

O PÚBLICO E O PRIVADO NA ÓTICA DA GLOBALIZAÇÃO: DA DICOTOMIA À SIMBIOSE¹

Mário Luiz Delgado²



objetivo destas reflexões é analisar as conseqüências do processo de globalização na divisão setorial através da qual a ciência jurídica sistematizou o estudo do Direito, especialmente no que diz respeito à distinção entre direito público e direito privado feita por Ulpiano em D. 1.1.1.2. Em outras palavras, qual o impacto da globalização na compreensão dessa divisão dogmática tradicional?

Convém, de proêmio, esclarecer que a palavra “globalização” será empregada aqui, não com a sua conotação original, mercadocêntrica, de convergência dos mercados do mundo³. A globalização a que nos referimos tem alicerce em dois grandes pilares construídos a partir dos anos 80. O primeiro foi o desenvolvimento das TICs (tecnologias de informação e comunicação). Satélites, fibra ótica, telefonia digital, computadores, *internet* quebraram todas as barreiras comunicativas entre os povos, no tempo e no espaço, possibilitando a comunicação em tempo real de quaisquer pessoas em qualquer lugar do planeta. O

¹ Texto parcialmente publicado em Revista Síntese Direito Empresarial, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 136-148, jul./ago. 2014.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Professor de Direito Civil na FAAP- Fundação Armando Álvares Penteado. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil –ABDC, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBD FAM e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro –IDCLB. Foi assessor, na Câmara dos Deputados, da Relatoria Geral do Projeto de Lei que deu origem ao Código Civil Brasileiro de 2002.

³ CF. LEVITT, Theodore (1983). “*The Globalization of Markets*” in Harvard Business Review (May 1, 1983). Disponível em : <http://hbr.org/1983/05/the-globalization-of-markets>. Acesso em: 10/06/2013.

segundo foi a revolução política que culminou com a queda do Muro e o fim da guerra fria. A queda do Muro, na apropriada ponderação de Thomas Friedman, representou muito mais do que o desvanecimento de um sistema político. Ela influenciou o *débâcle* de vários outros muros, o fim de muitas separações⁴.

O resultado dessa queda generalizada de barreiras e de separações foi o surgimento de uma nova sociedade civil, globalizada, cosmopolita e, especialmente, uma sociedade com novos atores, nem públicos nem privados (o terceiro setor).

Com tantas quedas de barreiras, a fazer emergir uma nova sociedade, preocupada com novas realidades e com novos problemas, os quais afetam as pessoas sem distinção de localização geográfica (meio ambiente, terrorismo, endemias, etc), ainda haveria espaço, dentro da ciência jurídica, para essa dicotomia entre público e privado?

A divisão dogmática entre direito público e privado, legada pela tradição romana⁵, talvez tenha sido (ou continue a ser) a principal dicotomia do direito positivo. Muito embora, desde sempre criticada à falta de nitidez e de rigor.

Os critérios tradicionais (o do *interesse* e o da *qualidade do sujeito*) nunca foram satisfatórios. Definir se em determinada relação prepondera o interesse público ou o privado já era difícil em uma sociedade em que fosse precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado. Na sociedade atual, não conseguimos identificar um interesse particular completamente autônomo e estanque do interesse público, o que resvala na dificuldade de se fazer a distinção entre normas de ordem pública e de ordem privada, uma vez que “toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora

⁴ Cf. FRANCO, Augusto de. *A Revolução do Local: Globalização, Glocalização, Localização*. Brasília: AED / São Paulo: Cultura, 2003, p. 29.

⁵ O *jus publicum* dizia respeito à República romana, ao passo que o direito privado aludia aos interesses dos particulares, identificando-se na relação jurídica a presença do Estado(sujeito) ou Estado – interesse (interesse público) como critério original para a distinção.

indiretamente, ao interesse público; hoje até se entende que se protege aquele por amor a este”⁶.

Beviláqua definia as leis de ordem pública como sendo “as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do Direito”.⁷ A sua característica mais importante, portanto, seria a inderrogabilidade, ou seja, o não poder ser afastada pela vontade do interessado. Atuaria, no direito interno, “como princípio limitador da vontade das partes, cuja liberdade não é admitida em determinados aspectos da vida privada”⁸.

Em poucas palavras, seriam de ordem pública aquelas normas em que visivelmente predomina o interesse da sociedade coletivamente considerada, o qual sobreleva a tudo, enquanto que, nas normas de ordem privada, a proteção ao direito individual constitui objetivo primordial. Como exemplos daquelas, dentro do sistema do Código Civil brasileiro, poderíamos citar as normas que têm por objeto fixar o estado das pessoas, a capacidade, a validade dos atos e negócios jurídicos, a organização da família, a constituição e funcionamento das pessoas jurídicas, a disciplina da posse e dos direitos reais, além de todas as prescrições relativas à ordem de sucessão hereditária.

Entretanto, mesmo nas normas ditas de ordem privada existe sempre adjacente o interesse público, não se podendo conceber a existência de uma fonte normativa emanada da atividade estatal onde predomine apenas o interesse dos privados. Da mesma forma que, em um Estado Democrático de Direito, o principal interesse público será sempre o do bem estar coletivo, o que implica o cuidado com os interesses (privados) dos

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 216.

⁷ *Apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 28.

⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (Parte Geral)*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 393.

cidadãos.

Por outro lado, a presença cada vez maior do Estado intervencionista nas relações contratuais, ou ainda na defesa de interesses particulares “coletivos” ou “individuais homogêneos”, coloca igualmente em cheque o critério da qualidade do sujeito⁹.

A falibilidade dos dois critérios, portanto, é evidente.

A fazer da separação entre direito público e privado tarefa ainda mais difícil de realizar-se, surgem campos jurídicos intermediários, nem públicos nem privados, como é caso do direito do trabalho, onde “os tradicionais conceitos dogmáticos sentem dificuldade de impor-se”¹⁰.

Nesse contexto, o que sobrou a justificar uma diferenciação?

Há quem sustente que a distinção hoje não é *qualitativa*, mas *quantitativa*¹¹. Nos institutos em que prevalecer, quantitativamente, o interesse da coletividade sobre o interesse individual, a relação jurídica respectiva seria de direito público. Ora,

⁹ Essa passagem do direito privado para o direito público e vice-versa, segundo Georges Ripert, “*s’opère quand l’État intervient par ses agents dans les rapports privés. Entre les hommes qui sont unis par d’innombrables rapports juridiques, nés du contrat ou de la loi, se dresse l’État*”. (... se opera quando o estado interveém, através de seus agentes, nos negócios privados. Entre os homens que estão unidos pelos laços jurídicos nascidos do contrato ou da lei se atravessa o estado). (*Le Déclin du Droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 41). Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes, “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”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil. A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v. 65, jul./set.1993. Disponível também em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2009 p. 21-32)

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

¹¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 53-54.

mas quantidade apenas não pode ser considerado um critério científico.

Com os olhos voltados agora para o direito civil, ramo tido como privado por excelência, vemos que a clássica dicotomia praticamente desapareceu, porquanto baseada no *modelo da incomunicabilidade*, tomando por empréstimo as palavras de Judith Martins-Costa, onde “Constituição e Código Civil andavam paralelos, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal, em razão do princípio da hierarquia das leis”¹².

No apogeu do Estado Liberal, o predomínio do privado sobre o público era nítido. Um Estado mínimo deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos, assegurando-lhes a máxima liberdade de contratar num ambiente de suposta igualdade perante a lei.

Nesse modelo, as relações do direito privado com o direito público eram claramente delineadas e completamente impermeáveis. O direito constitucional, que é contemporâneo dessa época, se limitava a definir a estrutura e as funções básicas do Estado. A enunciação de direitos fundamentais pela Constituição significava apenas uma garantia da sociedade contra os excessos do Estado, enquanto o direito civil admitia todo tipo de excesso nas relações entre particulares, sob o manto da autonomia privada e da liberdade contratual.

Essa divisão ontológica foi abalada com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. No Estado Social, a relação entre público e privado se inverte. O Estado abandona o dogma da neutralidade e o direito público invade o espaço privado para diminuir as desigualdades e injustiças atávicas, promovendo um

¹² MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65. Segundo a autora, “o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético: Por consequência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado – ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica”. (p. 67).

desenvolvimento social mais justo e solidário. O Poder Público intervém na economia regulando setores privados para limitar os abusos do capitalismo, assegurando, com isso, além da igualdade formal, uma igualdade material. No Estado Social todo direito é público¹³.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, centrado na idéia de cidadania, ressalta Bacellar, surge a tendência de se destruir, paulatinamente, um paradigma, comum aos dois modelos. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, na tentativa dese construir “um novo arranjo entre público e privado”¹⁴.

A agravar a sobreposição entre público e privado, constata-se uma “ crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado (...) suscitando uma redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual ”¹⁵.

A sobrecarga de direitos existente na sociedade global tem progressivamente esmaecido quaisquer critérios distintivos entre o público e o privado, referindo-se João Maurício Aldeodato a “um excesso de demanda que exige mais e mais do Estado e de seu direito dogmaticamente organizado”, afastando uma distinção doutrinária que não encontra correspondência no mundo real¹⁶.

Mais do que o mero enfraquecimento de um critério distintivo dogmático, visualizamos hoje uma verdadeira

¹³ Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, pp 34-36.

¹⁴ Cf. BACELLAR FILHO, op. cit. , pp 36-37.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004,p 61.

¹⁶ “Concepção dogmática de direito público e de direito privado: perfil histórico”. In *Direito das obrigações – reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jones Figueiredo Alves*. Rio de Janeiro: Forense:São Paulo: Método, 2011, p. 217.

transformação de categorias dicotômicas em categorias simbióticas que, antes de se distinguir, se complementam a tal ponto, que não será mais possível compreendê-las de forma estanque.

Não existem mais relações jurídicas ditas privadas que estejam completamente imunes à intervenção estatal. Veja-se o caso das relações de família, onde o Estado-Legislador e o Estado-Judiciário estão cada vez mais presentes. O direito de família se publicizou na onda do neo constitucionalismo. Sem falar nas questões que envolvem o biodireito e a bioética, ou ainda o papel da autonomia privada, macro princípio do direito privado. O dirigismo contratual hoje aproximou os contratos privados dos contratos administrativos.

O direito de propriedade, sacrossanto nas codificações decimonônicas, deixa de ser apenas um direito subjetivo para torna-se quase um dever. O proprietário, de *dominus* ou senhor, se transforma em “funcionário”, na feliz expressão de Junqueira de Azevedo, tantas são as funções a que está compelido a cumprir¹⁷. A função social deixa de ser *munus* social e se torna ônus individual.

Da mesma forma o Estado tem atuado cada vez mais como privado em suas relações econômicas (parcerias público-privadas, terceirização de serviços públicos através de organizações do terceiro setor, privatização de empresas públicas etc). Ocorre, diz Maria João Estorninho, uma “fuga do público” ou “fuga para o privado”¹⁸. Paulo Otero, a seu turno, fala em “direito privado publicizado”¹⁹. No Brasil, a escolha voluntária de formas jurídicas privadas pelo Estado tem servido especialmente para evitar a incidência da nossa Lei de Licitações, considerada por muitos extremamente rígida e engessada.

¹⁷ Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. . *O direito civil tende a desaparecer?*. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 472, p. 15-21, 1975.

¹⁸ Cf. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁹ Cf. OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade e conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

As repercussões do fenômeno da globalização em todo esse processo de quebra de barreiras entre o público e o privado, especialmente no que se refere ao pilar da revolução tecnológica, é marcante. Exemplo arquetípico do que estamos a falar, aliás, já se havia operado no direito internacional. Recorda Tercio Sampaio Ferraz Jr “que o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, já pelos termos classificados pela natureza pública e privada, guardam hoje características de certa indiscernibilidade entre si. O Direito Internacional Privado, antes apenas um ramo jurídico que continha as regras sobre os conflitos de normas de diferentes sistemas estatais (por exemplo, sobre o estatuto civil de brasileiros e estrangeiros e seus filhos quando se casam no Brasil ou no exterior) cuida hoje de obrigações, contratos e apela para tratados, convenções internacionais tanto quanto o Direito Internacional Público. E este, que tinha por sujeito relevante os Estados, hoje cuida dos organismos internacionais (ONU, OEA), bem como da proteção de direitos humanos, de tratados internacionais para a proteção do comércio internacional, dos códigos de ética de multinacionais etc.”²⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, sob o influxo da globalização, poderemos acrescentar dois fatores (ou subfatores) impulsionadores dessa transformação da dicotomia em simbiose: o movimento de civilização da Constituição, a implicar na privatização do direito constitucional; e o desenvolvimento, de forma exagerada, da doutrina de aplicação direta dos direitos fundamentais à horizontalidade das relações privadas.

Aquilo a que se convencionou chamar, no Brasil, de “constitucionalização” do direito civil ou de “privatização” ou “civilização” do direito constitucional²¹, desfechou,

²⁰ Op. cit., p. 143.

²¹ Alguns autores preferem falar em “privatização” ou “civilização” do direito constitucional. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA Fº., Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional – estudos em*

possivelmente, o primeiro golpe decisivo na dicotomia entre direito público e direito privado .

As nossas primeiras constituições (1824 e 1891) nada regularam sobre as relações privadas. O direito civil sempre esteve afastado do direito constitucional. Procurando se contrapor à Constituição Política, que somente tratava da organização do Estado e da tutela do indivíduo contra os arbítrios do Poder Público, o Código Civil era considerado a “Constituição do Homem Comum”.

A partir da Constituição de 1934²², fortemente influenciada pela Constituição de Weimar²³, e até mesmo em resposta ao envelhecimento do Código Civil, as Cartas Magnas passaram a tratar de uma série de temas que antes se encontravam sob a órbita do Código Civil, a exemplo de questões atinentes à

homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. Há, ainda, quem opte por se referir a uma “hibridação do direito civil” uma vez “que o Direito Civil tem permeado e está sendo permeado de princípios, normas e técnicas interpretativas antes só aplicadas ao setor do Direito Público, e este por sua vez usando dos mesmos meios oriundos do direito exclusivamente privado”. (Bravin, Luciano. *Hibridação do Direito Civil*. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_luciano_bravin.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2008).

²² Foi a primeira Constituição da República a conter um capítulo especial sobre a “Ordem Econômica e social”, dispondo, inclusive sobre a defesa do consumidor.

²³ A Constituição de Weimar recebeu esse nome porque a Assembléia Constituinte que a elaborou se reuniu na cidade alemã de Weimar, terra natal de Goethe. Era composta por 165 artigos (excetuando-se as disposições transitórias), divididos em dois livros: Livro I, relativo à “Estrutura e Fins da República” e o Livro II, pertinente aos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”, com os seguintes capítulos: Capítulo I (A pessoa individual); Capítulo II (A vida social); Capítulo III (Religião e agrupamentos religioso); Capítulo IV (Educação e escola) e Capítulo V (A vida econômica). Ao garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de índole social, o rol sistematizado de direitos constante do Livro II da Constituição de Weimar notabilizou e celebrou a Constituição Alemã de 1919, que, não obstante suas imperfeições – inerentes à toda obra humana –, inspirou textos constitucionais por todo o mundo, inclusive no Brasil (Constituição de 1934). (Cf. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9014>>. Acesso em: 26 abr. 2008).

propriedade²⁴, aos contratos e à família. Ocorre, assim, o esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada, face ao “deslocamento para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas[...] Não que tenham passado a ser institutos de direito público regulados na Constituição, mas sim porque foram, em grande parte, erradicados do Código Civil”²⁵.

Esse verdadeiro “giro de Copérnico” do constitucionalismo sob o aspecto *jus* positivo, e da civilística, sob o aspecto hermenêutico, também ocorre na Itália, com a Constituição de 1947, ganhando ainda maior força na Alemanha, com a primeira Constituição do Pós-Guerra, de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)²⁶. Essas duas Constituições, em razão da mudança de paradigmas que provocaram, tanto no âmbito doutrinário, como jurisprudencial, são consideradas o *marco histórico* do novo direito constitucional na Europa continental²⁷.

²⁴ Foi o art. 153 da Constituição de Weimar que positivou o conhecido princípio que “a propriedade obriga”, em oposição à concepção plasmada no *Code*, no sentido de que a propriedade seria o “direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta”.(art. 544).

²⁵ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 30. Mas não se confunda, com isso, a constitucionalização do Direito Civil, com a simples presença de normas de Direito Civil na Constituição. O fenômeno é bem mais abrangente, como demonstraremos.

²⁶ Observa Luis Roberto Barroso que “a Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha”.(BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 08 maio 2008).

²⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo... cit.* Além do *marco histórico* (I), o autor se refere, ainda, a dois outros marcos caracterizadores da trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas: O *marco filosófico*(II), representado pelo pós-positivismo, superando a antiga dicotomia entre

No Brasil, tanto a Constituição de 1946, como a de 1967 mantiveram essa orientação. Entretanto, é a Constituição Brasileira de 1988 que leva ao ápice essa ingerência, dando impulso a uma nova corrente doutrinária, que se convencionou chamar de *direito civil constitucional*²⁸, caracterizada pela elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil.

Característica marcante do movimento reside na “repersonalização” de todo o direito civil, dentro de uma nova concepção antropocêntrica do direito privado²⁹. Refiro-me,

jusnaturalismo e positivismo, reaproximando Direito e filosofia, com a sua busca para além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto, marcado, entre outras idéias, pela “atribuição de normatividade aos princípios” e pelo “desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”; e o *marco teórico* (III), representado pelas três grandes transformações que “subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

²⁸ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. atual. da 2. edição da obra *O direito civil na constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil...cit*, p. 21-32. Ver, ainda, LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2008.

²⁹ “Uma das mais promissoras tendências nos estudos de direito civil aponta para a necessidade em ter a pessoa como fundamento das relações civis, perdendo o patrimônio a primazia que sempre desfrutou nas grandes codificações. Assim, o patrimônio, ou os bens econômicos, assumem o papel de elemento complementar dos suportes fáticos previstos nas normas jurídicas”. Entretanto, prossegue o autor, “a repersonalização não se confunde com um vago retorno ao individualismo jurídico do século dezenove e de boa parte do século vinte, que tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato polo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 24 nov. 2005).

propositadamente, a um “*novo* antropocentrismo”, pois o centro do ordenamento não é mais o “homem individual”, mas sim o homem inserido no complexo das relações sociais, e cuja atuação é funcionalizada em favor da coletividade universalizada. O homem coletivo e o homem no coletivo.

Em oposição ao “patrimonialismo” dos códigos oitocentistas, pretende-se recolocar o ser humano e os valores existenciais no vértice do ordenamento jurídico, considerando que a pessoa humana é o valor que deve orientar todo e qualquer ramo do direito, público ou privado.

Há quem fale hoje até mesmo em “patrimônio personalíssimo”, como sendo “um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independentemente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além da mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses do credor”³⁰.

Trata-se, assim, de uma nova concepção do patrimônio que coloca “no centro das relações jurídicas a pessoa e seus respectivos valores personalíssimos, especialmente, dentre eles, aquele jungido a uma existência digna”³¹.

Em decorrência dessas novas previsões constitucionais e das transformações operadas no plano da hermenêutica constitucional, qualquer interpretação do direito privado passou a exigir, necessariamente, o recurso às lentes da Constituição. A interpretação do *direito civil* vai ser feita, doravante e tão somente,

³⁰ FACHIN. Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1. O autor fundamenta a sua tese, a nível constitucional, nos arts. 5º (direito à vida) e 170 (condicionando a ordem econômica a assegurar a todos uma existência digna) da CF/88 e, a nível infraconstitucional, no art. 548 do CC, que veda, cominando com pena de nulidade, a doação que reduza o devedor à miserabilidade.

³¹ FACHIN. Luiz Edson. *Estatuto jurídico* cit., p. 5.

em conformidade com a Constituição, que passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual deve ser lido, interpretado e aplicado o Código Civil³². Em outras palavras, o Código Civil passa a ser “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”³³.

Sob esse prisma, qualquer dispositivo do Código Civil tem que ser interpretado “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 conseqüência, 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”³⁴. Essa nova concepção hermenêutica fez com que as cortes constitucionais passassem a transformar radicalmente o direito civil, impondo modificações profundas, sobretudo em matéria de direito de família, reconhecendo, por exemplo, o casamento e a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

³² Luis Roberto Barroso cita, como exemplo marcante dessa nova hermenêutica constitucional transformadora do Direito Civil, o célebre caso Lüth: “Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil”. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo...cit.*

³³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil contemporâneo*. (Coord.). Marcos Ehrhardt Jr e Daniel Conde Barros. Bahia: Editora Podivm, 2009, p. 27.

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil...cit.* p. 21-32.

Além do deslocamento de determinadas matérias do âmbito do Código Civil para Constituição, os tribunais passaram a admitir a aplicação direta dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna à horizontalidade das relações privadas (*drittwirkung dos direitos fundamentais*).

Constata-se, assim, na jurisprudência brasileira um progressivo consenso sobre a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais (moradia, saúde, etc),³⁵ nas relações entre particulares e sobre a possibilidade de se exigir em Juízo tutela que assegure a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial.

Argumenta-se que ao cidadão deve ser assegurado o acesso direto à Constituição e que o Legislativo não pode ser o seu único intérprete. Os defensores da aplicação direta afirmam, ainda, que se os direitos fundamentais vinculam o Estado nas suas relações com os privados, por que não vincularia os privados entre si?

Ora, que os direitos fundamentais devem assumir papel preponderante em todo o tráfico jurídico privado não há dúvida. A questão é se os privados podem invocá-la diretamente ou se

³⁵ Também os direitos sociais são normas positivas, e não obstante a sua natureza programática, possuem não só força recomendatória, mas igualmente força impositiva. Das lições de Celso Lafer, oportuno o registro seguinte: “As constituições do tipo clássico essencialmente dispõem sobre a distribuição de competência dos poderes políticos e elencam os direitos voltados para assegurar a liberdade. São, por esta razão, classificadas como Constituições-garantia [...] As Constituições contemporâneas têm características diferentes da Constituição-garantia dos séculos XVIII e XIX. Podem ser classificadas como Constituições-programáticas de ânimo dirigente, pois contêm normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação. É por este motivo que as Constituições do século XX, com destaque para as que foram elaboradas no Segundo Pós-Guerra, contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais [...] a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira”. (LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 11-13).

necessitam da mediação do legislador.

Essa é uma discussão que tem origem na Alemanha no âmbito das relações trabalhistas, a partir da afirmação de Hans Carl Nipperdey que os direitos fundamentais não devem garantir a liberdade somente perante o poder estatal, mas também no tráfico jurídico privado.

Na obstante o próprio Nipperdey tenha refluído em sua posição original, reconhecendo que nem todos os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, o fato é que essa corrente doutrinária fez escola no Brasil, transformando-se no principal ferramental de um ativismo judicial que contaminou todas as esferas judiciárias, especialmente a corte constitucional.

A invocação direta dos direitos fundamentais pelos particulares, fugindo da concepção clássica de que somente o Estado seria deles destinatário, tem causado distúrbios de toda ordem, a começar pelo completo atolamento da corte constitucional (e sua conseqüente inviabilização), compelida a resolver até mesmo uma briga de vizinhos, desde que invocada a violação de algum direito fundamental.

O principal problema dessa corrente, segundo Marcelo Schenk, é que elevar o privado à condição de titular e destinatário de um direito fundamental obriga o Judiciário a uma incessante operação de ponderação, colocando-o em rota de colisão com o próprio legislador. E pior, coloca o particular como titular dessa ponderação, achando-se apto a decidir que o seu direito fundamental será mais relevante que aquele de seu vizinho³⁶. Os direitos fundamentais tornam-se, assim, instrumentos de predação de um sobre os outros, traduzindo-se em um individualismo exacerbado e aético. Uma subjetividade absoluta, onde “ao Direito” substituem-se “os direitos”³⁷.

³⁶ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013, pp. 125 e 127.

³⁷ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra:

Críticas à parte, a contribuição dessa doutrina para a superação da dicotomia público-privado é evidente, fazendo divisar claramente uma simbiose entre o direito constitucional e o direito privado³⁸.

Até concordamos que a unidade do sistema jurídico pressupõe que na aplicação de uma lei, aplique-se todo o ordenamento, pois não se interpreta o Direito em tiras. E os direitos fundamentais, concebidos hoje como multidirecionais ou universais, não podem ter a sua vigência e eficácia limitada às relações com o Estado. Entretanto, essa eficácia deve ser intermediada de alguma forma.

O particular não pode invocar diretamente contra outro particular o cumprimento de um direito fundamental, o que implicaria na supressão do Código Civil pela Constituição, a causar evidente *deficit* de segurança jurídica. A simbiose saudável entre direito público e privado não pode ser alcançada com a supressão da legislação intermediária, como o tem feito a nossa corte constitucional, especialmente em matéria de direito de família. Suprimir o Código Civil, exatamente o que fez o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o casamento entre pessoas de mesmo sexo, implica dar preferência a normas de conteúdo indeterminado em detrimento de normas de conteúdo mais concreto³⁹.

Demais disto, sufoca a autonomia privada a tal ponto, a não permitir, paradoxalmente, a sua própria realização, como bem destaca Marcelo Schenk⁴⁰. Exercer a autonomia privada

Almedina, 2004, p. 144.

³⁸ Para Marcelo Schenk, “cria-se, aqui, a figura de uma *simbiose* entre a constituição e o direito privado: sem o direito privado, a norma constitucional pode pouco fazer, pelo fato de que a indeterminação de seu conteúdo não proporciona uma imposição concreta no ordenamento jurídico. A norma de direito privado, por sua vez, carece de valores constitucionais que guiem a sua interpretação e aplicação, a fim de que atinja a sua finalidade plena, de regulação do conjunto de fatos da vida, em harmonia com a unidade do ordenamento jurídico e no marco da constitucionalidade”. (Op. cit., p. 72)

³⁹ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. Op. cit., p. 131.

⁴⁰ Op. cit., p. 154.

inclui, por exemplo, realizar negócios jurídicos não lucrativos ou mesmo ir à “banca rota”. Inclui também optar pelo regime matrimonial de bens de sua conveniência pessoal, ainda que em evidente desvantagem patrimonial em relação ao outro parceiro.

Essa simbiose entre Constituição e Código Civil, a restringir a autonomia privada impulsionou, no Brasil, o movimento de recodificação do direito comercial, na tentativa de se revelar princípios jurídicos próprios das relações empresariais aptos a influenciar uma mudança nos rumos da interpretação constitucional de temas empresariais.

Feitas essas digressões, podemos concluir que a distinção entre direito público e direito privado subsiste hoje apenas como um instrumento metodológico de sistematização ou como uma ferramenta pedagógica, de pouca operacionalidade ou relevância prática. A interpenetração do direito civil pelo direito constitucional, como demonstrado no decorrer desta exposição, tem favorecido ao surgimento de uma verdadeira simbiose entre público e privado. Dizer se uma norma é pública ou privada não é mais tão importante para se determinar os seus efeitos jurídicos ou o seu âmbito de aplicação, nem tão pouco para se identificar quais são os princípios normativos alicerçantes, na medida em que, qualquer que seja a situação, prevalecerão sempre os princípios constitucionais.

Enfim, em uma sociedade cada vez mais globalizada, caminhamos na realidade para o fim dessa dicotomia, fadada no futuro a tornar-se mais um capítulo da história do Direito.