

# A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado

**DANIEL SARMENTO**

*Procurador da República, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado) e da EMERJ*

## 1. Introdução

No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuia no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, o qual se centrava na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas.

Sem embargo, esta ampliação do espaço constitucional não bastou para elevar a Constituição à posição de centro gravitacional do Direito Privado. Um sério obstáculo para isso era oposto pela concepção que vislumbrava nas normas constitucionais que atingiam a esfera jurídico-privada meros programas políticos, desvestidos de eficácia jurídica imediata, que careceriam sempre da mediação do legislador para produção dos seus efeitos. Poder-se-ia até reconhecer o caráter preceptivo das normas constitucionais clássicas, ou seja, daquelas que estabeleciam a organização do Estado e definiam os direitos individuais e políticos do cidadão, até porque estas não continham nenhum projeto de alteração do *status quo*. Mas às normas que extravasassem deste papel devotava-se muito pouca importância, pois não se lhes atribuía valor jurídico efetivo.

Só a superação desta visão, com o reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, em especial dos seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional. Tal

concepção vai acarretar uma verdadeira “virada de Copérnico”<sup>1</sup> no Direito Privado, reunificando, em torno dos seus valores existenciais, um sistema que fora fragmentado pelo advento de um sem-número de leis especiais. Estes valores vão fecundar o Direito Privado com os ideais igualitários e solidarísticos entranhados no tecido constitucional, impondo uma releitura, sob nova ótica, de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico.

No presente capítulo, pretendemos descrever esta trajetória, mostrando a relação intrínseca entre o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos seus princípios e o processo de constitucionalização do Direito Privado. Abordaremos também as críticas endereçadas contra esta tendência, para tentar, num esforço de síntese, firmar nossa posição sobre a relação entre a Constituição e a ordem privada.

## 2 – A Força Normativa da Constituição

A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Durante um bom período campeou, sobretudo nos países europeus, em razão da ausência de jurisdição constitucional, a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de efeitos concretos<sup>2</sup>. Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos, e em especial ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz, nem muito menos ao cidadão<sup>3</sup>.

Sustentava-se, inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às constituições teriam conteúdo exclusivamente moral, mas não qualquer eficácia jurídica<sup>4</sup>. Assim, os direitos fundamentais só valiam no âmbito e

<sup>1</sup> A expressão é de FACHIN:, Luiz Edson, utilizada em “Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo”. In: FACHIN:. Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317-324.

<sup>2</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

<sup>3</sup> Esta concepção não se estendia aos Estados Unidos, que, desde o início da sua trajetória constitucional, consideram que a Constituição vincula também o legislador, que pode ser censurado através da **judicial review**, conforme ficou estabelecido a partir do julgamento pela Suprema Corte norte-americana de *Marbury v. Madison*, em 1803.

<sup>4</sup> Cf. CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1997, p. 1051/1052, e BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 105.

no limite das leis que os reconhecessem, como sustentou Jellinek, na sua famosa teoria dos direitos públicos subjetivos, não sendo possível a invocação direta da Constituição pelos jurisdicionados.

Todavia, a adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo o mundo, ao longo do século XX, foi modificando esta concepção, tendo importado na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Passa-se, desta forma, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante o magistério de Gustavo Zagrebelsky, “a lei (...) pela primeira vez na época moderna, é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição”.<sup>5</sup>

Ocorre que, paralelamente a esta mudança, foi também se desencadeando outro processo, vinculado à emergência do Estado Social, consistente na redefinição dos papéis da Constituição: se, no Estado Liberal, ela se cingia a organizar o Estado e a garantir direitos individuais, dentro do novo paradigma ela passa também a consagrar direitos sociais e econômicos e a apontar caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade.

Diante deste fenômeno, o pensamento constitucional hegemônico não atribuiu caráter vinculante a toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Como ressaltou Ana Prata, segundo esta doutrina, “todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham um cariz não preceptivo, traduzindo-se num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa”.<sup>6</sup> Os demais mandamentos constitucionais, característicos das cartas sociais do século XX, eram vistos como “normas programáticas”, desprovidas de aplicabilidade imediata e que por isso dependeriam da *interpositio legislaore* para deflagração de efeitos. Assim, a ampliação da Constituição pagou no primeiro momento um preço caro: a crise da sua juridicidade<sup>7</sup>. Daí sedimentou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, lançando as últimas num verdadeiro “limbo” jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.

Tal doutrina, que dominou o Direito Constitucional durante boa parte do século XX, e que, apesar do seu anacronismo, ainda não foi definitiva-

<sup>5</sup> **Il Diritto Mite**. Torino: Einaudi, 1992, p. 39.

<sup>6</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 123.

<sup>7</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 208.

mente destronada, pelo seu enraizamento no imaginário dos operadores jurídicos, acabava neutralizando os avanços das constituições sociais e dos seus princípios e valores de justiça distributiva. Ela reconhecia plena eficácia jurídica à parte da Constituição que garantia o *status quo*, mas negava qualquer aplicabilidade às normas que impunham transformações e representavam risco para os interesses das classes hegemônicas. Tais normas tornavam-se dependentes do legislador ordinário, cuja inércia ou timidez frustrava as potencialidades transformadoras da Constituição, relegando-a a um papel meramente simbólico.

É verdade que a negativa de eficácia a certas partes da Constituição não resulta apenas de resistência ideológica. A esta se agregam razões jurídicas ponderáveis, como o grau de indeterminação semântica de algumas normas, assim como o fato de que a aplicação de outras depende da utilização de recursos escassos, bem como da formulação de políticas públicas, e não de um mero comportamento absenteísta do Estado.

Sem embargo, contra a referida doutrina tradicional vai se erguer uma forte reação na Itália, sobretudo a partir da obra de Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*<sup>8</sup>, publicada em 1952, na qual o autor vai afirmar que todas as normas constitucionais, inclusive as chamadas programáticas, geram efeitos jurídicos ponderáveis. No Brasil, esta tese vai se refletir nas lições de autores como J. H. Meirelles Teixeira<sup>9</sup>, José Afonso da Silva<sup>10</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>11</sup>, dentre outros. Tais autores, embora usando classificações e terminologias distintas, vão estar de acordo na pregação de que, embora existam gradações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma, e acarretam a não recepção do direito anterior incompatível.

---

<sup>8</sup> CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizione di Principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

<sup>9</sup> No país, deve-se o pioneirismo desta corrente ao Prof. José Horácio Meirelhes Teixeira que, nas suas lições, ainda na década de 50, divulgava esta posição, com base na doutrina européia mais atualizada. Entretanto, as lições de Meirelhes Teixeira só vieram a público em 1991, com a publicação das apostilas que continham suas aulas ministradas na Faculdade de Direito da USP, no livro organizado e atualizado pela Prof<sup>a</sup>. Maria Garcia, intitulado **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991, no qual a questão dos efeitos das normas constitucionais é tratada com grande profundidade às fls. 295-361.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>11</sup> **O Direito Constitucional ...**, op. cit, p. 75-120.

Sem embargo, o certo é que a falta de efetividade das normas constitucionais contribui decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição, e impedir a difusão de um genuíno “sentimento constitucional” entre o povo. De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do “dever ser” e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma<sup>12</sup>. Ela passa a ser vista pelos seus destinatários como um repositório de utopias e de proclamações políticas, de pouca valia prática. No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro.

O modelo corresponde ao que Karl Lowenstein<sup>13</sup> qualificou como Constituição nominal: ela não possui maior eficácia jurídica, em razão do seu descompasso com a realidade social, mas ainda mantém um certo efeito educativo e prospectivo. Para Lowenstein, a Constituição nominal é inferior à Constituição normativa, que consegue submeter aos seus regramentos a realidade política, mas superior à Constituição semântica, que apenas formaliza uma dominação de fato existente na sociedade, em proveito exclusivo dos detentores do poder, sem qualquer pretensão de subordiná-los a limites jurídicos.

É verdade que, além das suas dimensões normativas, as constituições também desempenham uma função simbólica<sup>14</sup>, que não pode ser negligenciada. Elas condensam valores que devem gerar unidade e coesão social, e que servem de pauta para os movimentos sociais que reivindicam a sua efetivação<sup>15</sup>. São o estandarte de certas lutas e idéias, caras à cultura e à história de um povo, portando um apelo emotivo e agregador<sup>16</sup>. Mas a hipertrofia das funções simbólicas de uma Constituição, em detrimento da sua vocação normativa, afigura-se nefasta e pode levar até a anomia constitucional, que se instaura quando prevalece, de modo generalizado,

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional**..., op. cit., p. 59-65.

<sup>13</sup> LOWENSTEIN: Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad. Alferdo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, p. 217 et seq.

<sup>14</sup> Veja-se, sobre a matéria, o denso estudo de NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>15</sup> Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28.

<sup>16</sup> Sobre o papel da Constituição, como elemento que, pelos seus valores, deve gerar coesão e integração na sociedade, são clássicas as lições de Rudolf Smend, que datam da década de 20 do século passado, e estão coligidas na obra **Constitucion e Derecho Constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

a crença de que a Constituição não vale como norma, e de que é possível descumprir impunemente os seus comandos. Em alguns casos, a Constituição passa a ser usada como *álibi*<sup>17</sup>, para criar a falsa imagem, interna e externamente, de que o Estado está agindo para resolver certos problemas sociais, quando, na verdade, a promessa estampada no texto constitucional é insincera, pois não há nenhum empenho efetivo em concretizá-la no mundo real.

Neste contexto, não causa espanto que setores da comunidade jurídica profundamente comprometidos com a luta pela justiça social não devotassem, no passado recente, maior apreço à Constituição, vista como mais um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. De fato, durante algum tempo esta era a visão prevalecente no Brasil, dentre os juristas integrantes do movimento do Direito Alternativo<sup>18</sup>, que, descartando a dogmática, preferiam o discurso da desconstrução do saber jurídico tradicional, apontado como instrumento a serviço da dominação burguesa, na linha da doutrina marxista, que enxergava no Direito um mero elemento da superestrutura, completamente condicionado pela infra-estrutura das relações de produção<sup>19</sup>. Correspondia a esta visão, na seara constitucional, a teoria cética de Ferdinand Lassale, jurista alemão contemporâneo de Marx, que, em famoso ensaio intitulado **A Essência da Constituição**<sup>20</sup>, negava qualquer valor à lei constitucional, equiparada por ele a um mero “pedaço de papel”. Afirmava Lassale que a Constituição real de um Estado consiste exclusivamente nos “fatores reais de poder que regem uma Nação”, e que a lei constitucional só teria alguma eficácia se os refletisse com fidelidade.

Foi para combater, de um lado, o nihilismo de Lassale, e, do outro, certas concepções constitucionais mais tradicionais, que implicavam no amesquinhaamento da eficácia da Lei Maior, que Konrad Hesse esboçou sua teoria

<sup>17</sup> Cf. Marcelo Neves, op. cit., p. 92/95.

<sup>18</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo". In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: Ed. RT, p. 36-39; e SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 29-60.

<sup>19</sup> Cumpre advertir que esta concepção adotada pelo marxismo clássico foi posteriormente revista e sofisticada, sobretudo em razão da influência do pensamento de Antonio Gramsci, que defendia a existência de um efeito de retroação da superestrutura sobre a infra-estrutura econômica, o que já abre a possibilidade de reconhecimento de alguma força transformadora no Direito. Nesta linha, encaminha-se o pensamento de Pashukanis, principal teórico do Direito marxista. Veja-se, a propósito, POULANTZAS, Nico. **O Estado, o Poder, o Socialismo**. Trad. Rita Lima. 2ª ed, Rio de Janeiro: Graal, 1985.

<sup>20</sup> LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

sobre a “força normativa da Constituição”<sup>21</sup>. O pensamento de Hesse<sup>22</sup> se opõe tanto ao normativismo kelseniano, que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social, preocupando-se apenas com a primeira, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional. Para ele, a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente. A realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica não é uma máquina, mas um ser humano, que vive imerso numa comunidade, partilhando dos seus valores e tradições. Mas a Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira ordenar o fato social e influir sobre ele. Ela não se contenta em ser um mero espelho das relações de poder.

Mas, para que a Constituição tenha como desencadear a sua força normativa, ela não pode se desvincular dos seus condicionamentos materiais, nem ignorar as leis espirituais, sociais e econômicas da sua época, senão não logrará efetivar-se. Além disso, o ingrediente essencial para a força normativa é o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”. Deve haver o anseio de realização concreta da Constituição, e é importante que a sociedade se mobilize neste sentido. Quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor. Mas os limites sempre existirão, e será preciso respeitá-los. Não é recomendável, portanto, que o constituinte se entregue a devaneios, e confira direitos cujo atendimento não seja possível, sob pena de descrédito da Constituição, com a conseqüente erosão da sua força normativa.

Hoje, assiste-se em todo o mundo a um movimento de “retorno ao Direito”<sup>23</sup>, e as diversas correntes filosóficas e ideológicas presentes no debate contemporâneo convergem para o reconhecimento de que o Direito é peça fundamental para que seja possível a convivência social com um mínimo de harmonia e justiça. Neste quadro, no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios

---

<sup>21</sup> Veja-se HESSE, Konrad. "La Fuerza Normativa de la Constitución". In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 57-78.

<sup>22</sup> Para uma visão mais completa sobre o pensamento constitucional de Konrad Hesse, vale consultar seu curso, já traduzido para o português, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

<sup>23</sup> A expressão é de BOURETZ, Pierre, e é utilizada e desenvolvida no ensaio "La Force du Droit". In: BOURETZ, Pierre (Org). **La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 09-38.

e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social<sup>24</sup>. Trata-se de usar a interpretação constitucional como um “espaço de luta”, pois, como salientou Clèmerson Merlin Clève:

*“Num Estado Democrático de Direito, alicerçado numa Constituição comprometida com a dignidade do homem, o ofício do jurista ligado com a práxis libertária assumirá vastas proporções, em face das inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas. Uma Constituição democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizados com o sentido de democratizar o direito, inclusive, se for o caso, para o fim de negar a aplicação à lei que viole valor protegido pela Lei Fundamental. Em face da Constituição brasileira atual, não é difícil sustentar-se a potencial inconstitucionalidade da lei injusta, na medida em que o constituinte definiu entre os princípios fundamentais da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).”<sup>25</sup>*

<sup>24</sup> Sem embargo, num recente e instigante artigo, o jovem e brilhante jurista Cláudio Pereira de Souza Neto criticou o que chamou de “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, identificado com a doutrina de autores como José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève. Para ele, esta orientação doutrinária teria chegado a um esgotamento, pelo seu escasso êxito prático, na medida em que os critérios formais que elaborou no sentido de extrair maior normatividade da Lei Maior acabaram sendo usados pelo STF na direção oposta, como forma de neutralizar os avanços sociais da Constituição. Mas a grande falha desta orientação estaria, segundo o jurista, em desconsiderar o elemento material e o fundamento filosófico necessários à definição do grau de eficácia das normas constitucionais. Assim, partindo sobretudo da filosofia de Habermas, o autor postula uma eficácia direta, com ampla possibilidade de controle judicial, para as normas definidoras de direitos fundamentais básicos, inclusive os sociais, no que diz respeito ao chamado mínimo existencial, aduzindo que isto não significaria restrição à democracia, mas garantia dos seus pressupostos. Sem embargo, o autor discorda da atribuição de força diretamente vinculante às normas que estabeleçam políticas públicas, pois tais políticas, numa sociedade democrática, deveriam ser resolvidas pelo legislador, através do critério majoritário, e não pela jurisdição constitucional, diante do seu déficit democrático. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”. In: MELLO, Celso Albuquerque de, e TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de Direitos Humanos nº 4**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-61

<sup>25</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. “O jurídico com espaço de luta: sobre o uso alternativo do Direito”. In: **O Direito e os Direitos**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 207.

Assim, não é apenas por razões de coerência sistêmica que se deve postular a constitucionalização do Direito Privado. Trata-se de movimento necessário para quem aspire a pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais justos, à luz da inobjetável constatação, feita por Luís Roberto Barroso, de que "(...) o legislador constitucional é invariavelmente mais progressista do que o legislador ordinário"<sup>26</sup>. Neste contexto, é importante conceber a Constituição como o "topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico"<sup>27</sup>, para, com isso, mergulhar todo o direito infraconstitucional na axiologia transformadora da Lei Maior.

### **3- O Direito Privado em Busca de um Centro: do Código Civil à Constituição**

O movimento de codificação, que se desenvolveu na Europa ao longo do século XIX, a partir da experiência precursora do Código de Napoleão de 1804<sup>28</sup>, representou, na época, o coroamento dos ideais racionalizados do Iluminismo, que buscava assentar o direito sobre bases seguras e unitárias. A consagração política do princípio da igualdade, com a abolição dos privilégios estamentais, exigia a existência de um direito único para todas as pessoas, que deveria primar pela generalidade e abstração<sup>29</sup>, e regular, de modo completo e exaustivo, as relações sociais. Intentava-se pôr fim à multiplicidade de normas, emanadas das mais variadas fontes, que conviviam, numa relação muitas vezes conflituosa e desordenada no **Ancièn Regime**, fundando o Direito sobre regras simples e harmônicas,

<sup>26</sup> **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

<sup>27</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 225.

<sup>28</sup> É sabido que na Roma Antiga foram elaboradas codificações, como o *Codex Justiniano*, que entretanto não possuíam o caráter sistematizador dos códigos modernos, constituindo antes uma coletânea das leis anteriores, sem ordem ou unidade, Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64; e MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 176-177.

<sup>29</sup> Neste sentido, Ana Prata ressalta, com razão, que "a hipoteticidade, a abstracção e a generalidade, características que a concepção liberal do direito atribuiu à lei, são incindíveis da noção de igualdade, no sentido em que esta é seu pressuposto e sua consequência. Porque todos os indivíduos são iguais, é possível aplicar-lhes a lei (hipotética, abstracta e geral), mas, simultaneamente, é a lei, com tais características, que assume como iguais os indivíduos, isto é, é porque são iguais à face da lei que eles são iguais entre si." ( **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 87).

derivadas de uma hipotética razão universal<sup>30</sup>, de forma a garantir a segurança jurídica e adaptar o direito às necessidades de uma economia capitalista em processo de expansão<sup>31</sup>.

Os pressupostos filosóficos do ideal codificador eram os do jusnaturalismo. Vale dizer, existiria uma ordem jurídica anterior ao direito positivo, eterna e transcendente, à luz da qual a legislação civil deveria ser moldada. Nas palavras de Hespanha, "(...) os códigos serão, assim, um repositório não do direito 'voluntário', sujeito às contingências e às mudanças da vontade humana, mas do direito 'natural', imutável, universal, capaz de instaurar uma época de 'paz perpétua' na convivência humana"<sup>32</sup>. A idéia de Código associa-se, por outro lado, à de sistema<sup>33</sup>. Se a sistematização favorece a clareza, a harmonia e a ordem no objeto sistematizado, codificar o Direito significava revesti-lo com aqueles mesmos predicados, tornando-o mais simples e seguro.

O "direito natural", que se cristalizara nos códigos, fundava-se na idéia de autonomia da vontade dos indivíduos, igualizados pela abstração da lei. E desta autonomia decorriam, como ressaltou Wieacker,

*" (...) as grandes figuras do direito privado: o direito subjetivo como poder da vontade, o negócio jurídico como ativação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas jurídicas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas."*<sup>34</sup>

Os códigos encampavam assim os interesses da burguesia, protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao

---

<sup>30</sup> A idéia de codificação gerou, no panorama alemão, uma intensa reação por parte dos juristas da Escola Histórica, à frente Savigny, que, partindo das premissas do pensamento romântico, preferiam o direito costumeiro, porque mais próximo ao espírito do povo, rejeitando a universalismo racionalista dos códigos. A codificação na Alemanha vai ocorrer quase um século depois, com a edição do BGB em 1896. Veja-se, a propósito, WIEACKER. **A História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980., p. 398 et. seq.

<sup>31</sup> Cf. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 42.

<sup>32</sup> **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 162.

<sup>33</sup> Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação: Crônica de um Conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 29.

<sup>34</sup> WIEACKER, Franz, op. cit., p. 717.

tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. Vivia-se, como registrou Natalino Irti, na “Era da Segurança”<sup>35</sup>, na qual o protagonismo cabia ao burguês proprietário, sujeito de direito e pai de família. Embora todos fossem iguais e autônomos perante o Código, dentro do modelo de produção capitalista só o burguês possuía bens para proteger e comprometer através de contrato, e era ele, portanto, o típico sujeito de direito mirado pela codificação. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o ter sobre o ser.

Portanto, o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo do Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, “(...) uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”<sup>36</sup>. Tratava-se de uma “sociedade de Direito Privado”, na qual cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que estes mantinham no mercado.

O Direito ainda não se abria para os interesses das classes desfavorecidas, inclusive em razão do caráter censitário do voto, que alijava do processo político a imensa maioria da população. O papel do Direito Privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, ambos vistos como expressões necessárias da autonomia do indivíduo<sup>37</sup>. Este indivíduo, identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil<sup>38</sup>. A ordem jurídica cerrava os

<sup>35</sup> IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997., p. 138.

<sup>37</sup> Cf. BARCELLONA, Pietro. **Diritto Privato e Società Moderna**. Napoli: Jovène, 1996, p. 320; e MORAES, Maria Celina Bodin de. "O Direito Civil Constitucional". In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. 1988 - 1998: **Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 119.

<sup>38</sup> Neste sentido, vale reproduzir o autorizado magistério de NEGREIROS, Teresa: "Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial (...). A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial. Todos podem casar, ser proprietários e testar; todos são iguais." (**Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15-16).

seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão.

O Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito. Na França, desenvolve-se no século XIX a Escola da Exegese, cultivando o fetichismo da lei, e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil<sup>39</sup>, e negando o papel criativo dos juízes na aplicação do Direito. Os professores franceses de então se vangloriavam de ensinar não o Direito Civil, mas o Código de Napoleão, o que revelava com clareza o endeusamento daquele monumento legislativo e a crença na sua completude. Para eles, o Direito era o Código<sup>40</sup>.

A partir de premissas um tanto diversas deu-se, quase um século mais tarde, a Codificação na Alemanha, com a edição do BGB, em 1896. Este pôde se beneficiar de todo o desenvolvimento teórico proporcionado pela pandectística, que buscou reformular e dar maior racionalidade aos institutos do Direito Romano, pretendendo cunhar uma ordem jurídica fundada em conceitos (jurisprudência dos conceitos), elaborados num elevado nível de abstração teórica e de dogmatismo<sup>41</sup>. O código alemão, diferentemente do francês, abrangia uma parte geral, que visava assegurar sua unidade sistemática, costurando os institutos da parte especial. Além disto, valia-se com mais freqüência de cláusulas gerais, abrindo um espaço mais amplo para a jurisprudência. Sem embargo, era também um código do liberalismo e do positivismo, surgido numa fase em que já se prenunciava a decadência de ambos.

O modelo de codificação do Estado Liberal vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o Direito Público e o Privado. No primeiro, que disciplinava as relações desiguais entre o cidadão e o Estado, incidia a Constituição, e o segundo, que regulava as relações entre iguais na sociedade e no mercado, centrava-se no Código Civil. O Direito Público era visto como o reino do contingente, enquanto que o Direito Privado pautava-se por regras imutáveis, porque derivadas da razão<sup>42</sup>. Na dicotomia

---

<sup>39</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil e os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 02.

<sup>40</sup> Cf. REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-97.

<sup>41</sup> Sobre as diferenças filosóficas entre a codificação napoleônica e alemã, veja-se CORDEIRO, António Menezes, introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXXXIV - C.

<sup>42</sup> Emanuel Kant radicalizou esta concepção, ao identificar o Direito Privado ao direito natural, existente no Estado de Natureza, e o Direito Público àquele posto pelo Estado, próprio da sociedade civil. Veja-se, a propósito, BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, p. 82-87.

público/privado, a prioridade axiológica recaia sobre o segundo termo, o que expressava o enfoque preferencial sobre a “liberdade dos modernos” em relação à “liberdade dos antigos” e a primazia do **bourgeois** sobre o **citoyen**.

Neste quadro, o Código Civil desempenhava o papel correspondente ao de uma Constituição das relações privadas e da sociedade civil<sup>43</sup>, de “diploma básico de toda a ordem jurídica”<sup>44</sup>. Como destacou Michele Giorgianni,

*“Esse significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século XIX (...) é imanente neles, se se fixar a idéia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíam, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal.”*<sup>45</sup>

Ademais, nos códigos civis estavam disciplinadas as principais matérias comuns aos vários ramos do saber jurídico, como as fontes do direito, sua interpretação, aplicação da lei no tempo e no espaço etc. Numa época em que a produção de normas era ainda escassa, as raras leis extravagantes editadas em matéria privada não disputavam a primazia com o Código Civil, mas gravitavam ao seu redor, recebendo seus influxos e sendo interpretadas ao seu lume.

A forma de regulamentação utilizada pelos códigos de então correspondia ao que Gustavo Tepedino rotulou de “exasperação da técnica legislativa regulamentar”<sup>46</sup>. Dentro do modelo oitocentista e do primeiro quartel do século XX, cabia ao código disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes, contendo a precisa definição da **fattispecie** normativa, assim como de suas conseqüências<sup>47</sup>, de forma que a aplicação do direito aos fatos pelos juízes pudesse se realizar através de um simples silogismo. A onipotência do legislador deveria corresponder ao servilismo judicial, de acordo com a visão esquemática e simplificadora do princípio da separação de poderes, então prevalecente. O que não

<sup>43</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 04.

<sup>44</sup> Cf. VARELA, João de Matos Antunes. "O Movimento de Descodificação do Direito Civil". In: **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 454.

<sup>45</sup> GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras". Trad. Maria Cristina de Cicco. In: **Revista dos Tribunais** nº 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35-55, p. 41.

<sup>46</sup> "O Código Civil e os microsistemas ...", op. cit., p. 02.

<sup>47</sup> Cf. MARTINS-COSTA Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

estivesse explicitamente previsto na lei não era bom direito, não sobrando espaço para os princípios ou para a atuação construtiva do intérprete. As características centrais dos códigos, segundo Gustavo Zagrebelsky, eram “(...) a vontade positiva do legislador, capaz de se impor indiferenciadamente por todo o território do Estado, operante para a realização de um projeto jurídico de razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida); o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas, **ex principiis derivationes**; a generalidade e abstração, a sistematicidade e a completude.”<sup>48</sup>

Sem embargo, com a progressiva transformação do Estado Liberal no Estado Social, esta hegemonia do Código na disciplina das relações privadas será ameaçada. Merece destaque, em primeiro lugar, a autonomização do Direito do Trabalho, regido por princípios intervencionistas e solidaristas, absolutamente diversos dos que prevaleciam no Direito Civil. A revolta contra o nível de exploração do trabalhador, que atingira o paroxismo na Europa durante a Revolução Industrial, a democratização do Poder Legislativo, com a progressiva universalização dos direitos políticos, e a influência de correntes de pensamento como o socialismo utópico, o marxismo e a doutrina social da Igreja contribuíram decisivamente para o advento deste novo campo do Direito<sup>49</sup>, que vai subtrair dos domínios do Direito Civil a regulamentação das relações de trabalho, até então disciplinadas pelo direito contratual, sob o rótulo de contrato de locação de serviços. Se o Direito Civil, com absoluta desconsideração dos fatos reais, presumia a igualdade entre as partes contratantes – patrão e empregado –, e por isso, na sua crônica cegueira, confiava na autonomia da vontade, não intervindo senão excepcionalmente nas relações laborais, o Direito do Trabalho vai evoluir para o reconhecimento do brutal desequilíbrio entre estas partes, para assim assumir a tarefa de proteção do empregado diante do empregador, ampliando as normas cogentes e restringindo a liberdade contratual. O fenômeno, que se inicia com a edição de esparsa legislação social no curso do século XIX, chega ao ápice após a Primeira Guerra Mundial, com a consagração de direitos trabalhistas nas novas Constituições, ao lado da intensificação da legislação ordinária que abrangia os mais variados aspectos das relações de trabalho<sup>50</sup>. No entanto, este processo

<sup>48</sup> **Il Diritto Mite**, op. cit., p. 37.

<sup>49</sup> Sobre o processo histórico de surgimento do Direito do Trabalho, e suas bases teóricas e filosóficas, veja-se SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, v. I. 19ª ed., São Paulo: LTR, p. 27-101; SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5-16; e GALVÃO, Paulo Braga. **Os Direitos Sociais nas Constituições**, op. cit..

<sup>50</sup> Cf. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 04-05; e GALVÃO, Paulo, op. cit., p. 27.

só vai ser desencadeado no Brasil depois da Revolução de 30, e será um dos legados mais marcantes da chamada Era Vargas.

Mas a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho. Na verdade, também a partir da Primeira Guerra Mundial começa a operar-se na Europa uma significativa mudança no panorama da legislação civil, com a intensificação do intervencionismo estatal, e a multiplicação das leis especiais, que criavam novos microssistemas legislativos, regidos por princípios e valores que se afastavam daqueles consagrados nos códigos. Manifesta-se, na legislação, uma tendência centrífuga<sup>51</sup>, de afastamento do Código Civil. De fato, enquanto este se mantinha fiel ao ideário liberal, na legislação extravagante já se infiltrava a preocupação com o social e com a tutela de interesses da coletividade, ampliando-se o universo de normas de ordem pública, limitadoras da autonomia da vontade das partes. Já era possível, nesta época, falar-se numa “revolta dos fatos contra os códigos”<sup>52</sup>, representativa do fato de que nas fórmulas neutras e abstratas inscritas nos códigos civis já não cabia a realidade social, na sua crescente complexidade e conflituosidade.

A quantidade de normas especiais se avolumava, disciplinando novos institutos do Direito Privado, surgidos com a evolução econômica, ou subtraindo outros do âmbito do Código Civil, para submetê-los a nova disciplina, mais consentânea com as necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de feições, tornando-se social. Este processo intensifica-se na Europa depois da 2ª Guerra Mundial, pois a evolução do cenário econômico e social passara a reclamar uma intervenção cada vez mais intensa do legislador. Como destacou Orlando Gomes,

*“(...) as transformações econômicas e políticas ocorridas alteraram consideravelmente a consciência jurídica dos povos cultos, suscitando idéias de valor diferente, e não raro oposto, às que se consubstanciaram nos Códigos oitocentistas e do primeiro quartel do século XX (...). O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada”<sup>53</sup>*

Advém, neste contexto, a fase dos estatutos, que tratam de forma completa certas matérias, contemplando, ao lado de preceitos de Direito Civil, também normas administrativas, econômicas e até penais.

<sup>51</sup> IRTI, Natalino, *op. cit.*, p. 33.

<sup>52</sup> A expressão é de Gaston Morin, em obra publicada em 1937, conforme MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Ed. RT, p. 84.

<sup>53</sup> GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 06.

Estes estatutos encerram novas características. Valem-se com maior frequência de cláusulas gerais e de diretrizes hermenêuticas, fugindo à técnica de regulamentação exaustiva, própria aos códigos do passado. A elaboração destas normas vai decorrer, com frequência, de intensa negociação entre os segmentos interessados na sua promulgação (governo, sindicatos, associações civis, grupos de interesse etc.), com debates e concessões recíprocas. A lei, sob este prisma, aproxima-se do contrato, e surge a figura do legislador-negociador<sup>54</sup>. Ela visa cada vez mais à pessoa concreta, situada, integrada a determinado grupo ou estamento (o trabalhador, o locatário de imóvel urbano, etc.), e não o homem abstrato dos códigos do liberalismo.

Por outro lado, as novas leis editadas já não se revestem da generalidade e abstração características das codificações<sup>55</sup>. A legislação perde a sua neutralidade axiológica, passando a visar a objetivos concretos, dentro da lógica emergente do Estado Social. As normas jurídicas são desta forma funcionalizadas em prol do atingimento de certos fins, e o legislador começa a valer-se delas com muito maior frequência, no decantado fenômeno da inflação legislativa. O Direito passa a ser utilizado com finalidades promocionais<sup>56</sup>, e as normas jurídicas tornam-se efêmeras, pois são alteradas com muito mais facilidade, ao sabor das contingências e conveniências do Estado.

No Brasil, como se sabe, o antigo Código Civil só veio a ser editado em 1916, enquadrando-se no que Antonio Menezes Cordeiro denominou de “codificação tardia”<sup>57</sup>. Até então, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, de Portugal, mantidas mesmo após Declaração da Independência. Quando o Código foi editado em 1916<sup>58</sup>, já estava em franco declínio na Europa a Era das Codificações, e o intervencionismo estatal começava a despontar. De qualquer forma, na década de 30, quando se instaura no país o **Welfare State**, já se inicia um processo de intensa intervenção legislativa, com a edição de uma profusão de normas contendo políticas públicas e

<sup>54</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas ...", op. cit., p. 10.

<sup>55</sup> Cf. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 43-44.

<sup>56</sup> Veja-se, sobre a função promocional do Direito, o já clássico estudo de BOBBIO, Norberto, **Dalla Struttura alla Funzione**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

<sup>57</sup> Op. cit., p. XCVIII

<sup>58</sup> O projeto do antigo Código Civil redigido por Clóvis Bevilacqua foi apresentado ao Legislativo em 1900, mas só foi aprovado em 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917. A demora pode em parte ser debitada à enorme resistência ofertada por Rui Barbosa nos

espelhando diretrizes e valores que não se reconduziam ao liberalismo do Código. O fenômeno se exacerba durante a década de 60, com a edição de uma pletera de leis versando matéria de Direito Privado, como locação urbana, condomínios, estatuto da mulher casada etc.

Neste contexto, a doutrina passa a tratar do processo de descodificação do Direito Privado<sup>59</sup>, consistente no advento de microsistemas legislativos, que vicejam à margem do Código Civil, baseados sobre princípios muitas vezes contraditórios àqueles refletidos na codificação. A descodificação, neste sentido, não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do âmbito do Código<sup>60</sup>. Ela reflete um fenômeno mais profundo, na medida que os microsistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores muito divergentes daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microsistemas, apto a dirigir a interpretação das suas normas e a colmatar as suas lacunas, diante desta irreconciliável divergência axiológica.

Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador do ordenamento civil. Neste sentido, é lapidar a lição de Pietro Perlingeri, que, conquanto referida à realidade italiana, vale também para o Brasil:

*“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolu-*

---

<sup>59</sup> Sobre o tema é clássico o estudo de Natalino Irti, **L'Età della Decodificazione**, op. cit., publicado pela primeira vez em 1978. Porém, o autor reviu em parte a sua posição na obra **Codice Civile e Società Politiche**. Roma: Laterza, 1999, na qual fala da recuperação da centralidade do Código e da sua função de unificação do Direito Privado, diante da crise das constituições sociais. Segundo ele, já seria possível falar em um processo de "recodificação". No mesmo sentido, no direito brasileiro, manifesta-se Judith Martins Costa, em "O novo Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'". In: **Diretrizes Teóricas ...**, op. cit., p. 97.

<sup>60</sup> ARCE Y FLÓRES-VALDÉS, Joaquim, fala de duas acepções distintas para o conceito de descodificação: (a) a proliferação de leis especiais para atender às novas exigências sociais, sem quebra da unidade, quando o Código Civil continuar desempenhando o seu papel de direito comum, como pólo central do sistema, e (b) a multiplicação destas leis especiais que, por se basearem em princípios contraditórios aos do Código Civil, fazem com que este perca sua prerrogativa de direito geral, expulsando-o do centro do sistema e causando uma desagregação no Direito Privado (**El Derecho civil Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 59-61). Empregamos aqui o termo "descodificação" no segundo sentido, que é o mais usual na doutrina.

*tamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global (...). O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.*<sup>61</sup>

Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo<sup>62</sup>.

Por outro lado, é importante destacar, no caso brasileiro, que o advento do novo Código Civil, recentemente editado, não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição do centro do sistema. Para isso, faltariam poderes ao legislador ordinário, que não teria como subverter a hierarquia do ordenamento. Sem entrar no mérito da discussão sobre a conveniência ou não da nova codificação civil<sup>63</sup>, e dos seus erros e acertos, afigura-se indubitável que num sistema

<sup>61</sup> **Perfis do Direito Civil**, op.cit., p. 06.

<sup>62</sup> Em sentido contrário manifesta-se ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação** ..., op. cit., p. 126/128. O autor gaúcho, embora reconheça a existência de uma "profunda intromissão da Constituição em setores anteriormente regidos pelo Código Civil", invoca, contra a tese da substituição do Código pela Constituição como centro do Direito Privado, os seguintes argumentos: (a) falta da eficácia de muitas normas constitucionais, dependentes de regulamentação legislativa; (b), a distância existente entre a Constituição e o cotidiano do homem comum; (c) a decisão do próprio constituinte de não regulamentar certas matérias do Direito Privado, relegando-as ao legislador ordinário; e (d) o fato de que os códigos costumam ser mais estáveis do que as constituições, e de que compõem, ao contrário daquelas, um verdadeiro sistema.

<sup>63</sup> Destacando a inconveniência do novo Código e sua incompatibilidade com a visão contemporânea do Direito Privado, veja-se TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição...", op. cit., e AMARAL, Francisco. "A Descodificação do Direito Civil Brasileiro". In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 8, nº 4., 1996, p. 635 et. seq. Contra, apontando a validade e atualidade da idéia de codificação e louvando os méritos do novo Código Civil, MARTINS-COSTA, Judith. "O Novo Código Civil Brasileiro ...", op. cit., p. 115 et. seq.

jurídico fundado sobre uma Constituição rígida e dirigente, pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas, caberá sempre a esta o papel de centro unificador do sistema.

Registre-se, no particular, que o novo Código, apesar dos seus avanços em relação à vetusta codificação, fica ainda bem aquém da Constituição Federal no que concerne ao alicerçamento do Direito Privado sobre bases mais solidarísticas. Assim, até por razões hierárquicas, é evidente que a visão emergente da Constituição terá sempre absoluta primazia em relação àquela que deriva do Código. Portanto, é antes à Constituição que ao Código que deve o jurista recorrer para iluminar a exegese de preceitos de outros diplomas normativos privados. Ademais, as próprias cláusulas gerais do novo Código, - às quais falta, como frisou Tepedino, “um conteúdo axiológico preciso”<sup>64</sup>- deverão ser lidas ao lume da Constituição, afigurando-se, por outro lado, inválidas as suas normas contrárias à letra ou ao espírito da Constituição (como, *v.g.*, o art. 1641, inciso II, do novo Código, que, de forma preconceituosa, e em ostensiva afronta aos princípios constitucionais da privacidade e da igualdade, impôs o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 anos).

Cumpre, por outra banda, destacar que a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na “(...) releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana”<sup>65</sup>. Propriedade, posse, contrato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizarem-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição. E não apenas as normas especificamente relacionadas às relações privadas hão de comparecer nesta reconstrução conceitual do Direito Privado. Nela terão papel essencial os direitos fundamentais, portadores dos valores mais relevantes da ordem constitucional, além das grandes diretrizes políticas do Estado, consagradas nas normas programáticas.

Cabe ainda frisar que a incidência das normas constitucionais no Direito Privado dá-se através de múltiplas formas. Por um lado, a Constituição representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes. Esta eficácia invalidatória e derogatória da Constituição assume especial relevância

---

<sup>64</sup> “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição...”, *op. cit.*, p. 09.

<sup>65</sup> PERLINGERI, Pietro. **Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 189.

no caso brasileiro diante de duas circunstâncias. Em primeiro lugar, existe uma profusão de normas privadas editadas antes da Constituição, em outro contexto social e axiológico, que por isso vão se chocar com a normativa constitucional com certa frequência. É importante que, nestes casos, o jurista assumira uma posição corajosa, de afirmação dos valores constitucionais, menos reverente ao passado e mais voltada ao futuro, e ouse reconhecer, quando for o caso, a revogação destas normas, ainda que a colisão com a Constituição não seja expressa e textual. Por outro lado, diante da crise do Estado Social e do retorno aos valores individualistas de antanho, propugnado pelo pensamento neoliberal hoje hegemônico, há o risco de retrocessos na legislação privada, em contrariedade à dimensão social e solidária da Carta de 88. Em ambas as hipóteses, o papel da Constituição como limite ao legislador será vital para num caso afirmar, e no outro preservar, os avanços proporcionados pela ordem constitucional na disciplina das relações privadas.

Mas além de atuar como limite para o legislador, a Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana<sup>66</sup>. Destaca-se, neste particular, o princípio da interpretação conforme à Constituição, segundo o qual o operador, dentre várias exegeses possíveis de uma norma, tem de optar por aquela que mais prestigie a Constituição, mesmo que não seja ela a mais evidente<sup>67</sup>.

Demais disso, é importante ressaltar a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas, sempre que possível. Como norma jurídica que é, dotada de imperatividade, a Constituição não necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos<sup>68</sup>. O fato de o legisla-

---

<sup>66</sup> Este tema será explorado com maior profundidade no próximo Capítulo, que trata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando apreciaremos a eficácia irradiante das normas constitucionais.

<sup>67</sup> A interpretação conforme à Constituição, além de princípio hermenêutico, constitui também um tipo de decisão no controle de constitucionalidade de normas, que foi introduzido na jurisprudência brasileira por inspiração das Cortes Constitucionais alemã e italiana, e que está atualmente previsto no art. 28, Parágrafo único, da lei 9.868/99. Ela possibilita ao STF declarar, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, a inconstitucionalidade de determinada exegese de texto normativo, sem fulminar a norma, mantendo intacta a sua redação. Sobre a matéria há vasta literatura, valendo consultar, na doutrina brasileira, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, op. cit., p. 174 et seq.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 221 et seq.; e SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208 et seq.

<sup>68</sup> Cf. PERLINGERI, **Il Diritto Civile ...**, op. cit., p. 10-12.

dor privado quedar-se inerte não frustra a possibilidade de incidência das normas constitucionais no âmbito privado, desde que tais normas, pela sua natureza, comportem aplicação imediata. Como afirmou Marc Frangi, "(...) os princípios fundamentais, a partir do momento em que receberam valor constitucional, passaram a constituir direito positivo, tornando-se suscetíveis de aplicação, mesmo na ausência de qualquer lei"<sup>69</sup>. Esta aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas guarda estreitas relações com a compreensão do caráter normativo da Lei Fundamental, bem como da eficácia jurídica dos seus princípios, temas com os quais já nos ocupamos neste capítulo.

Sem embargo, embora as eficácias invalidatória, derogatória e hermenêutica da Lei Maior no campo do Direito Privado não sejam hoje objeto de maiores questionamentos, o mesmo não pode ser dito a propósito da possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas. Uma sólida corrente doutrinária insurge-se contra tal possibilidade<sup>70</sup>, ou a admite apenas em casos extremos, com grandes reservas<sup>71</sup>. Argumenta-se que a eficácia direta da Constituição nas relações privadas "marginaliza o legislador, (...) degrada o princípio da autonomia privada e dissolve a certeza da letra impressa na lei numa nebulosa de valores com o conseqüente sacrifício da segurança jurídica, até consagrar uma espécie de totalitarismo

---

<sup>69</sup> FRANGI, Marc. **Constitution e Droit Privé**. Paris: Ed. Economica, 1992, p. 12. Observe-se, contudo, que na doutrina francesa, a posição de Frangi está longe de alcançar a unanimidade, havendo ampla corrente que sustenta que as normas constitucionais só vinculam diretamente os poderes públicos, competindo ao legislador introduzir nas relações privadas normas que tutelem os direitos fundamentais. Neste sentido inclina-se o magistério de LU-CHAIRE, François. "Les fondements constitutionnelles du droit civil". In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 2, p. 245 et seq. O próprio Marc Frangi reconhece que na França é rara a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas, em razão da timidez dos juízes, que preferem fundar suas decisões em textos legais e precedentes jurisprudenciais, ao invés de fundamentá-las diretamente na Constituição (op. cit., p. 266-271).

<sup>70</sup> No direito belga, RIGAUX, François nega a possibilidade de invocação direta das normas constitucionais na resolução de litígios privados, mas não recusa a influência destas normas na interpretação das leis civis. Registra o Professor da Faculdade de Louvain: "A idéia de que os particulares extraíam diretamente do ordenamento constitucional direitos subjetivos privados não previstos em leis civis não encontra nenhum apoio nem na jurisprudência nem numa dogmática jurídica sadia (...). A Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas contém normas objetivas cujo efeito de irradiação impregna necessariamente a interpretação e aplicação das leis civis." (**La Protection de la Vie Privée et des Autres Biens de la Personnalité**. Bruxelles: Bruylant, 1990, p. 680).

<sup>71</sup> Uma lúcida análise e refutação das críticas contra a constitucionalização do Direito Privado encontra-se em NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 67-103.

dos valores constitucionais aos quais deverão se submeter os particulares em todas as suas decisões privadas juridicamente relevantes<sup>72</sup>. Teme-se a descaracterização completa do Direito Privado, com perigos intoleráveis para a autonomia privada<sup>73</sup>. Afirma-se, ainda, que, diante do caráter aberto das normas constitucionais incidentes sobre as relações privadas, caberia ao legislador a primazia na sua concretização, competindo ao Judiciário um papel mais acanhado, de aplicação direta da Constituição apenas nas hipóteses de lacuna na legislação civil. Neste sentido, inclina-se o magistrado de Karl Larenz:

*“Los principios jurídicos contenidos en la Constitución, como, por ejemplo, el fundamento social del Estado (arts. 20 y 28 da Ley Fundamental) o la vinculación social de la propiedad, son en definitiva módulos que requieren recibir un contenido. Su concretización corresponde, em primer término, a los autores de las leyes ordinarias, y a los tribunales sólo en tanto en cuanto aquellos hayan dejado margen para ello. La vinculación del juez a la ley conforme a la Constitución (art. 97, ap. 1, Ley Fundamental) condiciona la ‘primacía de concretización’ del legislador. En tanto que el legislador haya dictado una regulación específica y ésta se mantenga dentro de los límites prefijados por los principios constitucionales, el juez, por tanto, há de tomarla en consideración y no puede eludirla mediante una distinta concretización de los principios a la cual quisiera dar preferencia. Por ello sólo hay margen para una concretización directa de los principios constitucionales por la jurisprudencia en tanto en cuanto el legislador no haya hecho uso de su derecho preferente de concretización, y por tanto, especialmente, cuando el Derecho legal ordinario ponde de manifesto lagunas, así como en el caso de que la regulación legal no pueda ser interpretada conforme a la Constitución y, por consiguiente, se le haya de negar validez.”*<sup>74</sup>

No Brasil, Carlos Alberto Bittar manifestou-se neste sentido, quando, tratando da incidência da Constituição de 88, então recém-editada, sobre o

<sup>72</sup> FERRER I RIBA, Josep e SALVADOR CODERCH, Pablo. "Asociaciones, democracia y Drittwirkung". In: SALVADOR CODERCH, Pablo (coord). **Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 95-96.

<sup>73</sup> Esta linha é majoritária na Alemanha. Veja-se, por exemplo, HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 59-67; e STARCK Cristian. **La Constitution, Cadre et Mesure du Droit**. Paris: Ed. Economica, 1994, p. 104 et seq.

<sup>74</sup> LARENZ, Karl. **Derecho Civil - parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaeva. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p.100/101.

Direito Civil, averbou que “as relações privadas (...) somente se conduzirão pelos novos princípios uma vez adaptada a legislação interna correspondente”<sup>75</sup>. Já em Portugal, Carlos Alberto da Mota Pinto, mesmo reconhecendo que a Constituição contém “força geradora de direito privado”, já que seus comandos “(..) não são meras directivas programáticas de carácter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos constitucionais”<sup>76</sup>, afirmou que a aplicação direta da Lei Maior à atividade privada, independentemente de mediação legislativa, faz-se apenas “em casos absolutamente excepcionais”<sup>77</sup>.

Dentre as preocupações destes autores, avulta o temor de que a aplicação direta da Constituição nas relações privadas possa acarretar um ativismo judicial exagerado, tendo em vista a maior vagueza das normas constitucionais em relação às regras clássicas do Direito Civil. Esta indeterminação das normas constitucionais seria prejudicial ao tráfico econômico, pois aumentaria a dose de insegurança na aplicação do direito para além dos limites toleráveis.

Para estes juristas, o papel de concretização destas normas constitucionais mais abertas numa sociedade democrática deve competir, primariamente, ao legislador eleito e não ao juiz<sup>78</sup>. De acordo com esta visão, a clareza das normas ordinárias elaboradas pelo legislador, em substituição à nebulosidade dos princípios constitucionais, preservaria a segurança jurídica necessária às relações jurídico-privadas. Ademais, segundo eles, deve-se considerar que, com frequência, a solução dos casos mais complexos de Direito Privado vai depender de uma intrincada ponderação entre interesses constitucionais, na qual, de um lado, vão comparecer direitos fundamentais ou outros valores solidarísticos, e, na outra banda, vai figurar a autonomia privada dos sujeitos de direito. Como, numa democracia, a primazia na ponderação deve recair sobre instâncias legitimadas pelo voto popular, ficaria reforçado o papel do legislador, e prejudicado o do juiz, neste cenário de reconfiguração do Direito Privado. Sob este prisma, caberia sobretudo ao Legislativo a tarefa de harmonizar o Direito Privado com os

---

<sup>75</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: RT, p. 21.

<sup>76</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 72.

<sup>77</sup> Idem, *ibidem*, p. 74.

<sup>78</sup> Neste sentido, HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 59 et seq. Veja-se, a propósito, a exposição detalhada e profunda constante em BILBAO UBILLOS, Juan María. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares**, op. cit., p. 289 et seq.

valores constitucionais, afigurando-se excepcional a aplicação direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, sem a mediação da lei. Assim, a discussão em torno da possibilidade e dos limites para aplicação direta da Constituição no Direito Privado acaba se reconduzindo, em larga medida, à questão da separação dos poderes e do papel do Legislativo e do Judiciário na interpretação constitucional.

Contudo, não se compadece com a moderna hermenêutica constitucional, que tem enfatizado a importância da preocupação com efetividade da Constituição, a visão de que só em casos excepcionais as normas da Lei Maior podem incidir diretamente sobre as relações privadas, máxime em face do quadro normativo brasileiro, no qual foi deliberada a intenção do constituinte de intervir sobre o Direito Privado. Negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a idéia da Constituição como norma jurídica<sup>79</sup>, tornando-a dependente da incerta boa-vontade do legislador ordinário.

Também não parece adequado fundar nossa discussão sobre uma visão ortodoxa e monolítica do princípio de separação de poderes, que rejeite a legitimidade democrática das decisões judiciais que não se reconduzam ao silogismo. É inequívoco que o advento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios ampliaram o espaço de atuação do Judiciário na concretização da Constituição, impondo a ele a assunção de uma posição mais ativa, em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, diante do eventual arbítrio ou do descaso das maiorias parlamentares<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Assim, parece-nos paradoxal que Konrad Hesse, um dos maiores defensores da "força normativa" da Constituição, alinhe-se à tese que rechaça, ou reserva para hipóteses excepcionais, a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas.

<sup>80</sup> A discussão contemporânea sobre os limites democráticos do ativismo judicial na afirmação da Constituição é extremamente ampla e complexa, envolvendo diversas posições, que não teremos como analisar aqui. Há a respeito do tema bibliografia vastíssima. Na doutrina estrangeira, veja-se, em especial, DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**, v. I., op. cit., p. 241-354; ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980; TRIBE, Laurence H., **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993; GARAPON, Antoine. **Le Gardien des Promesses**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996; e QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Na doutrina brasileira, o tema só mais recentemente vem despertando interesse, valendo destacar as excelentes obras de BIENEMBOJN, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**, op. cit: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; VIANA, Luis Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende, MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**, op. cit.

Com esta afirmação, não se pretende refutar a existência de um âmbito onde viceja a liberdade de conformação do legislador no Direito Privado<sup>81</sup>. Numa Constituição aberta e democrática, nem tudo se encontra de antemão decidido e subtraído do poder de disposição das instâncias legislativas eleitas pelo povo. Se é verdade que a Constituição converteu-se no centro de gravidade do Direito Privado, não é menos certo que ela não pretende desempenhar papel semelhante ao dos códigos do passado, disciplinando de forma exaustiva as condutas humanas em sociedade. Fica preservado o espaço de concretização do legislador, nos limites talhados pela ordem constitucional, que não devem ser ameaçados pela jurisdição. O acesso direto dos juízes à Constituição não pode desvirtuar-se em amputação do espaço de deliberação das instâncias de representação da vontade popular.

Portanto, quando o legislador, movendo-se dentro do âmbito de possibilidades demarcadas pela ordem constitucional, adotar determinada opção no que tange à regulação das relações privadas, é evidente que esta vai vincular o Judiciário, que continua jungido pelo princípio da legalidade. Todavia, daí não resulta a impossibilidade de o Judiciário aplicar diretamente a Constituição em casos concretos de Direito Privado, nem tampouco que se possa apontar a excepcionalidade desta prática. Rotular de excepcional esta aplicação direta da Constituição importa em desestimulá-la. O recado para os juízes embutido nesta posição seria o de que devem manter-se distantes da Constituição e fiéis às leis privadas, recorrendo diretamente à primeira só em circunstâncias especiais, de rara ocorrência, quando as normas ordinárias forem absolutamente lacunosas. Teríamos aqui uma inversão completa, pela qual a norma superior converter-se-ia em mero instrumento de integração das que lhe são subordinadas, o que repugna ao próprio princípio da supremacia material e formal da Constituição. Na verdade, o que cumpre fazer é exatamente o contrário: estimular a aplicação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, como meio não apenas de afirmação da normatividade da Lei Maior, mas sobretudo como forma de humanização do Direito Privado, que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição e com seus valores sociais.

Ademais, vale ainda destacar que a rejeição à incidência direta da Constituição sobre as relações privadas não teria o condão de ressuscitar o modelo lógico-subsuntivo de aplicação do Direito, tendo em vista que a legislação infraconstitucional contemporânea também se vale, com grande

---

<sup>81</sup> Sobre o espaço de conformação do legislador, veja-se o aprofundado estudo de CANOTILHO, J. J. Gomes, em **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, op. cit., p. 209-288.

freqüência, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que carecem igualmente de preenchimento judicial nos casos concretos.

Também não nos parece procedente a afirmação de que a freqüência das mudanças na Constituição, quando comparada com a perenidade das regras estampadas no Código Civil, justificaria, em nome da estabilidade, a manutenção do segundo no centro do sistema do Direito Privado<sup>82</sup>. Na verdade, a rigidez da Constituição torna-a, sob o ângulo normativo, mais estável do que a legislação ordinária. Ademais, a maior parte dos princípios constitucionais que mais freqüentemente incidem nas relações privadas estão ligados aos direitos fundamentais, sendo portanto intangíveis para o próprio constituinte derivado, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

E, para não “tapar o sol com a peneira”, cumpre não escamotear que a opção pelo reconhecimento de que a Constituição, e não o Código Civil, deve figurar no centro do sistema do Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico, calcado na dogmática. Trata-se também de uma escolha ideológica<sup>83</sup>, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição brasileira de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva.

#### 4. Conclusão

A sociedade brasileira é profundamente injusta, e as relações privadas que nela se travam são permeadas pela assimetria e opressão. A violação dos direitos humanos, neste quadro, não provém apenas do Estado e dos seus agentes, mas de múltiplos atores, presentes em cenários variados como a família, a empresa, o mercado e a sociedade civil.

Neste contexto, postular a constitucionalização do Direito Privado implica em apostar na Constituição como um poderoso instrumento de emancipação dos hipossuficientes nas relações sociais. Defender a plena normatividade dos princípios constitucionais bem como a possibilidade de que os mesmos se projetem sobre Direito Privado, é pugnar pela humanização das relações privadas e submissão das mesmas a tábua de valores inscrita na Constituição, que se centra na proteção e promoção da dignidade humana. □

<sup>82</sup> Esta parece ser a posição de Miguel Reale, que averbou: “Uma Constituição pode ser fruto de uma criação cerebrina ou de uma Assembléia Constituinte improvisada e condicionada. O Código Civil é fruto de um processo histórico, resultado de um amadurecimento social e econômico segundo as exigências que brotam no seio da sociedade. (...) Também por isso, mostra-se mais razoável a preservação do Código Civil como eixo central do sistema de direito privado, pois apresenta maior estabilidade que a Constituição.” (**O Projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986, *apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 91)

<sup>83</sup> No mesmo sentido, NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 91-92.