

## Os 15 anos da Constituição e o direito civil.

A teoria das fontes vive momento conturbado. A implantação de um novo Código Civil não é simples, sobretudo num quadro de pluralidade de fontes normativas, delineando-se um sistema jurídico baseado em princípios e regras nacionais e supranacionais, em cujo vértice se encontra a Constituição da República.

Em certa medida, pode-se dizer que a tarefa do intérprete se mostra menos árdua do que há 15 anos, quando da promulgação do Texto de 1988. Naquele momento, não é exagero afirmar que a maioria dos civilistas lia a Constituição como um diploma pertencente a outro ramo do conhecimento, algo que não lhe dizia diretamente respeito, a não ser pela incursão (para muitos indevida, diga-se de passagem) do Constituinte na seara do direito privado. Sob a pomposa expressão *Carta Política* podia-se identificar, com auxílio da semiótica, a ausência de força normativa dos princípios constitucionais.

Hoje o cenário é bem outro. Não há civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar a interpretação construtiva da norma infraconstitucional. Subsiste, no entanto, com inquietante freqüência, uma postura cultural bizarra, consistente na adaptação dos princípios constitucionais às regras codificadas – e não o contrário –; o que acaba por negar, malgrado o reconhecimento retórico, o papel normativo da Constituição. Tal comportamento metodológico parece intensificar-se com a promulgação do novo Código Civil, que afinal representaria, para os nostálgicos do iluminismo, uma reconstrução de um sistema fechado e auto-suficiente, uma nova síntese “constitucional” das relações de direito privado.

Pode-se, contudo, esconjurar esse espectro por intermédio da aplicação direta das normas constitucionais nas relações intersubjetivas, reunificando o sistema de fontes de acordo com a axiologia constitucional. Esta tomada de posição, liderada, de maneira até certo ponto surpreendente, na experiência brasileira, pela doutrina do direito civil, e prontamente encampada pelo Judiciário – leia-se, com especial ênfase, o STJ -, que se anteciparam às formulações da teoria constitucional, encontra todavia resistências na doutrina e na magistratura de graus inferiores.

Quatro são as objeções mais freqüentes à aplicação direta da Constituição nas relações de direito civil. A primeira delas refere-se à vocação da Constituição à organização dos poderes estatais, destinada fundamentalmente ao legislador e não à vinculação horizontal de particulares. A regulação da autonomia privada só poderia se dar por uma instância mais próxima da realidade dos negócios, no âmbito da legislação ordinária. Ao magistrado não seria dado realizar um salto sobre o legislador na definição das regras de conduta.

A segunda objeção sublinha a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais, cuja aplicação direta às relações privadas propiciaria uma excessiva discricionariedade do magistrado na solução de concretos conflitos de interesse. A terceira crítica invoca a estabilidade milenar da estrutura dogmática do direito civil, que restaria abalada pela instabilidade do jogo político se as opções constitucionais não fossem mediadas pela atuação do legislador ordinário. Invoca-se até aquele jurista que, no final dos setecentos, pretendeu comprar um exemplar da Constituição francesa numa das belas livrarias do Boulevard Saint-Germain, em Paris, recebendo veemente negativa do livreiro: -“Não, meu senhor, aqui só vendemos livros jurídicos, não periódicos”.

O quarto argumento considera que o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites bem claros do lícito e do ilícito, segundo as regras da legislação ordinária, significaria desmesurada ingerência nos espaços da vida privada. Reduziriam-se, autoritariamente, os espaços de liberdade dos particulares. Afinal, a liberdade é inerente ao homem, anterior ao ordenamento jurídico que, no máximo, poderá limitá-la, regulando os limites do ilícito.

Todas as quatro críticas, embora respeitáveis, relacionam-se com uma realidade inteiramente obsoleta, pressupondo o cenário característico da codificação do Século XIX: delineava-se, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia da vontade. Os principais instrumentos teóricos de que se valia o direito civil eram herdados do direito romano. O contrato e a propriedade privada eram considerados, do ponto de vista dogmático, como categorias perenes, imutáveis, e, portanto, altamente estáveis. O mesmo não se poderia dizer do direito público, ancorado em constituições não rígidas e suscetíveis de reformas radicais no conturbado processo histórico de formação dos Estados nacionais.

Vive-se hoje, em contexto bem distinto, a indiscutível superposição do direito privado e do direito público, derivada de duas circunstâncias fundamentais. A primeira delas é o surgimento de inúmeras figuras insuscetíveis de classificação cômoda em qualquer dos dois ramos do direito. As novas tecnologias e a evolução das formas de utilização dos bens fazem surgir, a cada dia, categorias patrimoniais (espécies de propriedade, instrumentos de utilização do solo, contratos de massa etc.) e extrapatrimoniais (novas modalidades de danos, princípios da prevenção e precaução, a regulamentação da bioética etc.) que superam qualquer classificação baseada na vetusta dicotomia.

A segunda e mais importante circunstância, contudo, diz respeito à opção axiológica do Constituinte brasileiro. Ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o Constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica de solidariedade constitucional. Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado. Não se poderia admitir a democracia nas ruas e a intolerância na vida privada.

Daí o grande desafio do jurista de hoje, consistente na necessidade de harmonização de fontes normativas a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional.

G.T.