non liquet*, proibindo o juiz de não julgar quando a lei for omissa, determinando que, se não houver costumes, devem ser aplicados os princípios gerais de direito. Estes têm, conseqüentemente, função supletiva, ou seja, primeiro a lei, depois os costumes, e por fim os princípios, como normas de clausura ou de completude do sistema jurídico. Ao contrário, os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio constitucional, depois a lei fundamentada nele.

## **7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL**

**As considerações gerais até aqui expostas são mais bem especificadas nos três institutos principais do direito civil, a saber, a família, a propriedade e o contrato, ressaltando o conteúdo que passaram a ostentar, a partir dos fundamentos constitucionais.**

### **Fontes constitucionais do direito de família**

**As Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado. As declarações de direito, como a Declaração**

**Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram vinculá-la à sociedade (Art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade”; na Constituição brasileira, art. 226: “A família, base da sociedade”), como reconhecimento da perda histórica de sua função política. A função política despontava na família patriarcal, cujos fortes traços marcaram a cena histórica brasileira, da Colônia às primeiras décadas do século XX. Em obras clássicas, vários pensadores<sup>31</sup> assinalaram este instigante traço da formação do homem brasileiro, ao demonstrar que a religião e o patrimônio doméstico se colocaram como irremovíveis obstáculos ao sentimento coletivo de *res publica*. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. Em suma, o público era (e ainda é, infelizmente) pensado como projeção do espaço privado-familiar.**

**A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão solidária de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como**

<sup>31</sup> Especialmente DUARTE, Nestor. *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*. Brasília: Ministério da Justiça, 1966/1997; FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1994; RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

**pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. Em trabalho que dedicamos ao assunto, denominamos esse fenômeno de repersonalização das relações familiares<sup>32</sup>. É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar.**

A Constituição e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira é perpassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, às vezes de modo explícito.

A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No Capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (art. 226, § 7º; art. 227, *caput*; art. 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada individualmente para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts. 4º, 15 e 18). O Código Civil de 2002, cuja redação originária antecedeu a Constituição, não faz qualquer alusão expressa ao princípio; todavia, por força da primazia constitucional, este como os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissolúvelmente ligado ao princípio da solidariedade. A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No Capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família

---

<sup>32</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações familiares. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Carlos Alberto Bittar (org.), São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

(como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).

O princípio constitucional da liberdade, no âmbito das famílias, diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O princípio constitucional da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito. Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, o idoso é diferente do adolescente, mas enquanto pessoas humanas devem exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito.

Além desses, também têm fundamento constitucional três princípios específicos aplicáveis ao direito de família, a saber, o princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança.

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O art. 1.593 do Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consangüíneos ou de outra origem têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade.

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. O inciso XI do art. 5º da Constituição estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador”. Mas, a referência constitucional explícita ao princípio será encontrada no art. 227. Também no Código Civil, o princípio se expressa na alusão do art. 1.513 à não interferências “na comunhão de vida instituída pela família”. A Convenção dos Direitos da Criança, no art. 9.3, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. No direito

brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227 que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu art. 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”.

### Fontes constitucionais da propriedade

Sobre esse “terrível direito”, na expressão angustiada de Cesare Beccaria, os pensadores que ajudaram a fundamentar os valores da modernidade não coincidem. Glorificado pela Revolução Francesa, que o considerou sagrado, o direito à propriedade privada encobriu-se do ceticismo de um dos mentores teóricos revolução, Rousseau: “O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: *isto é meu*, e encontrou pessoas bastante simples para acreditá-lo, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: ‘Livrai-nos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém’”<sup>33</sup>.

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes individualistas e solidaristas. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII (“é garantido o direito de propriedade”) é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”) é a dimensão solidária e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.

---

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discursos sobre as ciências e as artes e sobre a origem da desigualdade*. Rio de Janeiro: Athena, s. d., p. 124.

O caminho indicado para a superação do impasse é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do balanceamento ou da ponderação de direitos e interesses em conflito<sup>34</sup>. Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional.

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação. Neste sentido, é o art. 1.228 do Código Civil, cujo § 1º estabelece que a propriedade deva ser exercida “em consonância com suas finalidades econômicas e sociais”, com preservação do meio-ambiente, e cujo § 4º prevê a perda da propriedade quando for ocupada por mais de cinco anos por considerável número de pessoas que tenham nela realizado obras de interesse social, inclusive moradias.

Para determinadas situações, a Constituição estabelece o conteúdo da função social, como se lê no artigo 182, § 2º, relativamente à propriedade urbana, e no art. 186, relativamente à propriedade rural. Neles, evidentemente, não se esgota seu alcance. A desapropriação por interesse social arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançá-la, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão. No caso da propriedade urbana, outros mecanismos de intervenção estatal estão previstos: o parcelamento ou a edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. O conflito entre a concepção individualista da propriedade e a concepção social emerge na reação que se nota nos tribunais à implementação, pelos municípios, do imposto progressivo sobre terrenos urbanos desocupados, apenas utilizados para fins especulativos.

---

<sup>34</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar e dispor de seus domínios como lhe aprouvesse, segundo conhecida formulação da legislação civil tradicional. O direito à habitação ou à moradia ingressou na Constituição brasileira como direito social autônomo (art. 6º), competindo com o direito de propriedade.

A Constituição não trata diretamente da posse, mas sua tutela deriva dos princípios e regras voltadas à concretização da função social da propriedade. É possível detectar no ordenamento constitucional diversas maneiras de tratamento do tema: tutela da posse que importa *limitação* ao uso da propriedade, tutela da posse *paralelamente* ao direito de propriedade e, finalmente, tutela da posse como *modo de aquisição* do direito de propriedade<sup>35</sup>.

No caso da terra, como esclarece Boaventura de Sousa Santos, confrontam-se fundamentalmente duas concepções de propriedade: a concepção que tem na sua base o trabalho; e as concepções individualistas mais ligadas à posse ou à propriedade. Para obviar o conflito é necessário que as instituições aprofundem o componente social da propriedade, ou novos conceitos de direito de propriedade, sem os quais não pode haver justiça social<sup>36</sup>.

O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio-ambiente, que foi elevado a macrolimite constitucional insuperável (artigo 225 da Constituição), no sentido da construção *in fieri* do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio-ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível a todos e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.

<sup>35</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In *A reconstrução do direito privado*. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo: RT, 2002, p. 847.

<sup>36</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 36-7.

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

### **Fontes constitucionais do contrato**

A ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica que emerge com força o Estado social e se cristaliza a ideologia constitucionalmente estabelecida. Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos não é o mesmo da concepção liberal, a qual contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Referimos ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos códigos civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época liberal: quem diz contratual, diz justo.

Foi o contrato fundado na soberania da vontade individual o instrumento jurídico da acumulação capitalista. A burguesia liberal logo percebeu que o sistema de direito romano era inadequado para a expansão capitalista, pois era baseado na conservação e

não na acumulação da riqueza. O ideal supremo da classe dirigente da sociedade romana não era o desenvolvimento, mas a segurança e a estabilidade<sup>37</sup>.

A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). A justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial). Um dos mais importantes dispositivos no Código Civil de 2002, o art. 421, que introduz a normativa geral dos contratos, estabelece que a liberdade de contratar seja exercida “em razão e nos limites da função social do contrato”. Não se trata aí apenas de limites negativos, mas, principalmente, de condicionamento positivo do conteúdo e finalidades do contrato; a essencialidade principiológica da norma é demonstrada pelo parágrafo único do art. 2.035 que prevê a nulidade de qualquer convenção das partes que contrarie a função social do contrato.

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência exclusiva do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o

<sup>37</sup> GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1988, p. 5.

justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie dos princípios sociais do contrato, que incluem a boa-fé objetiva e a função social.

Outro interessante campo de transformação da função dos contratos é o das negociações ou convenções coletivas, já amplamente utilizadas no meio trabalhista. À medida que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo se apresenta como um poderoso instrumento de solução e regulação normativa dos conflitos transindividuais. O Código do Consumidor, por exemplo, prevê a convenção coletiva para regular os interesses dos consumidores e fornecedores, através de entidades representativas. Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal.

Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados, são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente estes problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante mais vulnerável.

O principal giro de perspectiva que se observa na compreensão do contrato, no contexto atual, é a consideração do poder que cada participante exercita sobre o outro; do poder contratual dominante que nunca deixou de haver, mas que o direito desconsiderava, porque partia do princípio da igualdade formal dos contratantes, sem contemplar as suas potências econômicas; ou, como hoje já tratamos de modo muito mais jurídico, o poder dominante de um e a vulnerabilidade jurídica de outro, que é

pressuposta ou presumida pela lei, a exemplo do inquilino, do trabalhador, do consumidor, do aderente.

## **8. A IMPRESCINDIBILIDADE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos jurídicos das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. Sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; os princípios sociais e a tutela do contratante vulnerável, no contrato.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.

A fundamentação constitucional do direito privado não é episódica e circunstancial, mas constante em sua aplicação, cumprindo-se reagir à ilusão da aparente auto-suficiência da legislação civil, máxime com o advento de um novo

Código Civil, tradicionalmente mais estável que a Constituição, sob risco de envelhecimento precoce.

Impõe-se ao intérprete e aos aplicadores do direito a imensa tarefa de interpretar o Código Civil em conformidade com os valores e princípios constitucionais. Portanto, trazê-lo à contemporaneidade. Até porque muitos dos artigos do Código de 1916 foram repetidos no de 2002. E as palavras, ali, não podem traduzir e ter o significado pensado por aqueles que a escreveram e as puseram no final do século XIX e início do século XX. O paradigma do individualismo e do sujeito de direito abstrato foi substituído pelo da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, que impulsionou intensa transformação de conteúdo e fins.

A perspectiva da Constituição, crisol das transformações sociais, tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, que se nota, de modo alvissareiro, nos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, no sentido de reconduzi-lo ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas.

De tudo resulta que o direito civil brasileiro atual integra sistema hipercomplexo, em constante interação com a mutabilidade social, tendo no ápice a Constituição, que inspira a interpretação do Código Civil e sua interlocução com a legislação especial e os microsistemas jurídicos.