

O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.

Maiana Alves Pessoa

Advogada. Especialista em Direito do Estado.

Professora de Direito Civil do IBES – Instituto Baiano

1. Publicização do Direito Privado

A clássica bipartição romana do direito em público e privado não corresponde mais à realidade jurídica e não atende mais à complexidade das relações da sociedade moderna¹. Essa clássica distinção, na vida prática, não tem a importância que alguns juristas pretendem dar, pois o Direito deve ser entendido como um todo.² É nítida, pois, a superação da dicotomia direito público e privado, vislumbrando-se em alguns ramos da ciência jurídica, pontos comuns de contato com um e outro ramo.

No mundo atual, entre esses dois ramos grandes e tradicionais, encontra-se o Direito misto, por tutelar tanto o Direito Público quanto o Privado e possuir normas de ambos.

A superação dessa dicotomia se dá pela tendência hoje de alguns ramos do Direito que têm pontos de Direito Público e o Privado, resultando no avanço da sociedade, com relações cada vez mais complexas.

As entidades de Direito Público podem atuar como particulares e como tal devem ser tratadas, ficando sujeitas às leis de direito privado. Isso também ocorre no direito privado, onde o Estado pode impor sua vontade, reduzindo a autonomia do particular, formando os preceitos de ordem pública, com força obrigatória inderrogável pela vontade das partes, apesar de tratar-se de relações privadas.

A publicização deve ser entendida como um processo de intervenção legislativa infraconstitucional, diferente de outro fenômeno conhecido como constitucionalização que tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionais³.

Nota-se uma maior publicização do Direito Privado e cada vez mais o Estado intervém numa área que antes interessava apenas ao âmbito privado do indivíduo. Com efeito, a tendência agora é o Estado direcionar as condutas dos indivíduos e assim, a liberdade individual está cada vez menor e até mesmos princípios típicos do Direito Privado, como a autonomia da vontade nos contratos, têm sido enfraquecidos.

¹ Cristiano Chaves de Farias, **Direito civil, parte geral**, p. 34.

² Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil, parte geral**, p. 88.

³ Paulo Luiz Netto Lobo, em seu artigo **Constitucionalização do direito civil**.

Como decorrência, tem-se como exemplo o Direito Civil que engloba tanto princípios de direito privado como de direito público. Em que pesem encontrar-se no direito civil aquelas normas cogentes, de ordem pública, é nesse ramo do direito que as partes encontram extenso campo para expandir sua vontade, são as normas dispositivas, às quais as partes se prendem se não desejarem dispor diferentemente⁴.

2. A dicotomia do Direito Privado: As diferenças entre o Direito Civil e Comercial

A dicotomia do Direito Privado, mais debatida atualmente, é a separação entre Direito Civil e Comercial. Examinar-se-á primeiro as características particulares de cada um desses ramos.

No Direito Civil, preponderam-se as normas jurídicas reguladoras das atividades dos particulares, trata-se dos interesses individuais, malgrado existam também normas cogentes, de ordem pública e os interesses protegidos são privados, no relacionamento de indivíduo para indivíduo.⁵

Reitere-se que no Direito Civil, *ius civile*, tem como característica o nacionalismo, pois o alvo era o cidadão pátrio e suas relações no território nacional, tendo como base formal a rigidez legislativa. O Direito Civil identifica-se pela ação direta, um acordo de interesses individuais.

Já o direito comercial, *ius mercatorum*, tinha como base o universalismo, viabilizando relações de exportação e importação, a onerosidade, a informalidade. Esse ramo sofre influência da mediação, da especulação, da dinamicidade, da circulação dos bens.

A autonomia do Direito Comercial foi questão debatida durante muitos anos, mas hoje em dia não é mais questionada, entretanto, para muitos autores não se justifica a separação entre o Direito Civil e Comercial.

Nesse conceito, as razões para afirmar-se que o Direito Comercial é um ramo autônomo residem no fato de possuir institutos peculiares à vida comercial, incapazes de serem regidos por um direito comum, como as sociedades mercantis, a falência, a concordata e os títulos de crédito.

Na verdade, o que distingue as atividades civis das comerciais são os meios pelos quais se persegue o lucro, já que, no comércio, o lucro pressupõe operações de transformação ou circulação de riquezas, a intermediação, o que não se faz presente nas atividades civis.⁶

Sílvio Rodrigues, todavia, acrescenta que a independência entre o direito civil e comercial não é total, ressaltando que vários autores defendem a unificação do direito privado.⁷

Em suma, a unificação das normas desses dois ramos do direito não elimina a profunda distinção entre eles.

⁴ Sílvio de Salvo Venosa, **Direito civil, parte geral**, p.93.

⁵ *Ibidem*, p.87.

⁶ Paulo Roberto Colombo Arnoldi, **Teoria geral do direito comercial**. p.17.

⁷ Sílvio Rodrigues, **Direito civil: parte geral**, p.9.

2.2. A unificação do Direito Privado no Brasil

A questão da unificação do direito privado, como alertava o mestre Orlando Gomes, “não deixou de ser um problema da ordem do dia”.⁸ A proposta unificadora do direito brasileiro não é tão recente, remonta os idos do século XIX, época do jurista Teixeira de Freitas, que em 1867, já propunha a elaboração de um sistema obrigacional único.

Ao longo dos tempos, a doutrina muito debateu o assunto e hoje há consenso no sentido de admitir a idéia da unificação do direito privado naquilo que tem em comum: as obrigações. O Novo Código Civil unificou as obrigações, dando disciplina própria e atualizando o conceito de atividade empresarial, substituindo ao ultrapassado conceito de comerciante.

Pode-se afirmar que as diferenças entre o Direito Civil e Comercial nada têm de essencial no que se refere ao direito obrigacional. Entretanto, em que pese o fato dessa nova teoria da empresa, não houve unificação total do direito privado.

Segundo Márcia Mallmann⁹:

“Se, nos outros ramos do direito privado brasileiro, persiste a busca da distinção entre civil e comercial, no direito das obrigações a discussão está superada. A unificação do direito obrigacional é realidade aceita tanto pelos doutrinadores quanto pelos legisladores. Porém é tratada como se não fosse um indicativo da própria unificação do direito privado como um todo.”

Na verdade, nunca houve distinção entre obrigações civis e comerciais, o conceito de obrigação, tanto para a doutrina civilista, quanto para os comercialistas, é o mesmo e se aplica a ambos os ramos, pois a satisfação do credor ou o dever de prestar do devedor ocorrem em ambas as áreas.

Finalmente, com o Novo Código Civil de 2002, como lei fundamental do Direito Privado, não fez separação entre obrigações civis e comerciais. Para Miguel Reale¹⁰, um dos autores do Novo Código, a unidade do direito obrigacional significou “ir ao encontro de uma realidade já existente”.

3. O Direito Civil Tradicional

O Código Civil é fruto de doutrinas individualistas e voluntaristas liberais do século XIX, inspiradas no código de Napoleão, onde elevava as relações patrimoniais, preservando-as das ingerências do Poder Público.

O Código Civil de 1916 nasceu influenciado pelo liberalismo, tendo um cunho individualista. Na codificação civil liberal, a realização da pessoa humana vinha da propriedade, do patrimônio e do domínio dos bens.

⁸ Orlando Gomes, **Introdução do direito Civil**, p.19.

⁹ **A empresa no novo código civil**, p. 105.

¹⁰ **O projeto de código civil**, p.23.

Como decorrência, as relações civis tinham forte caráter patrimonial, daí porque seus principais institutos serem a propriedade e o contrato. Nesse sentido, o patrimônio prevalecia como valor individual a ser tutelado.

Verifica-se que o legislador teve atenção mais voltada para os problemas da pequena sociedade burguesa e conservadora do que para os grandes problemas humanos.¹¹

Ademais, tomando como exemplo o direito de família, justamente, por ser o mais pessoal dos ramos do Direito Civil, no Código de 1916, tinha 290 artigos e, destes, 151 eram de interesse patrimonial.

É por isso que os civilistas possuíam dificuldade de enxergar numa dimensão ontológica. A restauração da pessoa humana, nas relações civis, é condição de adequação do direito à realidade e aos direitos constitucionais.

Pablo Stolze afirma que, sem diminuir a magnitude técnica do Código de 1916, ele era patriarcal, cruel, autoritário e egoísta, refletindo a sociedade do século XIX.

Cristiano Chaves de Farias¹² alega:

“O direito civil aspirava o aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo aa legislação privada nítida feição patrimonialista”.

4. O Direito Civil Constitucional

A supremacia do Direito Constitucional não é questionada, assumindo a Constituição a hierarquia do ordenamento jurídico e, assim, ditando as regras para todos os outros ramos.

Com o avanço da sociedade, com relações complexas e plurais, o eixo do sistema jurídico deslocou-se do Código Civil para a Constituição Federal. As cartas modernas, tal como a brasileira de 1988, disciplina matérias antes exclusivas ao Direito Privado, além de conter princípios que iluminam todo o ordenamento.

Cristiano Chaves de Farias¹³ diz:

“Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a *Magna Charta* verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, etc.”

¹¹ Sílvio Rodrigues, **Direito Civil: Parte Geral**, p.13.

¹² **Direito civil, parte geral**, p.46.

¹³ **Direito civil, parte geral**, p.48.

O papel unificador do sistema jurídico, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto noutros temas de relevância pública é desempenhado pela norma constitucional.¹⁴

Pablo Stolze¹⁵ defende que:

“Não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma..”

Gustavo Tepedino.¹⁶ diz que o Código Civil perdeu o seu papel de Constituição de Direito Privado, já que o Texto Constitucional define princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade e os limites da atividade econômica que passaram a integrar uma nova ordem constitucional.

Enfim, a constitucionalização do Direito Civil é um fenômeno onde as matérias até então relegadas à legislação civil ordinária, ganham previsão em sede constitucional. O legislador constituinte, com isso, redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos.¹⁷

É preciso destacar que a Constituição de 1988 alterou a base de separação entre Direito Público e Privado, para abordar questões que antes eram exclusivas do Direito Privado e promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.

Pablo Stolze¹⁸ acrescenta:

“Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária..”

A partir dessa incontroversa supremacia, a doutrina detectou que se fazia necessário uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos, como o direito de propriedade e o contrato, além da elaboração e desenvolvimento de novas e dinâmicas categorias jurídicas

¹⁴ Pietro Perlingieri. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.**, p.6.

¹⁵ **Novo curso de direito civil, parte geral**, p.54.

¹⁶ Gustavo Tepedino. **Temas de direito civil**, p.7.

¹⁷ Cristiano Chaves de Farias. **Direito Civil: Parte Geral**, p.35.

¹⁸ **Novo curso de direito civil, parte geral**, p.54.

que estejam presentes na vida social e a interação entre os diferentes ramos do Direito, além da superação da sua velha dicotomia.

O Direito Constitucional, contudo, aproximou-se das necessidades humanas reais e concretas e hoje se consagrou uma constitucionalização do direito privado, levando os direitos e garantias fundamentais a possuírem direta eficácia nas relações de Direito Civil.

Advirta-se, porém, que a constitucionalização do Direito Civil é muito mais do que estabelecer limites externos à atividade privada. Trata-se da releitura de antigos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão da sua reformulação interna de conteúdo, com uma nova valoração determinada pela Constituição-cidadã.

É por isso que o texto Constitucional, sem sufocar a vida privada, conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, revitalizando-os, à luz de valores fundamentais aclamados como garantias e direitos fundamentais do cidadão.¹⁹

É importante, ainda, esclarecer que o que hoje se discute não é mais a influência da Constituição no Direito Civil, mas sim a amplitude e o modo como se dá essa incidência, especialmente dos princípios constitucionais e conceitos abertos.²⁰

Resumindo, a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e pela jurisprudência.

Nesse contexto, percebe-se que o Novo Código Civil é formado pelo fenômeno da constitucionalização, onde os princípios básicos do Direito Privado emigram do Código Civil para a Constituição, que passa a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico.²¹

Com efeito, o novo código abandona a postura patrimonialista herdada e o valor existencial passa a estar acima da propriedade, assim, o patrimônio passa a estar num plano secundário e a dignidade da pessoa humana passa a ocupar um primeiro plano.

Finalmente, o direito constitucional deve ser aplicado a todos os ramos e tal aplicação deve ser aplicado nas relações entre Estado e indivíduo e entre relações interindividuais. Nestes termos, o caminho inevitável a seguir é o de empreender a releitura do Código Civil e outras leis especiais à luz da Constituição.²²

A expressão Direito Civil-Constitucional, portanto, quer elevar os direitos fundamentais da pessoa.

¹⁹ Cristiano Chaves de Farias, **Direito civil: parte geral**, p. 51.

²⁰ Ver, a esse respeito das diversas correntes, minucioso estudo de Marco Fábio Morsello, “**Direito civil constitucional e o direito de propriedade no Brasil e no direito comparado.**”, Revista da pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Síntese, v. 2, pp.93-125, 2000.

²¹ Francisco Amaral, **racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, in Revista de Direito Civil-63, omissis, p. 52.

²² Gustavo Tepedino, **Problemas de direito civil constitucional**.

5. Os princípios Constitucionais no Novo Código Civil

Os princípios constitucionais influenciam diretamente o Direito Civil. Cristiano Chaves²³, com uma visão constitucionalizada, inclui a solidariedade social como princípio do Direito Civil, princípio este que busca conciliar as exigências coletivas com interesses particulares. Ao lado de princípios históricos do Direito Civil como autonomia da vontade, o Direito Civil no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, vem sofrendo alteração significativa no seu conteúdo valorativo. Este mesmo professor denomina esse fenômeno de despatrimonialização, isto é, encontra-se no direito civil por limitações de índole pública, uma função social, um cunho de direito submetido a interesses públicos.²⁴

Os princípios gerais de Direito Civil tem como motor de impulsão uma visão socializada, por conta da Constituição de 1988 (art. 3º, III), visando equilibrar as relações sociais²⁵. Fachin ressalta tendência de incluir solidariedade social como princípio do Direito Civil.²⁶ Orlando Gomes era contundente: “não seria possível interpretar e aplicar uma lei com desconhecimento ou desprezo de sua finalidade social”²⁷.

Outros princípios da Constituição Federal, que influenciam essa nova fase do Direito Civil Constitucional, segundo Cristiano Chaves²⁸, são: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º) e a igualdade substancial (art. 3º e 5º).

Esse mesmo autor acrescenta²⁹:

“a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpretação do direito público e privado, redefinindo os seus espaços, até então estanque e isolados. Tanto o direito público, quanto o privado, devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem estar da pessoa humana.”

A Constituição Federal deu nova dimensão ao direito Civil, como na propriedade privada, que hoje ganha novo conteúdo, afirmado pela função social como motor de impulsão que além de limitar o direito de propriedade, exige uma nova compreensão conceitual da propriedade.

Com essa nova compreensão constitucionalizada do Direito Civil, têm-se que todos os princípios dessa matéria estejam antenados para a legalidade Constitucional.

Demais disso, não se pode esquecer da boa-fé que, embora não estivesse prevista expressamente no Velho Código Civil como princípio vetor, sempre foi reconhecida pela

²³ **Direito civil parte geral**, p. 54.

²⁴ *Ibidem*, p.54.

²⁵ *Ibidem*, p. 54.

²⁶ Luiz Edson.Fachin, **Teoria crítica do direito civil**, p.331.

²⁷ **Introdução ao direito civil**, p.26.

²⁸ **Direito civil, parte geral**, p. 35.

²⁹ *Ibidem*, p.35.

doutrina e jurisprudência como regra principiológica³⁰. O Novo Código Civil, ao seu turno, a acolhe, expressamente como princípio fundamental.

Miguel Reale³¹, afirma que o Código Civil de 2002 teve como diretriz, certos valores, considerados essenciais, tais como o da eticidade, de socialidade e de operabilidade. Acrescenta dizendo que há o predomínio do social sobre o individual, função social do contrato, natureza social da posse, exigência de boa-fé aos negócios jurídicos.

6. Bibliografia

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.novodireitocivil.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

ARAUJO, José Francelino. (coord.). **Direito empresarial**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David; VIDAL, Serrano Nunes Júnior. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 347-352.

ARAUJO, Telga. “Função social da propriedade” In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.39, p. 1-15.

ARNOLD, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARBOSA, Diana Coelho. “A função social da propriedade”.**Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC-SP**, São Paulo, n. 2, p. 111-129, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 229 p.

BREVIDELLI, Sheila Regina. **A função social da empresa: olhares, sonhos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.filosofiayderecho.com>>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1142-1170.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3-37.

³⁰ Ibidem, p.54.

³¹ Pronunciamento do prof.dr. Miguel Reale na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras-APL, reconstruído pelo autor e publicado pela mesma academia, sob o título: **Visão geral do novo código civil**.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito de empresa no direito brasileiro**. Revista da Ajuris, n. 37, p.42-59, Porto Alegre, jul. 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio do século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. ampl. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2003. 120 p.

GONÇALVES, Ernesto Lima. **A empresa no mundo moderno**. São Paulo: FIDES. Disponível em: <http://www.fides.org.br>. Acesso em: 28 out. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 252-352.

_____. “Função social da propriedade (Direito econômico)”. In: **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, p. 17-27.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no novo código civil: elementos de unificação no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.192 p.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-193.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Novos aspectos da função social da propriedade”. **Revista de direito público**, São Paulo, v. 84, p. 39-45, out. /dez. 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 655-662.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOTTA, Maria Clara Mello. **Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 173-203.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A função social da empresa e o novo código civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em:< <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>>. Acesso em 16 out.2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 269-283.