

# A Caminho de um Direito Civil Constitucional\*

Maria Celina B. Moraes

1. Sobre a noção de Direito Civil: dificuldades conceituais e transformações. A importância do Código Napoleão; a chamada "publicização" do Direito Civil; a concepção moderna – 2. A unidade do ordenamento jurídico e a superação da clássica dicotomia Direito Público-Direito Privado. Os novos termos da questão: distinção meramente quantitativa. A prioridade dos valores existenciais – 3. Natureza jurídica da normativa constitucional. Sua hierarquia e seu papel na Teoria das Fontes. A aplicação direta da Constituição. O "Direito Civil Constitucionalizado" – 4. A aplicação direta da Constituição nas relações interpriadas. Hipóteses de aplicação na Doutrina e na Jurisprudência.

## **1. Sobre a noção de Direito Civil: dificuldades conceituais e transformações. A importância do Código Napoleão; a chamada "publicização" do Direito Civil; a concepção moderna.**

Convém, inicialmente, examinar o conceito de direito civil. A tarefa, que parece simples à primeira vista, suscita certo embaraço, diante das controvérsias em torno de uma unidade conceitual, "compreensiva de suas genuínas funções"(1). O Jurista, tanto mais o civilista, sabe que a noção se explica melhor através da história das instituições do que mediante uma discriminação racional de conteúdo.(2) Reconhece-se, como insuficiente, desde logo, a mera repetição de antigos enunciados, superados pelo tempo, impondo-se a necessidade de procurar focalizar a moderna fisionomia do direito, civil.

Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat(3) – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo

---

\* O presente trabalho foi publicado na *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

inserto no Code(4) e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX.  
(5)

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social. Emblemática, em propósito, é a concepção que no Code se tem da propriedade, seu instituto central, ali definida como o "direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta".(6)

Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.(7)

Nada mais diverso da concepção moderna: irreconhecível seria para os interpretes du Code a nova feição do direito civil, atualmente considerado, simplesmente, como uma série de regras dirigidas a disciplinar algumas das atividades da vida social, idôneas a satisfazer os interesses dos indivíduos e de grupos organizados, através da utilização de determinados instrumentos jurídicos.(8) Afastou-se do campo de direito civil (propriamente dito) aquilo que era a sua real nota sonante, isto é, a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável através da predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.

O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica

entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.

Todavia, parece questionável que tamanha mutação tenha advindo, exclusivamente, da chamada "publicização" do direito privado, como comumente se atribui.(9) Diversamente, talvez haja decorrido de uma mudança interna, na própria estrutura do direito civil, tornando alteradas, desse modo, suas relações com o direito público.(10) Em primeiro lugar, como se sabe, os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo.(11) Além disso, a concepção de proteção da vida individual – construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção de integração do homem na sociedade, substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento, em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado.(12)

De conseqüência, o processo de transformação econômica, social e jurídica, que se iniciou na 1.<sup>a</sup> Grande Guerra, já não encontrou o direito civil incólume, sendo certo, ao contrário, o forte impacto sentido em suas estruturas – contrato e propriedade privada – por obra daquelas mudanças conceituais havidas no seio da sociedade.(13) De um lado, o florescimento da idéia moderna de Estado, assumindo funções antes deixadas à iniciativa privada. De outro, no que se refere ao antigo conteúdo do direito civil, a reviravolta da noção de direito subjetivo, de senhoria (poder) da vontade(14) a interesse juridicamente protegido(15) e, finalmente, às formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo.(16)

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente—ao invés de razão primordial—das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.(17)

## **2. A unidade do ordenamento jurídico e a superação da clássica dicotomia Direito Público- Direito Privado. Os novos termos da questão: distinção meramente quantitativa. A prioridade dos valores existenciais**

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas(18), como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico.(19) Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (*Grundnorm*) (20), fator determinante de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema).(21) A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas

objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instancia a que foi dada a legitimidade para "revalidar" a ordem jurídica.(22)

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado.(23) Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um "mondo in frammenti"(24), logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário.

Não se deve, por outro lado, temer a admoestação de Pugliatti, segundo a qual "negata la distinzione (pubblico-privato), si dissolve il diritto", (25) porque são os valores constitucionais que irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas no que se refere à regulamentação do caso concreto. Não há, assim, que se resguardar uma esfera da outra, proteger o direito privado das invasões da esfera pública, porque também os poderes públicos, como é notório, devem respeito às opções (político-) normativas do legislador constitucional.

Conseqüentemente, a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada.(26) A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

Com cada vez maior freqüência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários,(27) seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de

negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.  
(28)

Além disso, o fenômeno do intervencionismo tornou-se um dos principais mecanismos através dos quais se realiza a justiça distributiva, conforme exige o ditado constitucional. Com efeito, para se desincumbir da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, consistente em "superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social",<sup>(29)</sup> o Poder Público utiliza, como instrumento privilegiado, a intervenção na ordem econômica.<sup>(30)</sup> Aliás, a convicção de que o Estado, em um regime democrático, não possa se furtar do dever de intervir (promocionalmente) no desenvolvimento da economia, predomina hoje nas principais correntes do pensamento contemporâneo.<sup>(31)</sup>

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. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial—isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade — se transforma em distinção meramente "quantitativa": há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.<sup>(32)</sup>

Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana — isto é, os valores existenciais — no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de "despatrimonialização" do direito privado,(33) em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.(34)

Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional.(35)

### **3. Natureza Jurídica da normativa constitucional. Sua hierarquia e seu papel na Teoria das Fontes. A aplicação direta da Constituição. O "Direito Civil Constitucionalizado"**

O enfoque proposto desponta como um caminho obrigatório, inelutável mesmo, em razão da evidente—e, no entanto, tão fortemente combatida — natureza normativa dos enunciados constitucionais.

A vertente programática, hoje afinal esvaziada, por longo tempo impediu que se aproveitasse plenamente o documento constitucional, atribuindo características de linha de tendência política, ou mero ideário não jurídico, às disposições hierarquicamente superiores, que se encontram no ápice do ordenamento.(36) Tal deformação, que é "antes

tributária de imprecisão técnica do que de uma construção científica apta a justificá-la"(37) tem sido, contudo, objeto dos devidos reparos e, logo, ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo e que "as normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade"(38) do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas.(39)

Grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em tomo do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade.(40) As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípua seu papel na teoria das fontes do direito civil.

Aos que criticam tal visão, advertindo que a constitucionalização de todos os setores das disciplinas jurídicas geraria a "hiperinterpretação" do documento constitucional,(41) deve-se contrapor que a uniformidade do ordenamento jurídico consiste exatamente em utilizar todo o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda legislação.(42)

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário,(43) sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema.

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação

Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado.(44)

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da Pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária da lógica produtivista, empresarial (era uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil.

Emblemática aplicação desta inversão dos valores no ordenamento, a nova lei sobre o bem de família (Lei 8009, de 29.3.90) estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, não respondendo, salvo exceções expressamente previstas, por "qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam" (art. 1º).

Tais são os fundamentos daquilo que se começa a delinear como a fundação de um "direito civil constitucionalizado", um direito civil efetivamente transformado pela normativa constitucional.(45)

#### **4. Aplicação direta da Constituição nas relações interprivadas. Hipóteses de Aplicação na Doutrina e na Jurisprudência**

Cumpra, finalmente, verificar de que modo e consoante que técnica se torna possível aplicar as regras constitucionais no campo do direito civil.

A primeira referência diz respeito à teoria da interpretação, ao art. 5.º da LICC, dispositivo que, regulando a aplicação das normas jurídicas, serve de porta de entrada para os valores constitucionais na legislação civil, ao determinar que, "na aplicação da lei, o Juiz atenderá (46) aos fins sociais e às exigências do bem comum".

As finalidades sociais da norma e exigências do bem comum foram já delimitadas pelo legislador constituinte quando da elaboração do Texto Constitucional. Do que resulta que, a teor do disposto, a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na sua recriação pelo Juiz, não resta submetida ao livre arbítrio do Magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico.

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.

Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, 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.

Tais técnicas de aplicação do direito, instrumentos hermenêuticos obrigatórios, apresentam-se ainda reforçados pela possibilidade que o ordenamento concede ao Juiz de considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade. Cabe, pois, também ao Magistrado a operação de controle e verificação do respeito à supremacia do documento constitucional.

A aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas tem sido realizada, atualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos do direito civil, da propriedade ao direito de família, das sucessões à responsabilidade civil. Mais os Tribunais do que os juristas têm procedido à ingente e imperiosa tarefa de reler o Código Civil e as leis especiais civis à luz da Constituição Federal.

No direito de família, cumpre assinalar a perspectiva de "repersonalização" das relações de família, recentemente defendida, (47) através da qual demonstrado o forte "conteúdo patrimonializante" das relações reguladas pelo direito de família tradicional como, por exemplo, o fato de que boa parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges como valor adotado", (48) se sustenta, em última análise, a prevalência dos valores existenciais: "Esses tipos de impedimento não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio de liberdade estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social (...) Não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas". (49) Em conclusão, afirma-se: "O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social". (50)

Outra doutrina, ainda no âmbito das relações de família, aponta a completa substituição, empreendida pelo Texto Constitucional, da "família-instituição" tutelada em si mesma, pela "família-instrumento", voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (51) Cotejando as antigas noções, estabelecidas pelo Código Civil, com as disposições constitucionais, verifica-se a presença de "uma inflexão relativamente à política legislativa do passado", (52) deslocando-se a proteção do Estado para "a família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus componentes; nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológica e a unicidade patrimonial são aspectos secundários". (53) Segundo esta ótica, a instituição familiar recebe a proteção legal se e enquanto mantém seu caráter de instrumento para o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais, que dizem respeito à personalidade de seus membros, em detrimento das relações de dependência econômica, hoje não mais prioritariamente tuteladas.

Interessante hipótese, examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, (54) refere-se à interpretação, à luz da Constituição, do art. 1.719, III, CC, a teor do qual se proíbe a deixa testamentária à concubina de testador casado. Demonstrando a necessidade de diferenciar as figuras da concubina e da companheira, aquela "a amante, mulher dos encontros,

velados, do lar clandestino", esta "mulher que se une ao homem já separado de fato da esposa", afirma-se imperioso proceder, no entendimento do preceito, à exclusão da companheira, porque a "união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar (art. 226, § 3.º Const.), em inequívoca demonstração de que o legislador constituinte, sensível à realidade vivenciada pela sociedade, consagrou esse relacionamento como credor da proteção do Estado. E este, através de sua função jurisdicional, quando interpreta restritivamente o impedimento consignado no art. 1.719, III, CCb, cumpre o desiderato constitucional".

Em ação de responsabilidade civil, em que se pleiteava indenização do Estado por ferimentos causados por projétil de arma de fogo disparado contra a vítima quando trafegava em via pública, acarretando-lhe paraplegia, entendeu-se que, não obstante ter restado indemonstrado o nexo de causalidade, é aplicável diretamente à espécie o art. 203, V, CF para garantir à vítima, como pessoa portadora de deficiência que não pode arcar com a própria manutenção, o benefício mensal de um salário mínimo.(55) Serviu de fundamento para a decisão o art. 126 do CPC, segundo o qual no julgamento da lide cabe ao Juiz aplicar as normas legais: "Portanto, no conceito do art. 126 incluem-se suas variadas categorias, como as constitucionais, complementares à Constituição, ordinárias, delegadas, decretos legislativos, decretos e regulamentos. Havendo norma legal acerca do assunto submetido ao Juiz não poderá ele deixar de aplicá-la".(56)

Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para a reconstrução do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

Ao propósito, indagou-se "qual a concreta disciplina a ser aplicada no conflito de interesses que envolva a questão da propriedade, vale dizer, se permanece o Código Civil, ou as leis especiais, como centro regulamentador do instituto, em relação ao qual a Constituição funcionaria como mero limite para o legislador ordinário ou se, ao contrário, a nova Constituição teria assumido em papel disciplinador ativo e ostensivo no tocante à propriedade privada".(57)

Em razão da supremacia da Constituição, que passou a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado, a lógica da propriedade privada deve obsequiar a regulamentação lá estabelecida, que determina um novo regime jurídico para a matéria. Assim, "as normas de direito privado sobre a propriedade hão de ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe".(58)

Reformulando, pois, a antiga concepção, pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo,(59) determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que, "o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários".(60)

Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular "sensibilidade constitucional"(61) que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição.

NOTAS DE RODAPÉ

\* O presente trabalho foi publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. 1.º, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ.

1. Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, vol. 1.º, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 27.
2. É o que adverte R. Savatier, Du Droit Civil au Droit Public, Paris, LGDJ, 1950, 2.<sup>a</sup> ed., p.
3. Assinala a evolução histórica do conceito Hernández Gil, El Concepto del Derecho Civil, citado por Serpa Lopes, ob. cit., p. 28. V., também, C. M. Silva Pereira, Instituições de Direito Civil I, Rio de Janeiro, Forense, ed. univ., 1989, p. 15 e ss.
3. Le Leggi Civili nel Loro Ordine Naturale, trad. it. de A. Padovani, Pávia, Tip. Bizzoni, 1825, 7 vols.
4. Ao contrário do que se deduz vulgarmente, não provém do Direito Romano aquela delimitação de conteúdo. No Direito Romano, o jus civile, o direito dos cidadãos, era essencialmente uma noção de direito público. O cidadão romano opunha-se, ao escravo e ao peregrino e os seus direitos eram, no fundo, privilégios de direito público: cf. R. Savatier, e C.M. Silva Pereira, ob. cit., p. 16.
5. A influência do Código Civil francês não necessita maiores comprovações, encontrando-se bem resumida na frase de L Jossierand, Evolutions et Atualités, Paris, Sirey, 1936, p. 11: "Une ère nouvelle s'ouvrait pour le Droit privé, non seulement en France mais dans presque toute l'Europe, on pourrail dire dans le monde entier, car l'influence exercé par le nouveau Code se fit sentir, non seulement à l'intérieur de nos frontières, mais à peu près dans toute la communauté civilisée."
6. O art. 544 do Cade dispõe: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Mas afirma G. Ripert, Le Régime Démocratique e le Droit Civil Moderne, Paris. LGDI, 1948, p. 193, sobre a segunda pane do artigo: "La plupart des restrictions à l'exercise du droit de propriété édictées par le Code Civil sont uniquement dans l'intérêt des

voisins, c'est-à-dire dans l'intérêt de la propriété même, et elles sont appelées servitudes, pour bien marquer qu'elles sont contraires à la liberté naturelle des fonds".

7. M. Giorgianni. "Il diritto privato e i suoi attuali confini", in Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1961, p. 396.

8. Assim, M. Giorgianni, ob. cit., p. 398.

9. Isto é, decorrente exclusivamente do fenômeno de intervenção do Estado na economia com a conseqüente compressão da autonomia individual. Assim G. Ripert, *Le Déclin du Droit*, Paris, LGDJ, 1949, p. 37 e ss.; R. Savalier, *Du Droit Civil*, cit., passim.

10. Neste sentido, M. Giorgianni, *Il Diritto Pnvato*, cit., p. 398.

11. M. Giorgianni, ob. cit., p. 399.

12. Assim M. Pioget, *Travaux de l'association H. Capitant*, II, apud Serpa Lopes, ob. cit., p. 30 e C. Mortati, "La republica fondata sul lavoro", in *Politica del Diritto*, 1975, p. 27.

13. Para essa perspectiva, cf., M. Giorgianni, *Il Diritto Privato*, cit., pp. 405 e ss. Sobre as limitações impostas à autonomia privada, introduzidas por ocasião da 1ª Guerra, v. F. Vassalli, "Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privalo", in *Studi Giuridici*, II, Milão, Giuffrè, 1950, pp. 337 e ss.

14. B. Wirscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it. de Fadda e Bensa, vol. I, P. I, § 37, Turim, UTET. 1902. V. sobre a opinião do autor, os comentários dos tradutores italianos nas pp. 538 e ss.

15. R. Von Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*, "apud" C.M. Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1989, ed. univ., p 49.

16. F. Ferrara, *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, I, Roma, Athenaum, 1921, p. 295 e ss., espec. p. 325, para o qual "si ha diritto soggettivo tutte le volte che il titolare può invocare a suo vantaggio la realizzazione della norma."

17. Sustenta a aplicação direta da Constituição nas relações de direito privados na Itália entre outros, P. Perlingieri, *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*, Nápoles, ESI, 1985, passim.

18. V., em propósito, a análise fundamental de N. Irti, *L'età della Decodificazione*, Milão, Giuffrè, 1980.

19. Para esta concepção, v. H. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. port. de J. B. Machado, Coimbra, Armenio Amado, 1976, 4.<sup>a</sup> ed., p.74 e ss. e 267 e ss. V., tb., N. Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, UNB-polis, 1989. p.37 e ss, o qual afirma: "Cada ordenamento tem uma norma fundamental e 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' " (p. 49). No mesmo sentido: T. Ascarelli, "Norma giuridica e realtà sociale", in *Problemi Giuridici*, I, Milão, Giuffrè, 1959, p. 71; P. Perlingieri, *Tendenze e Metodi della Civilistica Italiana*, Napoles, ESI, 1979, p.58 e ss.

20. H. Kelsen, ob. cit., p. 285 e ss.

21. H. Kelsen, ob. cit., p.277 e ss.

22. H. Kelsen, ob. cit., p.298.

23. No mesmo sentido: F. Amaral, *Direito Civil Brasileiro, Introdução*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 150, o qual afirma: "Superando a clássica dicotomia direito público-direito privado, os princípios fundamentais do direito privado deslocam-se para os textos constitucionais".

24. N. Irti, "Il ritorno ad Itaca", in *Rassegna di Diritto Civile*, 1986, p.851 e ss.
25. Diritto pubblico e diritto privato, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milão, Giuffrè 1964, p. 697, que justifica sua posição advertindo que na Alemanha, sob o regime nacional-socialista, a distinção foi completamente negada, reduzindo-se o Direito à medida da *Gemeinschaft*, isto é, todo sob o signo do direito público.
26. Não se pode negar a existência de raízes culturais e de referências legislativas que tratam, ainda hoje, inteiras matérias em conformidade com a distinção direito público-direito privado. Todavia, não parecem mais aceitáveis considerando a unidade do ordenamento, nem a validade da *summa divisio*, nem os critérios clássicos de diferenciação.
27. Não são poucos os doutrinadores que se referem à "privatização" do direito público em virtude da freqüente utilização, das técnicas e instrumentos do direito privado no setor público. V., em propósito, F. Galgano, "pubblico e privato nell'organizzazione giuridica", in *Contratto e Impresa*, Pádua, Cedam, 1985, p. 358. Exemplo desta tendência se pode notar nas políticas de incentivo, onde os objetivos públicos são alcançados através de contratos de financiamento subsidiados, com a destinação do empréstimo estabelecida por lei. Seja consentido remeter, ao propósito, à nossa tese *Il Problema della Natura Ciuridica del Mutuo di Scopo Legak*, Università di Camerino 1985, *passim*. Sobre tal questão, v. tb., P. Pollice, *Soggetto Privato e Ausilio Finanziario Pubblico*, Nápoles, Jovene, 1984, pp. 72 e ss.
28. Do que se deduz que nem mesmo no âmbito do contrato e no da propriedade, considerados pontos cardeais do individualismo, se reconhece a presença do direito civil "puro", no sentido da concepção decorrente da Revolução Francesa.
29. Assim J. Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, Ed. RT, 1989, 5.ª ed., p. 108.

30. O art. 174 CF, ainda que considere o planejamento, isto é, a programação, puramente "indicativo para o setor privado", dispõe que o Estado é "o agente normativo e regulador da atividade econômica".

31. Mesmo entre os juristas conservadores, defensores da proteção à esfera privada, reconhece-se a imprescindibilidade da política intervencionista. V., em propósito, Santoro Passarelli, "Variazioni sul Contratto", in Riv Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1970, p. 8, o qual afirma que a constatação da impossibilidade prática de realizar os pressupostos para um correto funcionamento da economia de mercado e dos elevados custos econômicos e sociais de um sistema no qual a concorrência é, em boa parte, fictícia devido ao predomínio das contratações e coalizões monopolistas, induziu a reconhecer a exigência da participação do Estado na determinação e realização dos interesses econômicos, com um novo e diverso controle sobre o instrumento contratual.

32. P. Perlingieri, *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale* cit., p. 124.

33. P. Perlingieri. *Il Diritto Civile*, cit., passim. C. Donisi, "Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato" in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980, p. 680 e ss.

34. P. Perlingieri, *Tendenze e Metodi*, Cit., p. 106.

35. Anot. J. Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 107, que o princípio da legalidade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito: "É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais".

36. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 70, que denomina tal situação de "paradoxal equivocidade".

37. L. R. Barroso, ob. cit., p. 71.

38. L. R. Barroso, ob. cit., pp. 69-70.

39. Cf. L. R. Barroso, ob. cit., p. 72 o qual, tratando as causas da falta de efetividade crônica das normas constitucionais no Direito Brasileiro, analisa a questão das normas constitucionais materialmente inexeqüíveis e afirma que, nesses casos, o intérprete tende a negar seu caráter vinculativo, distorcendo o teor de juridicidade da norma constitucional: "No âmbito do direito civil, esse aspecto já foi amplamente elaborado e se encontra positivado em texto legal". O Autor aponta os arts. 116 e 1091 do CC.

40. K. Hesse, A Força Normativa da Constituição, trad. de G. Mendes, Porto Alegre. Sérgio Fabris, 1991; P. Perlingieri, Il Diritto Civile, Cit., p. 58 e ss. No Brasil, J. Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, S. Paulo, Ed. RT, 1982; L. R. Barroso. O Direito Constitucional, cit., passim e já Francisco Campos, Direito Constitucional e Ruy Barbosa, Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. 2º, citados por L R Barroso, ob. cit., p. 71, nota 13.

41. Cf., G. Tarrello, Sullo Stato dell'Organizzazione Giuridica, Bologna, Zanichelli, 1979. p. 6.

42. Assim, P. Perlingieri, Tendenze e Metodi, cit., p. 107.

43. É ainda a ótica da doutrina tradicional que pretende, assim, conservar "íntegro", isto é, sem alterações o corpo do direito civil.

44. R. Nicolò, "Diritto Civile". in Enciclopedia del Diritto, XII, Milão, Giuffrè, 1964. p. 908: "il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che, per definire l'oggetto della sua conoscenza, hanno l'he norme costituzionali che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti privati".

45. Para a perspectiva da aplicação direta da Constituição italiana de 1948 às relações privadas, v., por todos, P. Perlingieri, *Il Diritto Civile*, cit., passim.

46. Atente-se para a redação, que revela o teor imperativo da norma.

47. P. L. Neto Lobo, "A Repersonalização das Relações de Família", in C. A. Bittar (coord.), *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, S. Paulo. Saraiva, 1989, p. 53 e ss.

48. P. L. Neto Lobo, ob. cit., p. 65.

49. P. L. Neto Lobo. ob. cit.. p. 66.

51. G. Tepedino "A Tutela Jurídica da Filiação (Aspectos Constitucionais e Estatutários)", in T. Silva Pereira (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócio-Jurídicos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. pp. 265 e ss.

52. G. Tepedino, ob. cit., p. 273.

53. G. Tepedino, ob. cit., p. 274.

54. RE 196, de 8.8.89, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in *Rev. do Superior Tribunal de Justiça* 3/1.075

55. TJPA, Ap. 1.590/88. em 4.4.89, Rel. Des. Oto Sponholz, in *RF* 306/203.

56. Citando Celso A. Barbi.

57. Assim, G. Tepedino, "A Nova Propriedade", in *RF* 306, p. 73 e ss., o qual analisa o conceito da função social imposta pela Constituição à propriedade privada.

58. J. Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 242.

59. S Rodotà, *Il Terribile Diritto. Studi sulla Proprietà Privata*, Bolonha, Il Mulino, 1981, passim. Propugna por uma nova visão do direito de propriedade com o advento da Constituição, L. Roldão Freitas Gomes, o Estatuto da Propriedade perante o novo Ordenamento Constitucional Brasileiro", in RF 309/35 e ss.

60. G. Tepedino. *A Nova Propriedade*, cit., p. 76.

61. É a sugestão de P. Calamandrei, "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente", in Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1955, p. 273.

originalmente publicado na revista Quaestio Iuris