

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Eugênio Facchini Neto.¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As grandes divisões dicotômicas e seus reflexos no direito. Oscilações históricas; 3 O primado do privado sobre o público; 4 O primado do público sobre o privado; 5 Direito Público e Direito Privado. Convergências; 6 A constitucionalização do direito privado; 7 Continuação. O sentido antigo da constitucionalização do direito privado; 8 Continuação. O sentido moderno da constitucionalização do direito privado; 9 Dos limites à publicização do direito privado; 10 A constitucionalização do direito privado e a proteção dos direitos fundamentais; 11 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Constitui objeto do presente estudo o fenômeno usualmente denominado de ‘constitucionalização do direito privado’, especialmente em sua dimensão histórico-evolutiva. Esse tema, na verdade, tem imbricações com o ocaso da visão dicotômica que dividia o mundo jurídico em direito público e direito privado, aflora as questões ligadas aos fenômenos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, e relaciona-se com o esforço para tornar não só juridicamente eficazes, mas principalmente socialmente efetivos os direitos fundamentais também no âmbito das relações particulares.

Com essa perspectiva, analisaremos, num primeiro momento, o surgimento da dicotomia público/privado e sua repercussão no mundo jurídico (*direito público v. direito privado*) (capítulo 2), percorreremos a evolução histórica de tal distinção, realçando os momentos em que houve o primado do privado sobre o público (capítulo 3), sucedido pelo primado do público sobre o privado (capítulo 4), destacando os pressupostos ideológicos de tal oscilação.

Em continuação, procuraremos analisar a tendencial convergência do direito público e do direito privado, no sentido de uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público (capítulo 5).

A partir desse ponto, iniciaremos a discussão de uma das possíveis manifestações do fenômeno da publicização do direito privado, qual seja, a

¹Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil. Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

constitucionalização do direito civil (capítulo 6), analisando o sentido antigo de tal fenômeno (capítulo 7) e o seu sentido moderno (capítulo 8).

Vinculado a este fenômeno se encontra a discussão sobre a necessidade de se colocar limites à publicização do direito privado (capítulo 9), preservando-lhe seu espaço de incidência, em virtude do princípio da exclusividade, que pode ser tido como caracterizador do direito privado contemporâneo.

O estudo conclui com uma discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, inclusive quando em discussão temas típicos do direito privado (capítulo 10).

2 AS GRANDES DIVISÕES DICOTÔMICAS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO. OSCILAÇÕES HISTÓRICAS

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos – o direito público de um lado, e o direito privado de outro. Impõe-se, assim, reперcorrer as razões que originaram tal distinção, sua evolução, com a análise dos motivos que levaram à contemporânea relativização de tal diferenciação.

A celeberrima distinção entre direito público e direito privado, destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos, exige que nos detenhamos, inicialmente, sobre o significado da expressão *dicotomia*. Segundo Bobbio², fala-se em dicotomia quando nos deparamos com uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar simultaneamente compreendido na segunda. Além disso, os dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, mutuamente se delimitam e excluem alternativas (*tertium non datur*). Como consequência de uma tal visão, a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa.

Esta distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do *Corpus Juris Civilis* [*Institutiones*, I, I, 4³; *Digesto*, I, 1, 1, 2], onde se refere ao público como *quod*

²BOBBIO, Norberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* [*Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*]. Rio de Jan.: Paz e Terra, 1990 [1987], 3. ed., p. 13 e 14.

³*Institutiones*, I, I, 4: “*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de iure privato, quod est tripartitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*” (extraí esse fragmento das Instituições de Justiniano, do *Breviarium Iuris Romani*, organizado por V. Arangio-Ruiz e Antonio

ad statum rei romanae spectat, e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem*⁴.

Em outras passagens do *Digesto*, a distinção reaparece, acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (*Digesto*, 38, 2, 14) e *privatorum conventio iuri publico non derogat* (*Digesto*, 45, 50, 17). Aí vem salientado que a vontade das partes tem força para modificar as normas de direito privado, mas não pode derrogar normas de direito público.

É sabido, também, que a própria colocação do problema costuma vir acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado. Ou seja, a uma visão supostamente descritiva da natureza das coisas, passa-se imperceptivelmente a uma visão prescritiva, carregada de valor ideológico.

A distinção entre *direito privado* e *direito público* costuma ser feita pelos juristas a partir de critérios variados, sempre controvertidos. Bobbio os reduz a dois principais, conforme o critério diferencial seja buscado na *forma* ou na *matéria* da relação jurídica.

“Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de coordenação entre sujeitos de nível igual, e relações de subordinação entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação⁵; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação⁶. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção

Guarino, Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1989, settima edizione, p. 212).

⁴O inteiro teor do preceito é o seguinte: *D.I.1.1.2*. “São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes” (na tradução de Hécio Maciel França Madeira, *Digesto de Justiniano, livro 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000, p. 16/17.

⁵O problema é que, atualmente, “cada vez mais tornam-se visíveis relações jurídicas entre privados, nas quais fatalmente as partes não se encontram em posição de igualdade, o que levou o direito a criar novos microssistemas, ou subsistemas, no sentido de proteger a parte hipossuficiente, *v.g.*, o campo dos direitos do consumidor”. Cfr. SILVEIRA, Michele Costa da. “As grandes metáforas da bipolaridade”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁶Também aqui, porém, percebe-se cada vez mais que o Estado nem sempre se relaciona com os sujeitos privados sob a forma de subordinação, pois, percebendo sua incapacidade para atuar diretamente em todas as áreas em que modernamente passa a intervir, transfere cada vez mais à iniciativa privada, mediante concessões, autorizações, delegações, algumas das suas funções. As relações que surgem entre os entes envolvidos são presididas mais por um de coordenação que por um de subordinação.

oferecida aos interesses coletivos.”⁷

Já para Kant, como é sabido, a distinção entre direito privado e público deve ser fundamentada racionalmente, e não empiricamente. Para tanto, teríamos que indagar sobre a fonte da qual se originam os diversos direitos: derivando do poder estatal, tratar-se-ia de direito público. Ora, como o direito legislado abarca também institutos do direito privado, igualmente esse seria, na verdade, um direito público. Segundo o pensamento jusnaturalista kantiano, o único direito existente fora do direito estatal seria o *direito natural*, entendido em seu sentido restrito, como aquele que disciplina as relações entre os homens no estado de natureza. Desta forma, o problema da distinção entre direito privado e o direito público em Kant muda para a distinção entre direito natural e direito positivo. Aquele não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa, enquanto este deriva, ao contrário, da vontade do legislador. O primeiro é um direito permanente, racional e ideal; o segundo é um direito voluntário e determinado historicamente.

Certamente esta é a base sobre a qual os juristas posteriores passaram a distinguir o direito privado do público. De fato, no estado de natureza as relações jurídicas podem ser somente relações de *coordenação*, já que os indivíduos estão todos em plano de igualdade. Com a passagem à sociedade civil e a constituição da autoridade do Estado, instauram-se situações de desigualdade entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem. Desta situação de desigualdade surgem relações de *subordinação*.

3 O PRIMADO DO PRIVADO SOBRE O PÚBLICO

Assentadas tais premissas, há que se reconhecer que a preponderância de um aspecto (público/privado) sobre o outro conheceu alternâncias ao longo da história. Não houve uma evolução linear, percebendo-se, ao contrário, um movimento em certo modo cíclico ou pendular.

De fato, na clássica Grécia havia uma espécie de interpenetração do público e do privado, no sentido de que os cidadãos, reunidos na *ágora*, participavam intensamente das grandes decisões envolvendo interesses da comunidade, quer votando leis (*nomoi*), quer julgando seus semelhantes em processos públicos de maior importância.

Já em Roma ocorre uma separação mais nítida entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos, enquanto tais, na esfera pública.

No período mais intenso da era medieval, embora sob outros

⁷BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant (Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant)*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, c1969, p. 83.

pressupostos, houve uma espécie de absorção do público pelo privado, derivado, de certo modo, da primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos. Isto porque os senhores feudais exerciam verdadeira função pública sobre todos os habitantes de seus feudos (vassalos e servos da gleba), uma vez que estabeleciam regras obrigatórias, impunham e arrecadavam tributos, julgavam seus servos e executavam as decisões. Ou seja, pode-se quase dizer que do direito de propriedade derivava o poder político e o prestígio social.

A partir do final da idade média, com a formação do Estado moderno, há uma nova interpenetração entre o público e o privado, com uma funcionalização do público ao privado (pois interessava à burguesia emergente o fortalecimento da monarquia nacional, já que um governo centralizado e único tenderia a favorecer o desenvolvimento do comércio, reduzindo as barreiras alfandegárias, as múltiplas moedas, etc.), mas também com uma funcionalização do privado ao público (já que igualmente interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem se cobravam tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos régios)⁸.

Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia *público v. privado* volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade)⁹. Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados.

É nesse contexto histórico que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e suas derivações – a separação entre Estado

⁸Emblemático dessa convergência de interesses é o diálogo entre o Príncipe e o mercadores, imaginado por Kant, em que o monarca indagava “o que podia fazer por estes”, e os mercadores respondiam: “Sir, forneçamos boa moeda e a segurança das estradas e o resto deixe por nossa conta” – *apud* Michele Giorgianni, “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, publicado originariamente na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, em 1961 (há uma tradução publicada na Revista dos Tribunais, vol. 747 [1998], p. 35-55). Igualmente emblemático e ainda mais famoso teria sido o diálogo entre o Ministro das Finanças do Rei francês e os grandes comerciantes do reino, na segunda metade do séc. XVII, em que aquele referia que o Rei mandara perguntar o que podia fazer em prol dos comerciantes, ao que estes teriam respondido: “laissez-faire, laissez-passer, que le monde vâ de lui-même”.

⁹Deve ser lembrado, porém, que até o início do século XX, a Inglaterra não conhecia a dicotomia direito público X direito privado. Defendia-se a idéia de que a *common law* tradicional constituía um corpo único e indivisível de regras, no sentido de “the same body of rules applied to the government and its agents as well as to private citizens” – R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 3. Por outro lado, ao menos na fase mais revolucionária da implantação da sociedade soviética, que pretendeu criar um sistema de direito socialista, pretendeu-se que todo o direito teria se tornado direito público, na medida em que o direito passou a ser visto como um simples instrumento da política, a qual buscava a criação de uma sociedade inicialmente socialista, preparatória do advento da sociedade comunista.

e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.

A novidade que ocorre no direito privado, nesse período histórico, é que o direito se torna *estatal* e *burguês*. Estatal, porque pela primeira vez na história do direito o legislador se ocupa de forma sistemática e abrangente do direito privado, já que nos períodos históricos precedentes os governantes sempre se preocuparam em disciplinar apenas relações jurídicas que hoje seriam enquadradas no direito público (como a tributação, o direito penal, a organização administrativa), e quando estabeleciam regras sobre direito privado, o faziam de forma pontual e não sistemática¹⁰. O direito privado sempre fora o reino da não intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento, família, filiação, sucessões), ou desenvolvido a partir dos pareceres e escritos doutrinários, desde os jurisconsultos romanos (que eram cidadãos particulares, dedicados profissionalmente ao estudo do direito), passando pelos glosadores e comentadores medievais (que eram professores universitários – período do denominado *mos italicus*), pelos juristas humanistas (os juristas da chamada *jurisprudência elegante* ou *culta* – período do *mos gallicus*), e pelos jusnaturalistas e jusracionalistas da era moderna (era do *mos germanicus*).

Por outro lado, a partir da ruptura simbolizada pela Revolução francesa, que marca o ingresso na era contemporânea, o direito privado torna-se também burguês, no sentido de que o direito privado passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os Estados ocidentais. Como os códigos nascem com pretensões de regular todo o espaço jurídico de uma nação, abandonando-se o intenso pluralismo jurídico que vigorava nos períodos históricos anteriores (em que a legislação régia convivía com o direito canônico, com o direito costumeiro, com a *lex mercatória*, com o direito das corporações de artes e ofícios, com o direito romano, com os direitos municipais), passa-se a regular *toda* a sociedade a partir das necessidades e ideologias de uma fração dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa. Ou seja, toda a nação passa a ser convocada a espelhar-se na tábua de valores e anseios da burguesia (representados substancialmente pelo liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual

¹⁰Sirvam de exemplo as *Ordonnances* francesas do séc. XVIII sobre doações e testamentos.

como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza).

É nesse contexto que o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado. Assim contextualizado, entende-se a enfática defesa que Alexis de Tocqueville faz desse novo valor: “Individualismo é uma nova expressão, para a qual nasceu uma idéia nova. Nossos pais conheciam apenas o *egoísmo*. O egoísmo é um apaixonado e exagerado amor de si próprio (...). O individualismo um sentimento calmo e maduro, que leva cada membro da comunidade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e seus amigos”¹¹.

Refletindo essa verdadeira ruptura epistemológica, lembre-se que Benjamin Constant, em famoso discurso proferido em 1819, no Ateneu de Paris, comparou a liberdade dos antigos à liberdade dos modernos¹², dizendo que, naquela (seu pensamento voltava-se mais para a *pólis* grega), o cidadão era livre porque podia participar do processo de decisão política, tomando parte das assembléias populares que decidiam os assuntos mais importantes para a coletividade¹³, substancialmente elaborando normas gerais e decidindo casos concretos (em termos modernos, atividades legislativa e jurisdicional). Já a liberdade dos modernos, para ele, consistia na possibilidade do indivíduo decidir livremente, sem qualquer intervenção estatal, todos os assuntos que lhe dizem respeito, ou seja, de tomar soberanamente todas as decisões concernentes à sua vida privada. Em outras palavras, enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significa a livre movimentação no espaço [econômico] privado¹⁴.

¹¹Alexis de Tocqueville. *L'Ancien Régime et la Révolution*, apud Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e Direito Civil: tendências”, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 779 (set. de 2000), p. 46-63, p. 53.

¹²Interessante comparação entre a noção de “liberdade dos modernos comparada à dos pósteros” encontramos em N. Bobbio, *Teoria Geral da Política* (Rio de Janeiro: Campus, 2000), capítulo 5, p. 269s. Igualmente interessante a análise da (então) nova visão de liberdade, vislumbrada pelo Presidente F. D. Roosevelt, em sua famosa mensagem ao Congresso norte-americano, de 6 de jan. de 1941, onde anunciava as *Quatro Liberdades* que todos povos, países e governos deveriam respeitar, na “nova sociedade mundial”, quais sejam, a *liberdade de palavra e de pensamento*, a *liberdade religiosa*, a *libertação das necessidades* (idéia de direitos econômicos e sociais), e a *libertação do medo* (compreendendo a necessidade de se reduzir internacionalmente os armamentos, como forma de diminuir os riscos de agressões armadas). Essa famosa mensagem, como se sabe, foi um dos fatores propulsivos que levou, posteriormente, à elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948 - uma sucinta análise de tal mensagem presidencial encontra-se em Sabino Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari: Laterza, 1998, 3. ed., p. 27 e seguintes.

¹³Segundo suas palavras: “le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d’une même patrie. C’était ça ce qu’ils nommaient liberté” – *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, in: *Cours de politique constitutionnelle*, vol. II, p. 548 – apud Antonio Zanfarino, *La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961, p. 114.

¹⁴Deve ser lembrado, porém, que uma nítida separação entre espaços público e privado, sem pontos de interferência, jamais existiu, sendo este um modelo meramente ideal. Mesmo nos períodos de mais acentuado liberalismo econômico, o Estado sempre continuou a manter certa ingerência nas relações entre privados, fixando tarifas, orientando o mercado através da imposição fiscal, com barreiras alfandegárias.

Daí o endeusamento da autonomia da vontade e do seu consectário, no campo negocial, a liberdade contratual¹⁵.

Dito de outra forma, é como se o *esprit de commerce* que canaliza as energias do homem burguês passasse a substituir o *esprit de conquête* que sempre caracterizou os detentores do poder político. O mercado e os interesses comerciais passaram a ser decisivos como bússola não só para as ações individuais, como também para as decisões políticas¹⁶.

A ética que predomina nesse período é a da liberdade formal. No âmbito político, temos o Estado liberal e pouco intervencionista. A economia

Continuou, também, a imiscuir-se na disciplina das relações jurídicas familiares (em concorrência com o direito canônico), manteve um certo controle das cláusulas contratuais, através de noções vagas como ordem pública e bons costumes. Além disso, desde cedo, mesmo em certos ambientes de economia liberal, o Estado disciplinou o mercado, ao preocupar-se em garantir a livre concorrência, suprimir monopólios, dificultar cartéis – é o caso da legislação anti-trust norte-americana, editada já no final do séc. XIX. Sobre alguns destes aspectos, consulte-se Guido Alpa, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 7s.

¹⁵Devemos contextualizar historicamente a visão ideológica de B. Constant, ao comparar a liberdade dos antigos com a dos modernos. O famoso político e publicista francês escrevia quando já havia passado o fermento revolucionário, estando as necessidades da burguesia já contempladas na legislação napoleônica. Vivia-se o período da restauração dinástica, mas esse acontecimento político não mais tinha forças para controlar o mundo econômico, onde os interesses da burguesia eram hegemônicos. Calha, a propósito, reproduzir as palavras de Fábio K. Comparato: “A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituiria a tirania da tradição pela liberdade da razão. O regime da autonomia individual, próprio da civilização burguesa, tem seus limites fixados pela lei (...). Os ‘direitos do cidadão’ passaram, então, a servir de meios de proteção aos ‘direitos do homem’, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe burguesa” – *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 128.

Como a civilização – e também o direito, que é uma ciência cultural – não evolui linearmente, mas de forma oscilante e pendular, com a progressiva extensão da titularidade de direitos percebe-se, de certa forma, um retorno à idéia de ser humano enquanto vinculado a uma classe ou agrupamento de pessoas. De fato, como sintetiza Flávia Piovesan, “há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo ‘especificado’, considerando-se as categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.” – Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130.

¹⁶A bem da verdade, não é só nesse período histórico que o Mercado passa a ditar as regras. Em obra recente, José Luis Monereo Pérez afirma que “la crisis actual es en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Por contraposición a este enfoque, deben utilizarse los instrumentos del constitucionalismo social, siendo necesario recuperar las políticas propias del constitucionalismo social tanto a nivel europeo como nacional, que evite que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía y otorgar una eficacia real a conjunto de los derechos fundamentales” – PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2009, p. 252/253.

vive o período do liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No mundo jurídico, tudo isso desemboca na ética do individualismo, com o aprimoramento, pela pandectística, das figuras do sujeito de direito (enquanto sujeito abstrato) e do direito subjetivo. Os códigos civis deste período caracterizam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico¹⁷, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal. No âmbito do direito de família, percebe-se a supremacia do pai-marido – a esposa, reduzida à condição de relativamente incapaz, subordina-se à chefia do marido; os filhos são vistos mais como objeto de preocupação jurídica do que como sujeitos de direito.

As normas estatais protetoras do indivíduo buscavam assegurar tão somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado. As limitações aos direitos subjetivos, quando existentes, eram apenas aquelas necessárias para permitir a convivência social. Nítida, aqui, a inspiração kantiana: minha liberdade irrestrita só encontra limitações na idêntica liberdade de meu semelhante.

Mas o mais importante é a ideologia jurídica que predomina, que podemos denominar de “a ideologia dos 3 c’s”: pretende-se que a legislação civil (leia-se, os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da completude significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a idéia de legislação caracterizada pela sua clareza significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da coerência afasta a possibilidade de antinomias. Tudo isso deriva do mito do legislador iluminista, inteligente, onisciente, providente, capaz de tudo regular detalhadamente, antecipadamente, de forma clara e sem contradições.

Partindo de tais premissas, chegava-se à fácil conclusão de que somente o legislador teria legitimidade para editar normas jurídicas, já que ungido pela escolha popular. Aos juízes, reservar-se-ia o papel de *bouche de la loi*, na visão de Montesquieu, ou seja, “seres inanimados que não podem moderar nem a sua [da lei] força nem o seu rigor”. O juiz nada criaria, apenas aplicaria o direito (já previamente elaborado pelo legislador) ao caso concreto. O catálogo de todas as soluções possíveis já preexistiria ao caso litigioso. Ao juiz nada mais se pediria do que confrontar o fato com tal catálogo, até localizar a regra legal que resolveria o problema. Sua atividade mental seria apenas silogística¹⁸.

¹⁷Aliás, a pandectística alemã sabidamente construiu seus instrumentos dogmáticos a partir da ética do voluntarismo: o direito subjetivo, na conhecida acepção de Windscheid, é visto como emanção do poder da vontade, a propriedade é vista como senhoria da vontade sobre as coisas, e o negócio jurídico é visto como uma declaração de vontade com poder de criar situações jurídicas.

¹⁸Para uma análise crítica dessa visão reducionista de função jurisdicional, seja-me permitido enviar o leitor interessado a ensaio de minha autoria – “E o Juiz não é só de Direito...” (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’)” - inserto na obra coletiva denominada Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica,

Percebe-se, assim, que tal ideologia buscou transformar o jurista em simples técnico, operador de atividade meramente cognitiva (e não prático-valorativa), usando métodos lógico-formais e sem nenhuma responsabilidade política. Aliás, em tal sistema, ninguém tem responsabilidades diante de leis injustas - e todos podem olímpicamente lavar as mãos¹⁹.

Em termos de técnica legislativa, utiliza-se, sobretudo, a forma da regra jurídica, contendo *fattispecie* completa (preceito e consequência jurídica). São raros os princípios expressos, quase ausentes as cláusulas gerais e parcimoniosos os conceitos indeterminados.

4 O PRIMADO DO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Se o chamado *mundo da segurança* que caracterizou a era das codificações e das constituições liberais representou, de certa forma, o primado do direito privado sobre o direito público, esta relação se inverte com o advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do *Welfare State*. De certo modo “o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado”, emancipação essa que fora o resultado da ascensão da classe burguesa. Com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total (total no sentido de que não deixa espaço algum fora de si)²⁰.

O período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede ao segundo pós-guerra, procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que por vezes isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um

organizada por David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro, Campinas: Millennium Editora, 2002, p. 396-413.

¹⁹Trata-se de uma verdadeira armadilha ideológica, em que o legislador pode afastar sua responsabilidade alegando que não elabora regras voltadas a casos particulares. As normas que elabora são genéricas, abstratas, e voltadas ao futuro. Ele não pretende prejudicar ou favorecer quem quer que seja, pois legisla para sujeitos abstratos e desconhecidos. O juiz, por sua vez, também pode afastar sua responsabilidade diante da decisão por ele dada ao caso concreto, pois tal solução não seria fruto de sua vontade, já que ele simplesmente estaria aplicando a solução pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, funcionaria de forma supostamente neutra e asséptica, não buscando atingir ninguém em particular. Daí porque se podia dizer, ironicamente, na França oitocentista, que as leis francesas proibiam ricos e pobres, de forma majestosamente igual, de dormirem sob as pontes de Paris... Ao que os ingleses, no mesmo espírito, retrucavam que também na Inglaterra vivia-se sob o reino da igualdade, pois qualquer pessoa, fosse rica ou fosse pobre, podia hospedar-se nos melhores hotéis de Londres, bastando para tanto apenas pagar a diária cobrada...

²⁰BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 25.

todo. No espaço público, procura-se limitar não só o Executivo – através do princípio da legalidade que já vinha do período anterior – mas o próprio Legislativo – através do controle de constitucionalidade. Visto que na trágica experiência europeia do período entre-guerras o Legislativo mostrara-se presa fácil de um Executivo forte, tendo docilmente fornecido a base ‘legal’ aos governos nazi-fascistas, percebeu-se a necessidade de se sujeitar também o Legislativo à legalidade constitucional. Essa nova concepção tem um preciso sentido, qual seja, a da sujeição ao ordenamento jurídico de todos os poderes, públicos e privados²¹, e na sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais. O Judiciário, que também está sujeito a esta concepção de legalidade, passa a ter o dever de controlar também a legitimidade constitucional da legislação ordinária. Assim, a notável contribuição da Suprema Corte norte-americana, através da pena de John Marshall, em 1803, ao afirmar ser natural atribuição do Judiciário a de invalidar legislação ordinária que fosse incompatível com a Constituição, chega também à Europa, embora aqui se prefira adotar o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração kelseniana, ao contrário do controle difuso praticado nos Estados Unidos.

No âmbito do direito privado, esse novo período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa limitação, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. Essa nova limitação se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê parte do direito privado migrar dos códigos totalizantes em direção à legislação dita ‘extravagante’. Na medida em que as novas constituições rígidas continham verdadeiros programas voltados para o futuro – pois se pretendia transformar a sociedade e não só espelhá-la, como buscavam fazer os códigos civis do período anterior – impunha-se o desenvolvimento legislativo e o detalhamento normativo de tais programas. Essa nova legislação possui

²¹Como refere Ricardo Luis Lorenzetti, na sociedade moderna, a noção de ‘poder’ se expande, incluindo, não só o conflito ‘Estado-cidadão’, mas também aos gerados entre ‘grupos econômicos e indivíduos’, entre ‘maiorias e minorias’, e indivíduos entre si. Daí porque é necessário que os instrumentos do Direito Privado, pensados para neutralizar os avanços do Estado, se redimensionem para atender a essas novas necessidades. A tendência que se percebe no mundo contemporâneo, segundo o referido autor, é a construção de um ‘piso mínimo’ de direitos fundamentais, de que é titular todo o indivíduo – *in: Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 126.

um caráter promocional²², utiliza-se freqüentemente de uma linguagem setorial, fixa objetivos a alcançar e, numa só lei (exemplificativamente, a Lei de locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor), disciplinam-se aspectos de direito material privado, de direito penal, de direito processual, de direito administrativo. Trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microsistemas que gravitam ao lado do Código Civil. É o advento da chamada *era dos estatutos*.

5 DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO. CONVERGÊNCIAS

Contemporaneamente, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos²³ (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão “função social da propriedade” somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil – art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei nº 6.404/76 – Lei das S.A. -, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a “menor célula da sociedade” – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como “ninho” e não como simples “nó”, na evocativa imagem da historiadora francesa Michelle Perrot²⁴), na percepção

²²Segundo N. Bobbio, diante das exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar os atos conformes às suas normas, ou a reprimir os atos que lhe são contrários. Sua função, portanto, não se resume apenas a proteger ou a reprimir, tornando-se também promocional. Adotam-se técnicas de estimulação e de encorajamento, visando a promoção de atos considerados socialmente úteis, ao invés de simplesmente se reprimir os atos considerados socialmente nocivos – “La funzione promozionale del diritto”, *in: Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

²³Sobre esse tema, consulte-se com proveito a tese de doutoramento de Maria João Estorninho, intitulada emblematicamente de *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública* (Coimbra: Livraria Almedina, 1999).

²⁴Michelle Perrot, Revista Veja: Reflexões para o futuro – 1993: “Não é a família em si que nossos

da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais).

Perceptível, também, outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar (hipótese, por exemplo, do art. 39, inc. IX, do Código de Defesa do Consumidor, do direito à renovação do contrato de locação comercial, do direito de preferência para aquisição do imóvel urbano locado ou do imóvel rural arrendado). Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado*.

Isso decorre do fato de que no Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência social, educação, etc.), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (v.g., disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.).

Trata-se, em outras palavras, de estabelecer

“novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”²⁵.

Sob outro enfoque, poder-se-ia dizer que depois do suposto movimento “do *status* ao contrato”, com que H. Sumner Maine²⁶ tentou

contemporâneos recusam, mas o Tmodelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas às regras e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.”

²⁵Gustavo Tepedino, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, ensaio inserido em obra do mesmo autor, denominada *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

²⁶*Ancient Law (1861)*, trad. it. *Diritto Antico*, Milano: Giuffrè, 1998. Segundo Maine, como se sabe, a humanidade teria evoluído do *status ao contrato* no sentido de que antigamente os direitos e os deveres de

resumir toda a evolução da sociedade, a parábola se inverte, percorrendo-se o caminho inverso - “do contrato ao *status*” -, não porque a condição social originária da pessoa passe a dominar toda sua vida e o seu destino, mas no sentido de que o retorno ao *status* passa a ser concebido no sentido de que os contratos recebem uma regulamentação jurídica particularizada, buscando espelhar a posição socioeconômica das partes envolvidas numa concreta relação jurídica (relação de locação, relação de consumo, arrendamentos e parcerias rurais, etc.). O sujeito abstrato das codificações oitocentistas cede espaço ao sujeito visto em sua concretude, como locatário, consumidor, arrendatário, empregado, percebendo-se que as peculiaridades de cada uma dessas situações devem acarretar um tratamento jurídico próprio, de forma a compensar juridicamente o desequilíbrio econômico que se percebe existente em tais relações. Deste modo, identifica-se no contrato um instrumento no qual se exprime a política econômica do Estado.

Destarte, onde mais agudamente se percebe a necessidade de se estabelecer relações sociais justas, o legislador intervém mais incisivamente, limitando a liberdade contratual e impondo uma orientação relativamente rígida ao programa contratual das partes. Assim, “no sistema econômico do capitalismo mais maduro, a plenitude da liberdade contratual funciona apenas numa área bastante reduzida, no vértice, onde se encontram pessoas e grupos dotados de grande poder econômico”²⁷.

A razão da relativização do valor da autonomia privada nos é dada por Konrad Hesse, nos seguintes termos:

“La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto,

uma pessoa estavam diretamente vinculados à classe social ao qual ela pertencia. Assim, por exemplo, na antigüidade, patricios ou plebeus, homens livres ou escravos, romanos ou estrangeiros, possuíam certos direitos e deveres em razão da sua condição social, direitos e deveres esses que eram distintos conforme a classe social em que estava inserido. O mesmo ocorre nas demais épocas históricas, como no período medieval, em que a condição de senhor feudal ou de servo da gleba, ou de clérigo, significava possuir certo estatuto jurídico distinto dos membros das demais classes. Esse estatuto jurídico que se adquiria por nascimento, por outro lado, era praticamente imutável durante a vida do indivíduo. De acordo com Maine, esse estado de coisas muda com a modernidade, pois diante do princípio da autonomia da vontade e de seu reflexo, a liberdade contratual, o destino dos indivíduos dependia deles próprios, da sua maior ou menor capacidade negocial, não sendo algo inexorável e ligado apenas à classe de origem. Assim, mediante a liberdade contratual, os homens podiam criar riquezas, enriquecer, melhorar suas condições de vida, em suma, conduzir seus próprios destinos, independentemente da classe social na qual nasceram. O que Maine não percebeu é que os condicionamentos que hoje subsistem são de ordem econômica, pois quem nasce na condição de membro de segmentos sociais excluídos, só excepcionalmente consegue superar as barreiras sociais e econômicas que lhe impedem de ter acesso e gozar plenamente todos os direitos que são concedidos naturalmente a quem tem a sorte de vir à luz no seio de uma família abastada – e cujo lugar ao sol está praticamente garantido.

²⁷Guido Alpa, “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, in: *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995, p. 35-54, p. 46/47.

y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea”²⁸.

Como refere Maria Celina Bodin de Moraes²⁹, “defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”. É o fim das dicotomias. Subsistem diferenças, porém elas são meramente ‘quantitativas’, pois há institutos onde prevalecem os interesses individuais, embora também estejam presentes interesses da coletividade, e outros institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos.

6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como vimos no tópico anterior, não há dúvidas de que a intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, a partir da implantação do modelo do *Welfare State*, deixou marcas também no mundo jurídico, afetando inclusive o direito civil. Isso é perceptível em todos os países que experimentaram, em graus de intensidade e em momentos históricos diversos, formas de intervencionismo estatal, inclusive o Brasil.

Algumas dessas consequências já foram destacadas: uma perceptível *publicização* do direito privado, no sentido de que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas.

Parte dessa regulamentação passou a ter tamanha importância que foi elevada à dignidade constitucional. Temos, então, o fenômeno da *constitucionalização* de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade, da atividade econômica – ou seja, passam a estar disciplinados na constituição os princípios fundantes

²⁸Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 78/79.

²⁹Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65 (1993), p. 26.

dos três institutos básicos do direito privado, na conhecida concepção dos três pilares de Jean Carbonnier³⁰ – família, propriedade e contrato.

Uma terceira conseqüência seria a inevitável *fragmentação* do direito privado, que será abordado mais adiante. De um sistema monolítico, representado pelos códigos totalizantes do séc. XIX (cuja idéia, porém, continua viçosa durante boa parte do séc. XX), passou-se a um polissistema ou plurissistema. Ou seja, a matéria privada que antes estava concentrada nos códigos civis e comerciais, passaram a ser tratadas em leis especiais, naquele fenômeno que foi chamado de *a era dos estatutos*.

Também importante a lição de Pietro Perlingieri, segundo o qual o Direito contemporâneo, através de normas de cunho promocional, “torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social”³¹. É o mesmo mestre italiano quem salienta “a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto”. Além disso, da concepção unitária de ordenamento jurídico decorre que “a solução de cada controvérsia não mais pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”³².

Além disso, de notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois “de modo contrário ao Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal do Século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas”³³. Isso significa que o valor da segurança, ligada à estabilidade das relações jurídicas, que caracterizava as codificações liberais, deve saber transigir com o valor da esperança, ligada à transformação do existente, em prol de uma nação comprometida com o horizonte traçado na Carta Maior – a criação de uma sociedade, mais justa, livre e solidária, com vida digna para todos, em ambiente caracterizado por intenso pluralismo³⁴.

³⁰Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Trad. it.: *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997, p. 195 e s.

³¹Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]*, trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

³²Perlingieri, *op. cit.*, p. 5.

³³Francisco Amaral, “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, in *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, vol. 63, p. 52.

³⁴Constantemente se acentua que o papel de uma constituição moderna não é aquela de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos inclusive contra a vontade popular. Não se trata, assim, de simplesmente expressar uma determinada homogeneidade cultural, uma identidade coletiva da nação, ou certa coesão social. Trata-se, isso sim, de garantir, por meio dos direitos fundamentais, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de legitimidade de uma constituição, diversamente de quanto ocorre com a legislação ordinária ou com as escolhas governamentais, não reside no consenso da maioria, repousando, ao contrário, em um valor superior e mais importante: “a

igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos precisamente contra leis e atos de governo expressos por maiorias contingentes” – nesse sentido, por exemplo, Luigi Ferrajoli, “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, na obra coletiva organizada por P. Costa e Danilo Zolo: *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*. Milano: G. Feltrinelli Editore, 2002, p. 349-386, p. 375/376. Também E. García de Enterría insiste nesse ponto, ao afirmar que “no sólo se trata de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropie del poder de hacer normas y que pretenda desde esa apropiación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia, que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta y sin limites” – *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1986, p. 104.

Da mesma forma G. Zagrebelsky aponta para o valor da pluralidade e diversidade, ao afirmar que o escopo geral de uma constituição pluralística é a de preservar intactas as possibilidades de competição política e social, isto é, impedir que uma maioria eventual venha a impor modelos político-culturais com pretensões totalizantes, que excluam todos os outros, de forma definitiva. A interpretação constitucional, portanto, deve mirar à organização de uma sociedade aberta ao conflito, garantindo-se o acesso às partes sem discriminações ou privilégios – Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 53.

Isso não significa, porém, que a constituição não contenha, inelutavelmente, consensos mínimos, de forma a expressar certa unidade, pois, como salienta Canotilho, “*historicidade, processo, consenso e compromisso, unidade, abertura e ordem são os topoi* com que hoje lida a teoria da constituição, embora a acentuação e interdependência entre eles seja diversamente formulada nas várias teorias da constituição” – *in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994, reimpressão, p. 478.

Em obra mais recente, Canotilho acentua o valor do pluralismo e da diversidade, como sendo os valores típicos da pós-modernidade. Refere ele que “a idéia de *Drittwirkung* ou de *eficácia direta* dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, *justiça, progresso* do Iluminismo. Esse código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções *múltiplas e débeis* da pós-modernidade?” Mais adiante, torna ele a indagar “por que a imperatividade da *equal protection clause* em vez da *singularidade* e das diferenças nas relações humanas, justificativas do triunfo da negociação, da flexibilidade, da adaptabilidade e da permissividade? É bem de ver que estas interrogações pressupõem já um outro mundo: o da absolutização das diferenças e da singularidade, o da complexidade, da indeterminação e do relativismo! Numa palavra: o mundo da pós-modernidade” – José J. Gomes Canotilho, “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”, in Eros R. Grau e Willis S. Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 108- 115, p. 114.

Aliás, a ênfase nas diferenciações – em substituição ao paradigma da igualdade (embora sem negar seu valor) – também comparece em interessante ensaio do prof. Erik Jayme (“Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”, *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan. 1999, p. 24-40) sobre o moderno direito comparado, no qual o renomado professor de Heidelberg afirma que enquanto o direito comparado tradicional “perseguiu o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual” (embora não possamos concordar com essa sua visão demasiadamente estreita e redutiva dos objetivos do direito comparado, visão essa que era compatível apenas com as primeiras fases do direito comparado, do início do século XX ao término da Segunda Guerra Mundial), o direito comparado pós-moderno, ao contrário, procura “o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*)” (p. 25), “voltando-se para o passageiro”. Isto porque “a pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico; as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes” (p. 27/28).

Também no espaço jurídico italiano há consenso sobre a ênfase na diversidade, no pluralismo (e consequentemente no relativismo), como características típicas da pós-modernidade, como exemplificativamente se vê do ensaio do Prof. Alessio Zaccaria, “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno”, publicado na *Rivista di Diritto Civile*, 1997, fasc. 3 (maggio-giugno), p. 367-383, esp. p. 379 s.

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores³⁵ constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter pares*, o princípio da dignidade da pessoa humana³⁶. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade³⁷, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil. Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz fundamentalmente como consequência do maior relevo dado à pessoa. Daí porque entende ele ser possível afirmar que “interesses e direitos

³⁵Sobre a diferença entre princípio e valor, aceitamos o ponto de vista de R. Alexy, quando ele os diferencia pelo caráter deontológico do primeiro e axiológico do segundo. Assim, o modelo dos valores reside naquilo que é melhor; o modelo dos princípios reside naquilo que é devido – sem esquecer, porém, da possibilidade de se passar de um modelo ao outro, segundo o mesmo Alexy – *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 147.

³⁶Em sua tese de doutoramento, Flávia Piovesan refere a “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”, como um sintoma da emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos – *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

Densificando um pouco mais tal noção, lembra Ingo Sarlet que se tem como certo que “uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência” – Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 311. Recolhendo o escólio de H. Scholler, esclarece o Prof. Ingo que a dignidade da pessoa apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (op. loc. cit.)

Em outra obra, tratando especificamente sobre o tema, refere o mestre gaúcho que “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade” – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 46.

Também Genaro R. Carrió, ex-membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ex-Presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, aponta para o dever do Estado de propiciar as condições necessárias para uma vida digna, ao referir que “la eficaz tutela de los derechos de ese tipo está estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen de llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de sus miembros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico, que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vida en plenitud” – *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 64.

³⁷Sobre os direitos da personalidade, salienta François Rigaux que, “diferentemente do direito de propriedade, matriz do conceito de direito subjetivo, ou do direito de crédito, diferentemente até mesmo dos direitos intelectuais, que conferem ao seu titular prerrogativas precisas, aquilo que chamamos de direito da personalidade ou direito ao respeito da vida privada protege um interesse de contornos indistintos, variáveis segundo as circunstâncias” – “La liberté de la vie privée”, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-1991, p. 539-563, p. 560.

de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico”³⁸.

7 CONTINUAÇÃO. O SENTIDO ANTIGO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O fenômeno conhecido como constitucionalização do direito privado pode ser descrito de várias formas. Sob o ponto de vista da cronologia histórica, a época do liberalismo clássico (e com essa expressão pretendemos abranger todas as concepções que derivam das ideologias do constitucionalismo liberal, do liberalismo político e econômico, dos direitos humanos de primeira dimensão) coincide substancialmente com a época das grandes codificações do direito privado do século XIX. Sob o ponto de vista ideológico, nesse período concebiam-se as constituições liberais como verdadeiros *códigos do direito público* (ou seja, diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre o Estado e seus súditos), ao passo que os códigos privados eram encarados como verdadeiras *constituições do direito privado* (isto é, estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada)³⁹.

Em suma, os códigos eram vistos como uma espécie de barreira ao Estado, concebidos como sendo a disciplina jurídica das relações intersubjetivas privadas, imunes à intervenção do Estado. As normas constitucionais daquele período ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, proclamando, por exemplo, a *inviolabilidade* da propriedade (art. 17 da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789; art. 1º, n. 2, art. 2º e art. 16º da Constituição francesa do ano I [1793] ; art. 29 do “Statuto Albertino”⁴⁰), ou garantindo o direito de propriedade em toda a sua *plenitude* (como proclamado nas duas primeiras constituições brasileiras: a imperial, de 1824, art. 179, n. 22, e a republicana, de 1891, art. 72, §17).

Nesse período, o direito civil e o direito constitucional seguiam

³⁸Pietro Perlingieri, no *Editoriale* do primeiro número da revista por ele dirigida, *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, n. 1, p. 2.

³⁹Havia, porém, um denominador comum a essas duas regulamentações jurídicas – tratava-se da “concepção legalista e escritural do Direito”, segundo a perspicaz observação de Nelson Saldanha – in “Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante”, *Revista de Direito Público*, vol. 81 (jan.-março de 1987), p. 78 - São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁴⁰*Statuto Albertino* era o nome com que era conhecida a constituição flexível do Reino do Piemonte, de 1848, que se tornou a primeira constituição italiana após a unificação da Itália, em 1861, tendo vigorado até o advento da constituição republicana de 1947.

caminhos separados, cada um com seu próprio âmbito de incidência.

Afora garantir genericamente o direito de propriedade, as constituições desse período substancialmente não forneciam princípios para a disciplina das relações jurídicas privadas. Tais constituições, por não serem rígidas, podiam ser alteradas com certa facilidade. Alguns países, como a França, tiveram incontáveis constituições ao longo de sua história⁴¹. Daí a razão pela qual o *Code Civil* sempre foi tido como um monumento de estabilidade (e longevidade, pois vigora ininterruptamente há mais de duzentos anos!), como a simbolizar a firme permanência da sociedade civil e das relações intersubjetivas, diante da inconstância das relações políticas. É também óbvio que, no caso francês, a ausência de um verdadeiro controle de constitucionalidade⁴² contribuiu enormemente para o histórico isolamento do direito constitucional francês, que assim deixou de irradiar sua eficácia conformadora sobre os demais ramos do direito, inclusive o privado.

Como as constituições liberais, flexíveis, não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. Na verdade, como já salientado, eram os próprios códigos civis que exerciam a

⁴¹Somente no seu primeiro ciclo revolucionário, de 1789 a 1814, os franceses tiveram seis constituições: em 1791, em 1793, em 1795, em 1799, em 1802 e 1804. Nos ciclos posteriores prossegue a “valsa das constituições”, na expressão de Maurice Duverger (*Les constitutions de la France*, trad. it. *Le costituzioni della Francia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 45 s.), com as constituições de 1814, 1830, 1848, 1852, 1870. Um período estável se obtém somente com a Terceira República, inaugurada em 1870, que fornece ao país a constituição de 1875. Embora permaneça em vigor até 1946, ela sofre alterações informais, introduzidas por novos costumes constitucionais (interessante, a esse respeito, o tópico de Duverger sobre “as transformações consuetudinárias da constituição de 1875 – *op. cit.*, p. 102s.). A constituição da Quarta República, de 1946, vigora somente até 1958, com a superveniência da Quinta República e a constituição gaullista de 1958, ainda em vigor, embora emendada várias vezes.

⁴²Lembre-se que o controle de constitucionalidade francês é peculiar e único, possuindo natureza mais política do que jurídica. De fato, segundo a originária concepção e regulamentação legislativa, o *Conseil Constitutionnel*, que não integra a estrutura do Poder Judiciário, somente poderia ser ativado por provocação dos órgãos de cúpula dos outros dois poderes, durante o período compreendido entre a aprovação do projeto de lei pelo Parlamento e a sua promulgação pelo Executivo. Entendendo o Conselho Constitucional não estar a lei (ainda não promulgada) em conformidade com a Constituição, o projeto de lei retorna ao Parlamento para que sejam feitas as alterações necessárias para evitar a mácula de inconstitucionalidade. Porém, após a promulgação da lei pelo Presidente da República (quer por ter passado pelo crivo do Conselho Constitucional, quer por não ter sido submetido a ele – como ocorre na esmagadora maioria dos casos) ninguém mais poderia argüir a inconstitucionalidade da lei ou deixar de aplicá-la sob tal pretexto.

Em 1º de março de 2010, porém, entraram em vigor alterações legislativas (constitucionais e ordinárias) que permitiram que os Tribunais Superiores (*Cour de Cassation*, no sistema de justiça ordinária, e *Conseil d'Etat*, no âmbito da justiça administrativa) possam igualmente provocar o *Conseil Constitutionnel* para que se manifeste sobre dúvidas de constitucionalidade de alguma norma legal.

função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas. Protegendo o direito de propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase que absoluta, o direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais. O direito civil, nascido à margem do Estado, apresentava-se como o verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado. Daí a função constitutiva do direito privado, diante do qual o direito constitucional possuía uma importância secundária.

8 CONTINUAÇÃO. O SENTIDO MODERNO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas⁴³, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de *relevância constitucional das relações privadas*⁴⁴. E aqui os exemplos são múltiplos nas constituições sociais modernas, como também na nossa carta constitucional. Sem pretender ser exaustivo, pode-se destacar, sob a ótica enfocada, a proclamação, pelo constituinte, *da liberdade de constituir associações e cooperativas* (art. 5º, inc. XVII a XX), *da legitimidade representativa das entidades associativas* (art. 5º, inc. XXI), *da liberdade de associação profissional ou sindical* (art. 8º), *da impenhorabilidade da pequena propriedade rural* (art. 5º, inc. XXVI), *dos direitos autorais* (art. 5º, inc. XXVII e XXVIII), *da propriedade industrial* (art. 5º, inc. XXIX), *do direito à herança* (art. 5º, inc. XXX), *da necessidade de defesa do consumidor* (art. 5º, inc. XXXII, art. 170, V, art. 48 do ADCT), *da limitação da responsabilidade civil ex delicto dos sucessores* (art. 5º, inc. XLV), *a garantia do devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV e LV), *da vedação de provas ilícitas* (art. 5º, inc. LVI), *da admissão de ação penal privada, subsidiária da ação penal pública* (art. 5º, inc. LIX), *da indenizabilidade por erro judiciário* (art. 5º, inc. LXXV), *da gratuidade de registro de nascimento e óbito* (art. 5º, inc. LXXVI),

⁴³Nessa primeira acepção encontramos estudos já na década de trinta do século XX, como por exemplo os ensaios dos grandes civilistas espanhóis Castán Tobeñas e Federico de Castro, os quais em 1933 e 1935, respectivamente, publicaram trabalhos a respeito (denominados, respectivamente, “Nota bibliográfica a la obra de Battlé y Vázquez, M.: *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*”, e “El Derecho civil y la Constitución”) na *Revista de Derecho Privado*, n. 237 (1933), p. 189 s., e n. 257 (1935), p. 3 s. Entre nós, também em 1935 Clóvis Bevilacqua publicou um ensaio denominado “A Constituição e o Código Civil”, inserido na *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 34, p. 31-38 (set. 1935), onde analisa (embora sem maior aprofundamento) os institutos de direito civil que foram inseridos na Carta Magna de 1934.

⁴⁴Nesse sentido, Guido Alpa, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 8.

dos direitos dos trabalhadores (art. 7º e seus incisos), da dignidade da pessoa humana e do valor da justiça social como princípios informadores de toda a ordem econômica, o que abrange também toda a atividade comercial privada (art. 170, caput), da necessidade de proteção das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, inc. IX e art. 179), da função social da propriedade urbana (art. 182, §2º), da usucapião urbana (art. 183), da usucapião rural (art. 191), do pluralismo da noção de família (art. 226, §3º e 4º), do livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §7º), da proteção absolutamente prioritária devida à criança e ao adolescente, em todas as suas dimensões existenciais (art. 227), da absoluta igualdade entre filhos de qualquer natureza, vedando-se peremptoriamente qualquer discriminação a respeito (art. 227, §6º), da necessidade de proteção aos idosos (arts. 229 e 230).

Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão *constitucionalização do direito civil*, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme a constituição, etc.

Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as conseqüências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais⁴⁵, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a constituição⁴⁶.

⁴⁵Como afirma R. Alexy, “os direitos fundamentais são substancialmente direitos do homem transformados em direito positivo. Tais direitos exigem a sua institucionalização. Se existem direitos do homem, não há somente um direito à vida, mas também um direito do homem a um Estado que realize este direito. E a institucionalização inclui necessariamente a sua acionabilidade” (ou, como ultimamente se tem denominado, sob a influência da nomenclatura norte-americana, sua *justiciabilidade*) – Robert Alexy, “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik” (“Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais”), in: Massimo La Torre e Antonino Spadaro (org.): *La ragionevolezza nel diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, p. 27-44, p. 35/36.

⁴⁶A interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) diferencia-se da interpretação tradicional, pelo fato de que esta, nas suas várias formas - gramatical, histórica, lógica, sistemática, teleológica -, define o conteúdo da lei a partir dela própria, ao passo que na interpretação conforme, a lei deve ser interpretada conformemente à constituição, por meio de um procedimento hermenêutico escalonado hierarquicamente. Tal percepção insere-se na visão kelseniana de estrutura gradualista e piramidal da ordem jurídica, uma de cujas conseqüências é justamente aquela que uma norma de nível inferior não pode ser interpretada de modo que contrarie a norma de nível superior, já que a norma inferior, embora crie novo direito, desenvolvendo os germens já contidos na norma superior, necessariamente também é uma aplicação da norma hierarquicamente superior.

O princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, originado e desenvolvido na Alemanha, significa, na formulação do *Bundesverfassungsgericht*, que uma lei não deve ser declarada nula, sempre que puder ser interpretada de maneira congruente com a constituição – BverfGE 2, 266 (282) – *apud* Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 99.

Na visão de E. García de Enterría, a supremacia da constituição sobre todas as normas e o seu caráter central na construção e na validade do ordenamento jurídico em seu conjunto, obrigam o intérprete a levar

Luís Roberto Barroso refere que a idéia de constitucionalização do direito, no sentido aqui tratado, “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais.”⁴⁷

Em outra obra⁴⁸, o Prof. Barroso associa a esse fenômeno a “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação

isso em consideração em qualquer momento da sua aplicação – seja pelos operadores públicos ou privados, seja da parte dos tribunais ou dos órgãos legislativos ou administrativos – quer quando haja provisões específicas sobre a matéria de que se trata, quer quando o resultado hermenêutico possa ser buscado apenas com base em disposições principiológicas. Isso seria uma consequência derivada do caráter normativo da constituição e do seu nível supremo. “Daí porque nos Estados Unidos se diz que todas as leis e todos os atos da administração pública devam ser interpretados em *harmony with the Constitution*, ao passo que na Alemanha o mesmo postulado impõe *die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, interpretação das leis conformemente à constituição. Em ambos os casos, como praticamente em todos os países dotados de uma justiça constitucional, o princípio é de formulação jurisprudencial” – Eduardo García de Enterría, “La costituzione come norma giuridica”, in: E. García de Enterría e Alberto Predieri (org.), *La Costituzione Spagnola del 1978*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 71-131, p. 116/117.

A discussão hoje mais interessante a respeito da *Verfassungskonforme Auslegung* diz respeito aos seus limites, considerando aquilo que os norte-americanos denominam de *counter-majoritarian dilemma*, no âmbito da discussão sobre o suposto déficit democrático do Judiciário para a construção do direito. De fato, se a interpretação conforme a constituição busca “salvar” a norma (função de conservação), evitando o reconhecimento de sua invalidade constitucional, corre-se o risco de que através deste procedimento hermenêutico se obtenha um significado da norma que pode não coincidir com aquele que era a intenção do legislador – sem que isso signifique, obviamente, um retorno ao período em que se prestava enorme deferência à *mens legislatoris*. Sobre tal discussão, com análise das correntes doutrinárias que se digladiam a respeito, pode-se consultar, com proveito, a ótima obra de Ginevra Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca – Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 144 e s.

⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo”, in: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 318/319.

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. “Neconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 18.03.2012.

constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.

Na mesma direção orienta-se Riccardo Guastini⁴⁹ que, inspirado por Louis Favoreu, concebe o fenômeno como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

Destá forma, o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna vários princípios (mas também algumas regras) tipicamente de direito privado, faz com que todo o direito privado, naquilo que é potencialmente atingido por tais princípios, deva ser interpretado em conformidade com a constituição. Como refere Francisco Amaral⁵⁰, “conseqüência imediata desse processo é a inserção da normativa constitucional no corpo do Direito Civil, como constante critério de controle.” No mesmo sentido se orienta Maria Celina Bodin de Moraes⁵¹, afirmando que “a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”.

Em ousada reconstrução hermenêutica do texto constitucional, especialmente a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em histórica decisão proferida em 25 de outubro de 2011, reconheceu a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, apesar dos textos da Constituição (art. 226, §3º) e do Código Civil (art. 1.514) falarem em união de homem e mulher.

Analisando a influência da constituição sobre o direito civil alemão, Gerhard Walter refere que entre as muitas possibilidades de interpretação, todas conformes à constituição, deve-se escolher aquela em que a eficácia dos direitos fundamentais encontra a sua máxima expressão, acrescentando, mais adiante, que “as cláusulas gerais constituem as ‘brechas’ através das quais os direitos fundamentais conseguem ingressar no direito civil”⁵².

Aliás, na Alemanha, foi notável a contribuição da jurisprudência para a reformulação do direito de família. Como é sabido, o art. 117 da Carta

⁴⁹GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª. Ed. Mexico: Editorial Trotta, 2009, p. 49.

⁵⁰*Op. loc. cit.*

⁵¹Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65 (1993), p. 29.

⁵²Gerhard Walter, “L’influenza della costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca”, in A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 174/176.

de Bonn, de 1949, havia proclamado que todas as normas legais incompatíveis com a proclamação da igualdade de sexos (Art. 3, II, da GrundGesetz), deveriam ser abolidas até 31 de março de 1953. Como o legislador nisso não providenciou, em razão do ambiente político conservador que então reinava, coube à ação conjunta da Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht⁵³) e da Corte Federal alemã (Bundesgerichtshof⁵⁴) o reconhecimento da incompatibilidade dos §§1.354 e 1.387 do BGB (Código Civil alemão) com o princípio constitucional da completa igualdade de sexos. Consequentemente, o inteiro direito matrimonial alemão foi colocado em verdadeiro estado de “vácuo legislativo”, assumindo as cortes de justiça a tarefa de ‘formatar’ um novo direito matrimonial compatível com o ditado constitucional. Tal tarefa foi desenvolvida pelo judiciário alemão até 18 de junho de 1957, com a entrada em vigor da “Lei sobre igualdade de homens e mulheres em matéria de direito privado” (Gleichberechtigungsgesetz). Talvez ainda mais ousada foi a decisão de 29 de jan. de 1969⁵⁵, da Corte Constitucional alemã, que proclamou a completa igualdade de filhos legítimos e ilegítimos, uma vez que, a esse respeito, a Constituição alemã não havia imposto um limite de tempo para a atuação do parlamento alemão, como havia feito com a igualdade de sexos⁵⁶.

Assim, não há como, por exemplo, continuar a estudar, interpretar e aplicar o direito das coisas, sem levar em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade (independentemente de estar consagrado ou não no código civil). A propriedade codificada necessariamente perde todos os seus contornos mais acentuadamente individualistas, despe-se totalmente de seu pretenso absolutismo. Qualquer instituto dos direitos reais, portanto, deve ser interpretado à luz do filtro hermenêutico constitucional. Pela mesma razão, segundo pensamos, em conflitos privados envolvendo confronto entre posse e propriedade, há de se levar em consideração o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal (embora obviamente não se esteja a pregar, de forma simplória, que qualquer pessoa desprovida de moradia possa apossar-se de propriedades alheias e pretender sua manutenção naquela posse com base num suposto exercício do direito à moradia).

Em outras palavras, afirma-se que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo

⁵³BVerfG NJW, 1954, 65.

⁵⁴BGHZ, 11, 34, em decisão de 06.09.53.

⁵⁵BVerfGE 15, 157; FamRZ, 1969, 196.

⁵⁶Sobre tais aspectos, consulte-se MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts – a Comparative Introduction*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, págs. 29 e 30.

validante⁵⁷.

A constituição, na verdade, institui uma “ordem objetiva de valores”, na conhecida fórmula empregada pela Corte Constitucional alemã, ao julgar o célebre caso *Lüth*, em 1958⁵⁸, quando se afirmou que “os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma **ordem objetiva de valores**, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição do direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito (...)”⁵⁹.

Por outro lado, as normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com tais princípios e que lhe desenvolvam o programa. E aí está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o *Código de Defesa do Consumidor*, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas, o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e do adolescente, em todas as suas fases e em todos os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art. 227 da C.F.), dentre outras.

Lembre-se, porém, que esse fenômeno da descodificação começa há bem mais tempo, quando se percebe a insuficiência do código civil para regular determinadas relações jurídicas privadas, que passaram a exigir uma disciplina especial, como foi o caso da legislação do inquilinato urbano, que iniciou logo em seguida à entrada em vigor do Código Civil, em 1919, e desde então nunca mais a disciplina normativa sobre locações residenciais voltou a estar regulada no código. Outras matérias passaram a ser objeto de legislação especial, ou em virtude de não estarem disciplinadas no código, ou

⁵⁷A esse respeito, consulte-se Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., [1986] 1991, p. 27. Veja-se, também, Luigi Ferrajoli, quando afirma que “a jurisdição já não é mais a simples sujeição do juiz à lei, mas também análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional. E a ciência jurídica deixou de ser (...) simplesmente descritiva para ser também crítica (...); crítica do direito inválido, ainda que vigente, quando se afasta da Constituição” – *Derechos y garantías – La ley del más débil*, 2. ed. da trad. esp. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 68.

⁵⁸BverfGE 7, 198.

⁵⁹Versão parcial em vernáculo, a partir da tradução em espanhol da obra de Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003 (p. 132-37).

em face da inadequação de suas normas. Deixando de lado o exemplo fácil da legislação trabalhista⁶⁰, podemos lembrar a disciplina jurídica dos loteamentos e das promessas de compra e venda (Decreto-Lei 58/37), do reconhecimento dos filhos ilegítimos (Lei 883/49), dos efeitos civis do casamento religioso (Lei 1.110/50), da situação jurídica da mulher casada (Lei 4.121/62), dos condomínios em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei 4.591/64), dos alimentos (Lei 5.478/68), da aquisição de imóvel rural por estrangeiro (Lei 5.709/71), dos direitos autorais (Lei 5.988/73, praticamente substituída pela Lei 9.610/98), os registros públicos (Lei 6.015/73), da responsabilidade civil por danos nucleares (Lei 6.453/77), da dissolução da sociedade conjugal e do casamento (Lei 6.515/77), do parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79), da usucapião especial de imóveis rurais (Lei 6.969/81), dentre outras inúmeras normas disciplinadoras de temas de direito privado, promulgadas antes da constituição de 88⁶¹.

Daí falar-se em fragmentação do direito privado, como já anteriormente antecipado. O sistema unitário simbolizado pelo código civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos, que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da constituição. É o que categoricamente afirma, por exemplo, Pietro Perlingieri, ao referir que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema (...) é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”⁶².

⁶⁰Que à época da entrada em vigor do Código Bevilacqua estava contida nos poucos artigos consagrados à locação de serviços e que posteriormente adquire autonomia normativa na era getulista.

⁶¹Esse fenômeno da descodificação, aliás, está umbelicalmente ligado ao fenômeno antes referido, do tratamento constitucional dos institutos jurídicos mais relevantes. Segundo a tese de Natalino Irti (*L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 199.), as leis especiais que de forma cada vez mais intensa são editadas no mundo ocidental, a partir da primeira grande guerra, retiram do Código Civil a regulamentação de inteiras matérias. Parte dessa regulamentação legal busca concretizar princípios e valores constitucionais, que estabelecem uma nova *ratio* para a regulamentação jurídica de certas relações. Esses microssistemas legislativos diferem substancialmente dos paradigmas normativos e da ideologia codicista. Daí porque, segundo Irti, tais microssistemas, quando derivados diretamente dos mandamentos constitucionais que buscam concretizar, devem ser compreendidos e interpretados a partir deles próprios, sem se utilizar, nem mesmo subsidiariamente, os princípios e regras previstos nos códigos. Ou seja, no caso de lacunas em tais microssistemas, a solução deve ser construída a partir da racionalidade própria do estatuto aplicável, fazendo-se com que a partir dos princípios inerentes a esta legislação setorial se extraia a decisão do caso concreto.

⁶²Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]*, trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6. Também Norberto Bobbio, embora integrante de outra escola de pensamento, afirma que “cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’” – *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: UNB-Polis, 1989, p. 49.

9 DOS LIMITES À PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Embora Paulo Bonavides⁶³ defenda arduamente o princípio da efetividade dos direitos fundamentais (com o que obviamente estamos de acordo), cuja ‘força de irradiação’ chega ao Direito Civil e, segundo ele, faz com que o Direito Privado, com os seus institutos, se torne de certa maneira uma província do Direito Constitucional, não podemos olvidar a persistência de claras distinções (embora não mais dicotômicas) entre tais ramos jurídicos.

De fato, a constitucionalização do direito privado não implica a absorção deste último pelo direito constitucional. Como refere Julio César Rivera, “la creación de las normas de Derecho Privado debe estar enderezada a hacer eficazes esos principios estructurales: sistema de vida democrático, forma republicana de gobierno, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y solidaridad”, acrescentando a necessidade de se levar em consideração, na interpretação normativa, a interação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, de forma que estas se ajustem à constituição, “sin que ello implique substituir el sistema jurídico privado por los principios constitucionales”⁶⁴.

No mesmo diapasão, há muito tempo (o ensaio foi publicado originariamente em 1967) Ludwig Raiser sustentou a necessidade de o direito privado não perder sua especificidade, ainda que sofrendo o influxo das opções valorativas do legislador constituinte. Isto porque “o direito privado torna possível a múltipla diferenciação da e na sociedade, constituindo um precioso contrapeso ao assistencialismo e reforçando, com seus instrumentos, o sentido de autoresponsabilidade do indivíduo, oferecendo, com isso, uma preciosa contribuição à democracia. Portanto, é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental”⁶⁵.

Mas talvez tenha sido Hannah Arendt, justamente uma filósofa não jurista, quem melhor percebeu a irredutibilidade do privado ao público e a impossibilidade de uma completa funcionalização do privado ao público. H. Arendt distingue três esferas – a *pública*, a *privada* e a *social*, vinculando

⁶³BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, 11ª ed., p. 548.

⁶⁴Julio César Rivera, “El derecho privado constitucional”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 725 (mar.1996), p. 11-28, p. 28.

⁶⁵Ludwig Raiser, “La costituzione e il diritto privato”, in: *Die Aufgabe des Privatrechts*, (trad. it. *Il compito del diritto privato*). Milano: Giuffrè, 1990. No mesmo sentido orienta-se Paulo Luiz Netto Lôbo (“Constitucionalização do direito civil”, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 99-109, p. 101), ao afirmar que “independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado”. Ou seja, não obstante o aumento do número de regras imperativas em áreas antes deixadas à livre disposição das partes, as relações entre particulares continuam a ser regidas pelo direito privado, que não é absorvido pelo direito público – *op. loc. cit.*

a cada uma delas um princípio regente: o da igualdade, o da diferença e o da exclusividade, respectivamente. Segundo a autora, o princípio da **esfera pública** é o da igualdade, que não é um dado, mas um construído, pelo qual igualam-se as pessoas que, pela sua natureza e origem, são diferentes. Na **esfera privada**, o princípio regente é o da diferença e da diferenciação, que justamente realça a especificidade única de cada indivíduo. A essas duas esferas, que coexistem desde a antiguidade, agrega-se a **esfera do social**⁶⁶, em cujo âmbito os seres humanos passam a conviver a maior parte do tempo, desde a era moderna. Trata-se, esta última, de uma esfera híbrida, caracterizada pela variedade, na qual “ingressamos devido à necessidade de ganhar a vida, seguir uma vocação, associarmo-nos a pessoas com as quais temos negócios ou interesses em comum”⁶⁷. Nessa esfera vigora também o princípio da diferenciação, o qual, porém, é fortemente pressionado por uma histórica tendência de conformismo social, a qual somente a partir de meados do séc. XX tende a arrefecer. “Justamente para assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos de nivelamento do social que no mundo contemporâneo se tornou necessário abrir um espaço para a esfera da intimidade”. E nessa esfera, o princípio regente “não é nem o da igualdade, nem o da diferenciação, mas o da *exclusividade*”⁶⁸, princípio esse que Hannah Arendt sugere como “limite ao direito de informação através da ponderação de que a vida íntima não é de interesse público.” Exatamente por isso ela sustenta ser “válido manter longe do público, portanto na sombra e na penumbra, aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, que se vê lesado e agredido quando violado e divulgado”⁶⁹.

10 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da constitucionalização do direito privado, ao implicar a leitura do direito civil (centro do direito privado) à luz da tábua axiológica da constituição, apresenta um direcionamento bastante claro, pois implica

⁶⁶O advento da esfera social é tratada magistralmente por Hannah Arendt em seu clássico *A condição humana*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, pág. 46 e seg.

⁶⁷Na síntese fornecida por Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 267.

⁶⁸*Op. loc. cit.* Sobre o princípio da exclusividade, veja-se também o excelente ensaio de Maria Isabel de Azevedo Souza, “O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado”, in: Judith Martins-Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, cit., p. 306-336.

⁶⁹*Op. cit.*, p. 268. A esse respeito, famosas no espaço jurídico norte-americano são as palavras do voto vencido de Louis Brandeis, na Suprema Corte, defendendo, em 1928, a inconstitucionalidade da interceptação telefônica: “The makers of our Constitution sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations”, e para tal fim “they conferred, as against the Government, **the right to be let alone** – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men” (g.n.) (caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 [1928]), *apud* Enzo Ropo, “I diritti della personalità”, in: A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 104.

um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica (no mínimo) e com a efetividade social dos direitos fundamentais. É nessa senda se percebe a contribuição de tradições jurídicas distintas, numa enésima demonstração de que não há como se compreender o Direito apenas a partir da sua vertente legislativa nacional. O direito comparado mostra-se cada vez mais uma ferramenta fundamental para a compreensão do próprio direito nacional em que se situa o intérprete, diante do fenômeno da crescente e intensa circulação de modelos jurídicos.

Relativamente aos direitos fundamentais, Jorge Miranda⁷⁰ identifica o cristianismo e o humanismo renascentista como representativo do ‘fundo de valores’ que estão na origem da formação e do triunfo generalizado do seu conceito moderno, ressaltando que “as duas linhas de força mais próximas (...) são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (*da Magna Charta ao Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa”.

Não mais é discutível a afirmação de que constitui um dever para o poder público a proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas. Discute-se, apenas, a questão sobre se tal proteção depende da intermediação do legislador, em homenagem ao valor da certeza e previsibilidade, ou se os juízes podem aplicar diretamente a norma fundamental. Há quem entenda que “o juiz somente é o garante da liberdade quando decide conforme à Constituição e segundo a lei.” Isto porque “a indeterminação e abstração inerentes à norma constitucional conduziria à supressão, se assim não fora, da liberdade do sujeito, cujo status ficaria completamente à mercê da discricção dos juízes⁷¹.”

Todavia, “admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* em determinadas hipóteses, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação destes direitos através da lei”. É isso parece evidente, uma vez que “ambas modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e o mais conveniente também) é que seja o legislador a concretizar o alcance dos diferentes direitos nas

⁷⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, 3. ed., p. 21.

⁷¹CAMPO, Javier Jiménez, emérito professor da Facultad de Derecho de Valladolid, no prólogo à monumental obra de UBILLOS, Juan María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales(...)* cit., p. 24.

Aliás, essa preocupação com o enorme poder que a hermenêutica constitucional coloca nas mãos da magistratura é constante na literatura espanhola. Depois de referir que “la necesidad de ‘constitucionalizar’ el ordenamiento conduce a la interpretación de todas las normas que lo componen de conformidad con los preceptos de la Constitución, que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación, lo que proporciona ao juez, que es el intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de extraer de ellas su sentido”, Manuel Aragón-Reyes acaba por defender o controle de constitucionalidade fique restrito apenas aos doze membros do Tribunal Constitucional espanhol, e não difuso por todo o corpo da magistratura, para evitar que a jurisdição se imponha sobre a legislação, que seria por natureza mais democrática – “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, capítulo de seu livro *Estudios de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 176 e 177.

relações de Direito Privado”. O problema todo surge quando isso não ocorre⁷². Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a idéia de que quando inexistente a *interpositio legislatoris*, “as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente. O que não posso compartilhar é a postura de quem exclui, de início, qualquer possibilidade de eficácia imediata⁷³.”

11 CONCLUSÃO

O tema abordado é vastíssimo e permitiria inúmeras conclusões. Pretendo, porém, cingir-me a apenas algumas, que penso serem as mais importantes.

Apesar do ocaso das grandes dicotomias, da inexistência de fronteiras rígidas entre o público e o privado, dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, assim como do movimento em direção à constitucionalização do direito privado, percebe-se que ainda persiste o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional. Trata-se de um direito, porém, que perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.

Do ponto de vista das estruturas dogmáticas do Direito objetivo, percebe-se uma evolução no sentido da despatrimonialização do direito civil, em função do advento do correlato movimento em prol da sua repersonalização, ou seja, a tutela das situações patrimoniais deixa de estar no centro das preocupações jurídicas, pois, a partir de uma visão constitucionalizada do direito privado, a primazia passa para as situações não-patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, o direito privado passa a proteger de forma intensa as crianças e os adolescentes (ECA), os consumidores (CDC), os não-proprietários (Lei de locações, legislação sobre arrendamento rural e parcerias agrárias), procura-se dar uma maior tutela aos direitos da personalidade (NCC, arts. 11 a 21),

⁷²Ótimo, a respeito desse tema, o ensaio de J.J. Gomes Canotilho intitulado “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas”, inserido na obra coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367. Nesse ensaio, Canotilho invoca o jocoso verso da música de Chico Buarque, onde o compositor canta “Deus dará, Deus dará – e se Deus não der?”, como mote para desenvolver suas reflexões.

⁷³UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales(...)*, cit., p. 29.

às vítimas de danos (já que a nova responsabilidade civil⁷⁴ tem compromisso com as vítimas, buscando garantir a reparação/compensação de qualquer dano injusto, relativizando-se a visão clássica que partia do enfoque sobre o agente causador do dano e que sempre exigia a presença de uma culpa).

Do ponto de vista finalístico, o Direito deixa de ser apenas um mecanismo de conservação do existente, pois, como refere Cláudia Lima Marques⁷⁵, ele também pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia à dignidade da pessoa humana, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado. O direito, assim, pode ter uma função emancipatória, que historicamente lhe foi sonogado. Basta que o intérprete disso se conscientize e preste sua adesão ao programa transformador da constituição brasileira em vigor.

Do ponto de vista dos operadores jurídicos, trata-se de afirmar que o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos. Isso significa, necessariamente, que a magistratura necessariamente deve ser co-partícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania.

Aliás, como refere Cármen Lúcia Antunes Rocha⁷⁶, “o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais”, competindo-lhe “fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional”, cabendo “ao Judiciário a tarefa de oferecer respostas concretas e historicamente engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas”. Até porque, como magistralmente salienta Fachin, trata-se de “não só interpretar a realidade social mas também transformá-la”⁷⁷. Ou procede assim, ou a magistratura ver-se-á espelhada no

⁷⁴Sobre esse enfoque da responsabilidade civil, seja-me permitido remeter o leitor interessado ao trabalho intitulado “Da responsabilidade civil no novo Código”, de minha autoria, inserida na obra coletiva *O novo Código Civil e a Constituição*, organizada pelo Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 151-198.

⁷⁵Cláudia Lima Marques, *Apresentação* à tradução da obra do prof. argentino Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 38. No mesmo sentido orienta-se Maria Celina Bodin de Moraes, ao referir que cabe ao legislador não apenas se esforçar por refletir a realidade mas, também, conscientemente, buscar a sua transformação. O direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade – “Constituição e Direito Civil ..”, *cit.*, p. 56.

⁷⁶Cármen Lúcia Antunes Rocha, “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 16, p. 39-66, p. 55.

⁷⁷FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro:

diálogo imaginado por José Saramago⁷⁸: “Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (e Deus) falando à multidão, anunciou: “A partir de hoje chamar-me-eis Justiça”. E a multidão respondeu-lhe: “Justiça, já nós a temos, e não nos atende”. Disse Deus: “Sendo assim, tomarei o nome Direito.” E a multidão tornou a responder-lhe: “Direito, já nós o temos, e não nos conhece”. E Deus: “Nesse caso, ficarei com o nome Caridade, que é um nome bonito.” Disse a multidão: “Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite”.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

ALPA, Guido. “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, in: *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995, p. 35-54.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik” (“Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais”), in: Massimo La Torre e Antonino Spadaro (org.): *La ragionevolezza nel diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, p. 27-44.

AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”, in *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, vol. 63.

ARAGÓN-REYES, Manuel. *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARANGIO-RUIZ, V. & GUARINO, Antonio (org.) *Breviarium Iuris Romani*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 18.03.2012.

BARROSO, Luís Roberto. “A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo

Renovar, 2000, p. 2.

⁷⁸José Saramago. *Terra, Sebastião Salgado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 10-11.

contemporâneo”, in: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BEVILACQUA, Clóvis. “A Constituição e o Código Civil”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 97 (1935), n. 34, p. 31-38.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

BOBBIO, Norberto. “A grande dicotomia: público/privado”. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica]*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 [1987], 3. ed.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant (Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant)*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: UNB-Polis, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, 11. ed.

CAENEGEN, Raoul C. van. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CAMPO, Javier Jiménez. Prólogo ao livro de Juan María Bilbao UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análise de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANOTILHO, José J. Gomes. “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas”, in: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.): *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367.

CANONILHO, José J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994, reimpressão.

CANOTILHO, José J. Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”, in: Eros R. Grau e Willis S. Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 108- 115.

CARBONNIER, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Trad. it.: *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*. Milano: Giuffrè, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d.

- CASSESE, Sabino. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari: Laterza, 1998, 3. ed.
- CASTRO, Federico de. “El Derecho civil y la Constitución”, in: *Revista de Derecho Privado*, n. 257 (1935), p. 3 s.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DUVERGER, Maurice. *Les constitutions de la France*, trad. it. *Le costituzioni della Francia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- FACCHINI NETO, Eugênio. “E o Juiz não é só de Direito ...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade)”, in: ZIMERMAN, David & COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2002, p. 396-413.
- FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo Código”, in: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 151-198.
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERONI, Ginevra Cerrina. *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca – Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, 2. ed. da trad. esp. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, in: Pietro Costa e Danilo Zolo (org.): *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*. Milano: G. Feltrinelli Editore, 2002, p. 349-386.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., [1986] 1991.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La costituzione come norma giuridica”, in: E. García de Enterría e Alberto Predieri (org.), *La Costituzione Spagnola del 1978*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 71-131.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1986.
- GIORGIANNI, Michele. “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1.961, p. 400-420.
- GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*.

4ª. Ed. Mexico: Editorial Trotta, 2009.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, 4. ed.

JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”, *Revista dos Tribunais*, v. 759, (jan. 1999), p. 24-40.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (4ª reimpressão, 2001).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Constitucionalização do direito civil”, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 99-109.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano, livro 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law (1861)*, trad. it. *Diritto Antico*. Milano: Giuffrè, 1998.

MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts – a Comparative Introduction*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. *Apresentação à obra de Ricardo Luis Lorenzetti, Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, 3. ed..

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho de um direito civil constitucional”. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65 (1993).

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e Direito Civil: tendências”, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 779 (set. de 2000), p. 46-63.

PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. “Editoriale”, *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, n. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]*, trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAISER, Ludwig, “La costituzione e il diritto privato”, in: *Die Aufgabe des Privatrechts*, (trad. it. *Il compito del diritto privato*). Milano: Giuffrè, 1990.

RIGAUX, François. “La liberté de la vie privée”, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-1991, p. 539-563.

RIVERA, Julio César. “El derecho privado constitucional”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 725 (mar.1996), p. 11-28.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 16, p. 39-66.

ROPO, Enzo. “I diritti della personalità”, in: A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 99-122.

SALDANHA, Nelson. “Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante”, in: *Revista de Direito Público*, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-março de 1987.

SARAMAGO, José. *Terra, Sebastião Salgado*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Michele Costa da. “As grandes metáforas da bipolaridade”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo, “O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado”, in: Judith Martins-Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 306-336.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, in: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOBEÑAS, Castán. “Nota bibliográfica a la obra de Battlé y Vázquez, M.: *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*”, in: *Revista de Derecho Privado*, n. 237 (1933), p. 189 s.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análise de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

WALTER, Gerhard, “L’influenza della costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca”, in A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 167-197.

ZACCARIA, Alessio. “Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno”, in: *Rivista di Diritto Civile*, 1997, fasc. 3 (maggio-giugno), p. 367-383.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZANFARINO, Antonio, *La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant*. Milano: Giuffrè, 1961.