

## *A constitucionalização do direito civil* \*

Inocência Mártires Coelho

O tema da *constitucionalização do direito civil*, muito embora tenha adquirido ênfase nos últimos tempos – no Brasil, pelo menos, as obras de maior relevo são de publicação relativamente recente – em verdade é um assunto que, de certa forma, pode-se considerar velho de alguns anos. Quando mais não seja, parece correto dizer-se que essa problemática se fez presente aos juristas de maior expressão desde a primeira metade do século passado, no contexto da chamada *publicização* do direito privado, um fenômeno de maior amplitude que o civilista Gaston Morin<sup>1</sup>, com rara felicidade, batizou com uma frase que se tornou célebre – *a revolta dos fatos contra o código* – para realçar a crescente desarmonia que, àquela época, já se evidenciava entre o Código de Napoleão e as necessidades de um mundo que se transformava em ritmo acelerado, provocando problemas que o texto codificado não tinha condições de resolver a contento.

Daí a sua inevitável ultrapassagem, inicialmente, e como de costume, pelos avanços da jurisprudência e, logo a seguir, sob a inspiração desse trabalho pretoriano, também por meio de leis especiais. Tudo somado, o que se via era o surgimento de uma nova ordem jurídica, que se construía quase às escondidas, no dizer de Morin – exatamente como já ocorrera noutros tempos e noutros lugares –, por meio de presunções e de ficções jurídicas, de autênticas simulações, que, aparentemente, respeitavam o Código, mas em verdade o ladeavam a mais não poder, na exata medida em que o seu texto, mesmo reverenciado, não oferecia respostas adequadas aos problemas que, a todo instante, surpreendiam os juristas na emergente sociedade industrial.

Para conjurar esse estado de coisas, tornava-se imperioso rever, prontamente, pelo menos os conceitos básicos de *contrato*, de *propriedade* e de *responsabilidade*, por se tratar de categorias jurídicas fundamentais que foram elaboradas em plena vigência

---

\* Comunicação apresentada no Seminário Internacional Italo-Ibero-Brasileiro, sobre o tema *Direito Público e Direito Privado: uma dicotomia superada no direito contemporâneo?*, realizado em Brasília de 26 a 28/08/04.

<sup>1</sup> *La Révolte du Droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*. Paris: Sirey, 1945.

do individualismo jurídico e, por isso mesmo, não se mostravam aptas para enfrentar os desafios decorrentes da passagem do Estado liberal ao Estado social.

Noutras palavras, como deixara de haver a necessária correspondência entre a infra-estrutura social e o sistema jurídico formalmente em vigor – gerando o que muitos chamaram a crise do direito liberal-burguês – cuidaram os espíritos mais lúcidos de construir novos paradigmas ou, se preferirmos, de criar modelos jurídicos capazes de suprir as carências do antigo sistema e, ao mesmo tempo, dialeticamente, levar adiante, transformadas e enriquecidas pelas novas reflexões, as grandes conquistas do regime em vias de superação.

Nesse contexto, em que pesem pequenas diferenças de enfoque – até porque, em conjunto, o sistema ainda funcionava bem – não foram poucos os juristas a engendrar fórmulas que, sem ferir o espírito do código, restringissem a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, assim como os poderes, quase absolutos, de que desfrutavam os proprietários; ao mesmo tempo, e sob idêntica preocupação, digamos *socializadora*, ampliou-se o alcance da responsabilidade civil, que até então estivera jungida exclusivamente à idéia subjetiva de culpa e, doravante, passou a se inspirar no conceito objetivo de risco, principalmente nos casos de acidentes no trabalho e nos transportes coletivos.

O registro dessa revolução cautelosa, mas nem por isso menos profunda, pode ser encontrado nos mais diversos civilistas, como no próprio Gaston Morin<sup>2</sup>, em Léon Husson<sup>3</sup> ou em René Savatier<sup>4</sup>, neste último em dois pequenos ensaios que se tornaram clássicos e cujos títulos até certo ponto nos dispensam de explicar-lhes o conteúdo – *Du Droit Civil au Droit Public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile* e *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*.

Trata-se de estudos relativamente curtos, mas nem por isso menos profundos, a serem lidos com toda a atenção, quando mais não seja para esclarecer que a chamada *constitucionalização do direito civil*, por muitos havida e tratada como novidade, a rigor não passa de um epifenômeno da velha, fecunda e, ao que parece, interminável *publicização do direito privado*, um movimento que, insista-se, começou pela jurisprudência, a seguir conquistou a legislação ordinária e só mais tarde logrou

---

<sup>2</sup> La Révolte du Droit contre le Code, cit.

<sup>3</sup> Les transformations de la Responsabilité. Paris, PUF, 1947.

<sup>4</sup> Du Droit Civil au Droit Public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile. Paris: LGDJ, 1950; Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris: LGDJ, 1950.

ingressar no texto das constituições. Sirva-nos de exemplo, no particular, o Brasil, onde dois dos maiores avanços no direito de família – o reconhecimento das uniões estáveis como entidades familiares e a proclamação da igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento – foram alcançados primeiro no âmbito da jurisprudência, depois em sede legislativa e só em 1988 conseguiram chegar diretamente à Constituição.<sup>5</sup>

Para que essa afirmação não pareça gratuita ou até mesmo caprichosa, vale ter presente o que disse Savatier acerca de alguns institutos que, muito embora sejam tidos e havidos como filhos exclusivos do direito privado, em verdade possuem um *dna* que é típico do direito público. A propósito, observa aquele ilustre civilista que, na Roma antiga, o *jus civile*, o direito dos cidadãos, era essencialmente uma noção de direito público; que o cidadão era aquele que fazia parte de uma cidade ou de um Estado, onde gozava de privilégios; que, ostentando esse *status*, ele se opunha aos escravos e aos peregrinos; que os direitos a ele reconhecidos eram, no fundo, privilégios de direito público; e que, enfim, a propriedade sobre a qual se exercia o domínio aparecia, também ela, como privilégio do cidadão, vale dizer, como um atributo de direito público.

Então, no fundo, pelo menos a nosso ver, qualquer tentativa de sistematizar o estudo da chamada constitucionalização do direito civil não pode prescindir de seu ancoramento na Teoria do Estado e da Constituição, em cujo âmbito se torna claro que as transformações ocorridas no direito privado, muito embora em alguns casos se mostrem pioneiras e, nessa condição, cheguem a influenciar as concepções de direito público, no mais das vezes apenas refletem as mudanças de paradigma sobre o papel do Estado na vida dos cidadãos.

Vistas as coisas a essa luz, pode-se dizer, por exemplo, que os modelos históricos do Estado de direito – liberal, social e democrático – determinaram, por via de consequência, correspondentes mudanças nas idéias e nas instituições jurídicas; imediatamente, no âmbito do direito público e, logo a seguir, quando não simultaneamente, também na esfera do direito privado, com destaque para as matérias atinentes à *pessoa*, à *família* e ao *patrimônio*, que constituem o conteúdo essencial de direito civil hoje incorporado nas constituições.

A propósito, mesmo uma olhada ligeira sobre o texto da nossa Constituição evidenciará que ela dedicou especial atenção a essa temática, como de resto fizeram

---

<sup>5</sup> Ver, entre outros, *O Direito de Família após a Constituição de 1988*. Antônio Carlos Mathias Castro (Org.). São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, e *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

muitas outras cartas políticas, sobretudo as do segundo pós-guerra, que não mediram esforços nem recearam críticas no obstinado afã de constitucionalizar todo o conjunto da vida social.<sup>6</sup>

No que respeita ao *indivíduo*, esse intuito começa com a proclamação de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos, e certamente o mais importante, do nosso Estado democrático de direito; quanto à *família*, elegendo-a como instituição básica da sociedade e, por isso, merecedora de especial proteção do Estado; com relação ao *patrimônio*, finalmente, ao declarar que a propriedade privada tem função social, o que significa dizer – invocando ensinamento de João Paulo I – que sobre ela pesa uma hipoteca social.

Sabendo-se, por outro lado, que a constituição, como norma básica do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que lhe serve de fundamento de validade, funciona também como a *fórmula política* que orienta não apenas a sua própria interpretação realizadora, mas também a de toda a normatividade infraconstitucional, fácil é deduzir-se que quaisquer matérias, mesmo aquelas não *constitucionalizadas* expressamente, não se ser compreendidas à luz dos vetores hermenêuticos que emergem da letra e do espírito da lei maior.

Se, além disso, certos temas merecerem especial atenção do constituinte, a ponto de figurarem expressamente no texto da lei maior – como é o caso, entre nós, da pessoa, da família e da propriedade – com muito maior cuidado eles haverão de ser tratados pelos operadores jurídicos, em geral, e pelos intérpretes da constituição em particular, porque essa *constitucionalização* implica a incidência direta e/ou imediata das regras, dos princípios e dos valores constitucionais sobre as normas de menor hierarquia que as tenham por objeto.

Noutras palavras, desde os textos mais abrangentes, como os preceitos do Código Civil – que é a *constituição do homem comum* – até as mais particulares e diminutas regulamentações, aquelas direcionadas a grupos específicos, todos esses corpos jurídicos não de ser interpretados em estrita conformidade com a carta política ou, se preferirmos, com absoluto respeito à força normativa da constituição.

Afinal de contas, o que significa o crescente reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? Nada mais, nada menos, do que a aceitação de que, mesmo nesse domínio – antes entregue à autonomia da vontade e à liberdade de contratar – têm plena e imediata incidência os preceitos da lei maior,

---

<sup>6</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch. *Les Constitutions Européennes*. Paris: PUF, 1951, pág. 17.

independente de qualquer mediação do legislador, de resto tradicionalmente moroso em oferecer respostas às sempre renovadas exigências da vida social.

Portanto, e para concluir, vale dizer o que afirmamos no início desta intervenção: a decantada *constitucionalização do direito civil*, apesar da merecida atenção que tem recebido de inúmeros juristas, não é algo que se possa considerar inteiramente novo, nem muito menos revolucionário; antes se insere no âmbito de um fenômeno mais antigo, mais amplo e de maior significado para as idéias e as instituições jurídicas: a fecunda *publicização do direito privado*, um movimento que, no Brasil como alhures, vem acompanhando, *pari passu*, as constantes mudanças nas relações entre o indivíduo e o Estado, a liberdade e o poder.

\* \* \*