

*Gustavo Tepedino*

### **1. Novos contornos da ordem pública e o injustificado temor de perda de espaço do direito civil**

A inclusão dos institutos de direito civil, como contrato, propriedade e família, na agenda atinente à ordem pública associa-se à irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Afinal, o código civil “é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional” (TEPEDINO, 2006, 401).

A propósito, os civilistas sustentam, desde a década de oitenta, no direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.<sup>1</sup> Contra tal corrente configurou-se uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais, ao argumento de que o processo designado como constitucionalização do direito civil representaria, em realidade, uma redução do papel da dogmática própria do direito privado no âmbito da Teoria Geral.

Contudo, a nova proposta interpretativa não pretendia subtrair o espaço de incidência do direito privado, visando, ao revés, a alterá-lo qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais. Na esteira do debate doutrinário então travado, afirmou-se de maneira deliberadamente provocatória e polêmica:

---

\* O autor agradece a valorosa colaboração de Milena Donato Oliva, Mestranda em Direito Civil, e da Bolsista de Iniciação Científica Paula Greco Bandeira, ambas da Faculdade de Direito da UERJ, pela preciosa ajuda na pesquisa, inclusão de notas bibliográficas e revisão dos originais.

<sup>1</sup> Jorge Mosset Iturraspe definiu a Constituição Brasileira de 1988 como “moderna e progressista”, pois “produziu o que hoje se chama a constitucionalização do Direito Civil. Incorporou à carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana” (ITURRASPE, 2003, p. 44-45).

“Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição”. (TEPEDINO, 2004, p. 1)

Mais de uma década depois, a promulgação do Código Civil de 2002 impôs a reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado. A este respeito, deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade, reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo à mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública (TEPEDINO, 2006, p. 341). Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas *francas* para a atuação da autonomia privada (TEPEDINO, 2006, p. 341). A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.<sup>2</sup>

## **2. Resistências de natureza política e metodológica à eficácia das normas constitucionais nas relações privadas: o ocaso do Estado Social e a redução (da força normativa) dos princípios à vontade do legislador**

Na esteira de tal processo evolutivo, não obstante a afirmação, nos últimos anos, da importância da Constituição para o Direito Civil, percebe-se a forte resistência de alguns juristas à eficácia normativa do Texto Maior. Pretende-se, na esteira de tal entendimento, adaptar o Texto Constitucional ao Código Civil de 2002, imaginando-se mesmo desnecessária, por outro lado, diante da recodificação, a metodologia do direito civil

---

<sup>2</sup> A corroborar este entendimento, leciona Pietro Perlingieri que “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (PERLINGIERI, 2002, p. 277).

constitucional: o Código Civil funcionaria, novamente, como uma síntese constitucional das relações privadas, detalhando – e por vezes restringindo – a *vontade constitucional*. Daqui decorre o reconhecimento apenas retórico da aplicação direta da Constituição nas relações privadas. Ou seja, embora se reconheça a força normativa dos princípios constitucionais, retira-se sua eficácia jurídica.

Tal construção pretende encontrar justificativa em duas ordens de argumentação. A primeira delas no sentido de que, com a redução do papel do Estado social, arrefeceria o intervencionismo pretendido pelo constituinte, tornando desnecessária e até indesejada ou superada a discussão quanto à aplicação direta do texto constitucional.

O argumento não colhe. Ao propósito, basta sublinhar a absoluta atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicação nas relações jurídicas de direito privado, a despeito das tendências neoliberais. A tormentosa problemática, suscitada pelos civilistas italianos a partir do final dos anos 60, e pelos civilistas brasileiros desde os anos 80, ganhou renovado fôlego com o debate em torno da unificação da Europa, sendo o jurista conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-membro. Ao mesmo tempo, o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quanto à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado, mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico.

Vale dizer, a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre o tema, Perlingieri afirma que “numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do funcionamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na chamada legislação especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade” (PERLINGIERI, 2002, p. 6).

A segunda ordem de argumentos compressor a força normativa dos princípios constitucionais é menos teórica e mais intuitivamente vinculada à cultura hermenêutica de se atribuir ao legislador infraconstitucional, e especialmente ao codificador, o papel de decifrar os princípios fundamentais do ordenamento. Estes, por serem menos detalhados, e dotados de menor força prescritiva, acabariam inevitavelmente tendo sua amplitude normativa reduzida ao angusto espectro das regras. Em consequência, segundo tal raciocínio, a regra deveria prevalecer sobre o princípio, pois indicaria uma opção política indiscutível quanto a certa norma de comportamento. Tratar-se-ia de uma versão remodelada no vetusto brocardo latino *in claris no fit interpretatio*, o qual pressupõe que a norma seja uma unidade lógica isoladamente considerada, descartando a necessidade, para que adquira sentido, de confrontá-la com todas as demais normas que compõem o sistema.<sup>4</sup> Na esteira de tal entendimento, acaba-se por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios à luz de regras infraconstitucionais.

Todavia, se a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, nem o tamanho do Estado e tampouco a renovação do Código há de alterar a normatividade constitucional – ainda que as normas constitucionais sejam dotadas de menor racionalidade normativa (mais mal acabadas, dir-se-ia com certo desdém...). Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista.

### **3. Imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais para a preservação da unidade e complexidade do ordenamento**

Se são verdadeiras, como parecem, tais observações, pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade.<sup>5</sup> O conceito de

---

<sup>4</sup> Sobre o adágio latino, leciona Pietro Perlingieri que “o brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como juízo lógico, enquanto que, a rigor, ela é instrumento modelado para disciplinar a vida de relação” (PERLINGIERI, 2002, p. 71).

<sup>5</sup> Segundo leciona Pietro Perlingieri: “L’ordinamento, tuttavia, non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell’ordinamento è data dall’impatto con il sistema socio-

ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um determinado modo de vida historicamente determinado (PERLINGIERI, 2002, p. 2). Daqui decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.

Se o conceito de ordenamento pudesse se reduzir ao conjunto de normas de um mesmo nível hierárquico, poder-se-ia admiti-lo como universo técnico homogêneo e fechado em si mesmo. Sendo, ao contrário, o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e daí a sua complexidade, que só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.<sup>6</sup> Disto decorre o equívoco, apontado por Pietro Perlingieri, de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção legislativa e jurisdicional; ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagrariam microssistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

---

culturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante. Ma à aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello *ius Societas* è cultura, e questa vive nel momento applicativo, creativo dell'ordinamento del caso concreto, attraverso anche la cultura degli operatori: giudici, avvocati, notai, funzionari. In tal modo l'esperienza arricchisce la norma, la plasma e la rende effettiva" (PERLINGIERI, 2005, p. 192). E remata o autor: "La complessità dell'ordinamento diventa a tal punto método relativístico, dove i precedenti hanno un ruolo importante ma non decisivo e dove l'argomentazione giuridica non è mai ripetitiva, anche se appare esserlo, perché è la complessità dinâmica dell'insieme, nel quale consiste l'ordinamento, che non lo consente" (PERLINGIERI, 2005, p. 195).

<sup>6</sup> Como observa Maria Celina Bodin de Moraes, são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. "Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização ao direito civil" (MORAES, 2003, p. 107). Nas palavras de Perlingieri: "Se allora i modelli di validità degli atti devono confrontarsi col modello costituzionale di legittimità, questo primato non può non tradursi anche in centralità. La complessità, per divenire sistema, deve avere una centralità sulla quale fondarsi. (...) In un ordinamento complesso come quello vigente, caratterizzato dalla indiscussa supremazia delle norme costituzionali, queste non possono non avere una posizione centrale. Da tale centralità è doveroso partire per l'individuazione dei principi e dei valori sui quali costruire il sistema. La centralità non è cosa diversa dalla supremazia" (PERLINGIERI, 2005, p. 202 e 209).

<sup>7</sup> Conforme observa Pietro Perlingieri, "a unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos". Afirma o autor, ainda, que "um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. (...). Se o critério de fundação do sistema privilegia o conteúdo sobre a forma (*contenutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando

Na mesma linha crítica, mostra-se igualmente equivocado imaginar uma linha divisória entre normas valorativas (oriundas da Constituição) e normas prescritivas (legislação infraconstitucional); ou entre, de um lado, regras gerais e abstratas (premissa maior), e, de outro, a factualidade (premissa menor), restando o papel do juiz limitado a uma finalidade complementar em relação ao legislador, consubstanciado na valoração de *standards* de comportamento nos espaços em que não há regulamentação específica.

O sistema jurídico, bem ao contrário, há fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento.<sup>8</sup>

Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos,<sup>9</sup> para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. Daí a importância atual da argumentação jurídica, a qual não se repete, por isso mesmo, entre dois casos concretos (sendo sempre singular e indispensável para a legitimidade desta fusão de culturas e de compreensões de mundo operada pelo magistrado na decisão judicial).<sup>10</sup> E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela

---

cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional” (PERLINGIERI, 2002, p. 77-78).

<sup>8</sup> A propósito, destaca Pietro Perlingieri: “a unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes” (*Perfil de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., pp. 7-8).

<sup>9</sup> Adverte ainda Pietro Perlingieri: “La complessità dell’ordinamento nel momento del suo effettivo riscontro, cioè nel momento ermeneutico volto a realizzarsi come ordinamento del caso concreto, non può non risultare unitaria: un insieme di principi e regole individuato dal giudice che, nella totalità del sistema socio-normativo, si accinge doverosamente ad applicare. Sotto questo profilo, che è quello che realmente conta, in una scienza giuridica che è scienza pratica, l’ordinamento, per quanto complesso sia, di qualsiasi complessità si caratterizzi, non può che essere uno, anche se risultante da una pluralità di fonti e componenti” (*Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, cit., p. 196).

<sup>10</sup> “La complessità dell’ordinamento diventa a tal punto método relativístico, dove i precedenti hanno un ruolo importante ma non decisivo e dove l’argomentazione giuridica non è mai ripetitiva, anche se appare esserlo, perché è la complessità dinâmica dell’insieme, nel quale consiste l’ordinamento, che non lo consente” (Pietro Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, cit., p. 195).

Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.

#### **4. As quatro objeções centrais à incidência imediata das normas constitucionais no direito civil e sua descontextualização**

Entretanto, na experiência metodológica contemporânea, embora se admitindo difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado encontrou na doutrina e jurisprudência críticas metodológicas que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, do direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais.

Todas as quatro críticas, embora respeitáveis, mostram-se descontextualizadas, relacionando-se com uma realidade inteiramente obsoleta, por pressupor o cenário característico da codificação do Século XIX, quando se delineava, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia privada. O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um *mundo privado* que devesse se resguardar de ingerências estatais, fazendo por isso mesmo concessões por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens.

Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Consagrada como valor basilar do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, esculpida no art. 1º, III,

CF, remodela as estruturas e a dogmática do direito civil brasileiro, operando a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, de modo a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.<sup>11</sup> Assim, torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, ambas fundadas nos aspectos estruturais das situações jurídicas subjetivas, não já nos seus aspectos funcionais.

##### **5. O equívoco da chamada unificação do direito privado a partir de ponto de vista estrutural e pretensamente técnico: a dignidade da pessoa humana e a dicotomia entre relações jurídicas patrimoniais e existenciais. A alteração qualitativa da autonomia privada**

Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. O relevante, ressalte-se, não consiste na topografia da disciplina da empresa na normativa codificada senão a distinção axiológica que deve presidir a dogmática da pessoa humana e a da pessoa jurídica. Ou seja, a proposta unificante do direito privado, concebido em seu aspecto estrutural, só por si nada representa.

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF).<sup>12</sup> Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.

---

<sup>11</sup> Gustavo Tepedino, *Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana*, cit., p. 342.

<sup>12</sup> Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de Moraes, para quem. “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (*Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

De outra parte, têm-se as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do Século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia.

Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. Os formulários-padrão, por exemplo, destinam-se a proteger o consumidor, o mutuário, o aderente no contrato de adesão e assim sucessivamente.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Nesta direção, confira-se a lição de Pietro Perlingieri: “Da constatação que ‘as forças produtoras mais hábeis preferem’ – não certo no exclusivo interesse dos consumidores ou dos cidadãos – ‘que sejam reduzidas ao mínimo as regras formais’, extrai-se a constatação de que as prescrições de forma, que devem ser avaliadas

Exemplos não faltam dessa mudança qualitativa da autonomia privada e da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas na dogmática do direito civil para solucionar os novos conflitos de interesse. O Professor Stefano Rodotà, em uma das três conferências que ministrou no Rio de Janeiro<sup>14</sup>, a convite da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria do Município da Cidade do Rio de Janeiro, invocou a notícia publicada por um tablóide sensacionalista inglês, que pôs em dúvida a paternidade do príncipe William. Insinuou-se então que o herdeiro real poderia ser filho não de Charles, mas de um ex-professor de educação física da princesa Diana. O repórter, aproveitando-se de um descuido do jovem príncipe, acometido de uma gripe, apropriou-se de um lenço de papel por ele utilizado e jogado em uma lata de lixo. Valendo-se também de uma amostra do sangue (ou tecido) do pretense pai, realizou o confronto das cadeias de DNA, cujo resultado negativo estancou a explosão nas vendas dos jornais populares e a apreensão geral relacionada à sucessão do trono. O Professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelectae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos chamados dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados.<sup>15</sup>

Não se pode, nestas hipóteses, buscar solução nas categorias clássicas da teoria contratual e do direito de propriedade. Tampouco parece suficiente a dogmática dos direitos da personalidade, no estado atual da doutrina brasileira, ainda excessivamente voltada para a definição e tipificação dos direitos subjetivos. Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais – as quais permitem ao intérprete amoldar as previsões

---

caso por caso, são idôneas para exercer uma função de garantia: tome-se, como exemplo, a garantia da forma escrita para a despedida individual (reconhecida também pela Corte Constitucional) e, em geral, a normativa especial, na qual a função da prescrição de forma – absolutamente não excepcional – justifica-se em razão da finalidade de proteção de uma ou de ambas as partes do negócio, particularmente quando os interesses sejam não-patrimoniais” (*Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., pp. 292-293).

<sup>14</sup> V. longa entrevista concedida pelo Prof. Rodotà, publicada na RTDC, vol. 11, 2002.

<sup>15</sup> Nas palavras do autor, “a proteção dos dados constitui, atualmente, um dos aspectos mais significativos da liberdade das pessoas. Não é uma ideia abstrata de liberdade a ser tomada em consideração, assim como não foi desencarnada a ideia de pessoa à qual as garantias devem referir-se. Se parece reducionista e perigosa uma formulação que leve a concluir que ‘nós somos os nossos dados’, é indubitável porém que o nexó entre corpo, informações pessoais e controle social pode assumir contornos dramáticos, a ponto de fazer evocar de imediato o respeito à dignidade da pessoa, o qual impõe uma interpretação particularmente rigorosa do princípio da estrita necessidade na coleta e no tratamento de informações, no sentido de que somente se deve recorrer a dados capazes de identificar um sujeito quando este recurso for a única forma de alcançar tal finalidade” (Stefano Rodotà, *Transformações do Corpo*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set. 2004, p. 97).

normativas às peculiaridades do caso concreto<sup>16</sup> –, e os princípios, dotados de força normativa, tornam-se fundamentais para determinação dos ordenamentos aplicáveis aos casos concretos, cada vez mais inusitados.

## **6. A inquietante tentativa de restauração do papel do Código Civil como estatuto orgânico das relações patrimoniais: o dever de compatibilização das fontes normativas na unidade do ordenamento**

Por tudo isso, mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Código Civil de 2002 para considerar desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República. Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida.

Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.<sup>17</sup>

Além disso, as novas tecnologias rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, na medida em que não se enquadram comodamente em nenhuma destas categorias, a demonstrar seu anacronismo, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo

---

<sup>16</sup> “Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (Pietro Perlingieri, *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 27).

<sup>17</sup> Sintetiza Maria Celina Bodin de Moraes: “Como é notório, no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica. Diversamente do que normalmente se considera, porém, parece insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do código civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas diretas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado” (*Danos à Pessoa Humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 68).

hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O Código Civil de 2002 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. Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Como observado em outra sede: “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar 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” (Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, cit., p. 22).