

A CONSTRUÇÃO DA DIVERSIDADE E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO. SOB O PRISMA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Cláudio José FRANZOLIN*

RESUMO

O artigo analisa aspectos do direito civil contemporâneo, especialmente, a relação entre o Código Civil e a Constituição Federal.

Palavras-chaves: direitos da personalidade; contrato, vida digna.

ABSTRACT

The article analyses some aspects of contemporary civil law, specially, the relationship between Civil code and Federal Constitution

Keys-words: personality rights; contract; worthy life.

INTRODUÇÃO

Qual o limite do exercício de um direito? Qual o limite da liberdade dos indivíduos e da livre iniciativa? Tutela –se a confiança por quê? Qual o critério para se tutelar a capacidade das pessoas nos dias atuais? Posso sustentar que o regime das incapacidades devem ser redimensionados para a melhor efetivação da dignidade humana? Quais são os atos que os incapazes podem exercer por si? O regime das relações jurídicas e das capacidades atendem ao comando civil-constitucional?

Para responder a estes questionamentos temos de: superar a dicotomia público-privado como se fossem

realidades estanques; os institutos jurídicos devem ser estudados sob um prisma dinâmico e funcional, superando a análise meramente estrutural e estática. Há, também, que se superar o individualismo e o patrimonialismo para conviver com a sensibilidade e com o personalismo ético.

Esta é a nova dimensão do direito privado: a construção de novos paradigmas. Paradigmas como o essencialismo, a socialidade, a efetivação dos direitos personalíssimos, todos como força normativa de princípios extraídos da Constituição Federal.

Não é só! O novo Código deve ser estudado, tendo como núcleo central, a pessoa humana, enquanto condição de ser humano¹, centro de interesses relevantes. Enfim, uma leitura civil-constitucional da pessoa enquanto tal.

^(*) Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em direito dos contratos pelo C.E.U. Professor de direito na Puc-Campinas, Universidade São Francisco e Facamp.

⁽¹⁾ Apontamentos de aula do Prof. Renan Lotufo, na disciplina Direito Civil Constitucional da Puc São Paulo, em 21/09/05

Outro ponto a considerar são as fontes do direito. Não é mais o Estado o centralizador e produtor único de fontes dotadas de autoridade. O contrato assume as mais variadas manifestações. Uma sociedade pluralista, com a crescente participação dela no cenário e na construção do sentido de proteção efetiva das pessoas, expandem as formas de serem encaradas as grandes dicotomia público-privado.

A pessoa, titular efetiva de todas as proteções devem ser estudadas dentro de um perfil de uma sociedade, cada vez mais complexa e exposta, a cada momento, a riscos, fruto da tecnologia, do desenvolvimento e das próprias necessidades cada vez mais amplas, produzidas, pela própria sociedade. É só pensar na biotecnologia, nos transportes, nos bancos de dados, nos medicamentos, nas empresas de comunicação de massa etc.

Paralelo a isso, a empresa, neste cenário, torna-se o centro de desenvolvimento e a mola propulsora de todos os fenômenos que se processam na coletividade. Os grandes conglomerados empresariais, a busca por novas soluções de produção, novos mercados, novos serviços, novos produtos, novas tecnologias, faz com que ela desempenhe não somente uma atividade, exclusivamente, de uma sociedade capitalista, mas também, passe a integrar todo o processo de conexão entre as necessidades humanas, o crescimento econômico e satisfação individual.

Nesta seara, com isso, avançaram e avançam, novas tecnologias jurídicas, como formas de responsabilização e de participação crescente do Estado em todos esses fenômenos.

1. DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO – DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO-PRIVADO PARA A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DA PESSOA

Na perspectiva ideológica de um individualismo, pautado na autonomia da vontade e da igualdade, desenvolvem-se os institutos jurídicos do direito subjetivo,

enquanto poder atribuído à alguém, que se apresenta com a faculdade de agir, em consonância com o direito objetivo². O Código Civil de 1916 seguiu, exatamente, esta tendência, e conforme Fachin³, no direito privado clássico, o contrato, a autonomia da vontade, a família, a posse e a propriedade, são excluídos de uma perspectiva concreta. Mas a noção de individualismo é rompido com as transformações do direito civil, no século XXI, a partir de um Estado Democrático e Social⁴

A preocupação, até então, no Estado liberal é com a igualdade meramente formal⁵. Assim, categorias jurídicas, conforme lembra Eliseu Figueira, como a *capacidade jurídica*, *direitos subjetivos*, *personalidade jurídica*, atendiam a uma concepção muito mais abstrata e individualista. No entanto, os institutos devem se preocupar com a realização da igualdade substancial⁶, pois se renovam para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, levando em conta o ser coletivo, os variados interesses, as circunstâncias de cada relação em que estão inseridos a situação de hipossuficiência, de vulnerabilidade, a limitação da autonomia da vontade e da evolução da concepção de pessoa dotada de uma dinâmica rumando para novos paradigmas.

Neste contexto, o homem expandiu para novas necessidades; o Estado assumiu novas posturas; a Constituição imprimiu sua força normativa e reduziu a dicotomia direito público-privado

Esclarece Bobbio que, os “direitos do homem, ocorreu,

especialmente, a partir do final da guerra, considerando duas direções: na direção da sua universalização e naquela de sua multiplicação⁷.

Sem se ater ao fenômeno da universalização, Bobbio, se preocupa com a multiplicação dos direitos do homem, isto é, uma renovação a cada instante, que se desenvolvem e se renovam na sociedade. E, assim, explica Bobbio, concorrem sob três fundamentos:

(2) Esta concepção vem de encontro com a libertação do sistema feudal, pautado na concentração de liberdade que deveria se concentrar nas pessoas, ante a classe ascendente que era a burguesia. “Toda as aspirações econômicas e sociais da classe ascendente na passagem do feudalismo para o capitalismo ficaram projetados no ordenamento normativo que caracterizava pelo Estado de direito liberal; só que este sistema, elaborado pelos juristas, tornando-se a principal alavanca de construção da nova sociedade e da consolidação do poder econômico e político do capitalismo concorrencial, se caracteriza pela parificação jurídica dos indivíduos desiguais, assinala a passagem, como se tem salientado, do feudalismo para o capitalismo, limita-se a realização da igualdade formal numa sociedade cujas desigualdades econômicas e sociais têm acentuado com o desenvolvimento tecnológico e produtivo, constitui hoje um véu que realiza uma função de ocultação dos reais desníveis econômicos entre os variados setores da sociedade e, por isso, havendo terminado o seu ciclo histórico de vigência, entrara em crises profundas. (Eliseu Figueira. Renovação do sistema de direito privado. Lisboa: Editora Caminho, 1989, p.21.)

(3) FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14

(4) Idem, p. 14

(5) Ensina Eros Grau: “O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado. Em um segundo momento, contudo, marcado pelo advento do fenômeno das crises do processo de mercado, o Estado, assumindo a função de administrá-las, lança mão do direito como instrumento voltado à sua preservação. A atuação do Estado, neste sentido, é empreendida sob múltiplas modalidades e facetas. Neste momento é que se presta, precisamente, a implementar políticas públicas. (Eros Roberto Grau. O direito posto e o direito pressuposto. 3. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 88).

(6) FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação...*, ob cit., p. 21.

(7) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [trad. Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Elsevier Ed., 2004, p. 82

a.) porque aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela; b.) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c.) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo⁸ (g.n.)

Ao lado dessas transformações, a sociedade também, convive, com informações em tempo real e cada vez mais, as pessoas estão expostas a riscos. Mas é na construção do sujeito de direito que se rompe o sentido de igualdade, típico de um sistema fechado, pautado na igualdade, para um sistema aberto, constituindo o homem situado numa visão concreta. A análise abstrata do homem, explica Eliseu Figueira, até então é

um elevado grau de abstração e generalidade, qualquer comportamento do sujeito só pelo fato de ser homem cabe nas formas idôneas a prefigura-los como tipo legal. (...) O empresário e o operário, o comerciante e o consumidor, o senhorio e o locatário apresentam-se como sujeitos iguais, todos podem ser proprietários, perante a lei não tomam relevância quaisquer diferenças reais⁹.

Ocorre que a sociedade se torna mais participativa, expandem-se suas necessidades, e ela —a sociedade— torna-se cada vez mais complexa, e novas situações jurídico-pessoais vão se despontando, o que canaliza para novas aspirações e novos direitos, novos fenômenos, novos interesses, novas formas de relações jurídicas, enfim novos sujeitos, dotados de particularidades: direitos, deveres, manifestações etc. Com isso surgem novos diplomas legais que passam a disciplinar as variadas situações jurídicas.

Para bem esclarecer este fenômeno, Bobbio¹⁰, traz o processo de evolução dos direitos. Explica o autor, que o primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade negativa, contra o poder onipotente do Estado — liberdade de religião, de opinião, de imprensa— para os

direitos políticos e sociais, que imprime uma atuação ativa do Estado¹¹.

Com relação ao segundo processo, continua Bobbio¹², ocorreu a passagem do reconhecimento dos indivíduos, como pessoas, isto é, são reconhecidos como titulares, como seres humanos, na comunidade em que vive, como concepção abstrata, real e efetiva.

E, na passagem para o terceiro processo, o homem, deixa de ser ente genérico, para o homem específico. Vale a explicação do autor neste terceiro aspecto de especificidade da identificação do homem individualmente considerado em suas relações:

tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem, a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc¹³.

Poderíamos, ainda citar, o excepcional, os homossexuais, os portadores de AIDS (HIV), os deficientes nas suas mais variadas limitações, os excluídos da terra, enfim, os superendividados, os mutuários, enfim, todos buscam seus direitos, em que pesem as diferenças e pretensões das mais variadas possíveis, e que acaba por repercutir nas relações privadas.¹⁴

2. CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL - SUJEITO DE DIREITO ABSTRATO E CONCRETO

Ensina Daniel Sarmiento, que o Poder Público

distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absenteísmo, na esfera econômica e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista

⁽⁸⁾ Norberto Bobbio. A era dos direitos, p. 83

⁽⁹⁾ Eliseu Figueira, Renovação..., ob. cit. p. 56

⁽¹⁰⁾ Norberto Bobbio. A era dos direitos, ob. cit., p. 83

⁽¹¹⁾ Idem, ibidem, ob. cit. p. 83

⁽¹²⁾ Idem, p. 84

⁽¹³⁾ Idem, p. 84

⁽¹⁴⁾ Lorenzetti também discorre sobre as gerações de direitos: primeira geração: a liberdade negativa, como a direito à liberdade, à vida, à integridade física; à propriedade; os de segunda geração é reconhecimento dos direitos sociais; os de terceira geração revelam-se nos direitos difusos; e nos de quarta geração, o direito de ser diferente, como por exemplo: o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, entre outros (Ricardo Luis Lorenzetti [trad. Vera Maria Jacob de Fradera]. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 153).

da cena econômica. O Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem estar do cidadão¹⁵

O direito, no século XIX, conforme ensina Ferri¹⁶, foi estruturado nos princípios com base no direito natural, que era fruto de um extremo individualismo. Em suma, os direitos subjetivos servem como apanágio para se garantir e melhor assegurar os direitos diante do direito objetivo constituído. Num determinado momento da história, reconhece o autor, que este papel individualista representou de grande valia para se limitar o poder absoluto do Estado.

Reconhece, mais a frente o autor, que o direito subjetivo, não poder ser uma manifestação do individualismo, logo, como ensina o autor, se por um lado, existe a autonomia individual, não é possível conceber,

a existência de direitos dos indivíduos que vivam fora de uma estrutura social, de uma ordem jurídico-social¹⁷

A construção do direito civil de 2002, sob uma leitura constitucional, se dá, basicamente sob dois aspectos: **a.)** uma concepção mais solidária, em função do Estado Social e Democrático; **b.)** ocorre uma intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, além do Estado exercer cada vez mais uma crescente atividade no setor público

Além disso, o sentido ideológico do Código Civil de 1916¹⁸ não é o mesmo que inspirou o Código Civil de 2002 (apesar do tempo que durou a sua tramitação no Congresso Nacional). Isto decorre da nova postura do

Estado Social, do poder das fontes nas relações privadas, na temática centralizada na tutela da pessoa, ante os riscos diante das novas tecnologias, bens e serviços criados; a necessidade de se tutelar a confiança nas relações privadas, na função dinâmica que os institutos devem assumir, e não catalogados numa visão estática (propriedade, família, contrato, emancipação, incapacidades etc

Existe, até o século XIX uma articulação na linguagem jurídica, lembra Eliseu Figueira, que o direito era uma técnica, indiferente de conteúdo¹⁹. Lembra que o sistema era fechado e dotado de completude técnica, como meio de conferir ao sistema “uma maior autonomia, por forma a isolá-lo da realidade econômica e dos critérios de valorização sociais e políticos”²⁰.

Pluralismo, informação, dignidade da pessoa humana, liberdade, Estado Democrático, são instrumentos que o operador do direito deve, agora, sintonizar numa conexão indissociável e umbilicalmente conectadas, afinal, nas relações privadas, são indiscutíveis as desigualdades e diferenças entre os indivíduos, e os direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais não podem assistir imune a todas essas transformações nas relações privadas, afinal a construção ‘concreta’ do direito público deve transbordar para atingir as relações privadas, especialmente, quando se procura efetivar a proteção da pessoa..

O sujeito de direito não é agora indivíduo potencialmente abstrato, desligado do grupo a que pertence, mas um indivíduo concreto socialmente vinculado à posição que ocupa e que lhe pertence no contexto social²¹

(15) Daniel Sarmiento. Direitos fundamentais e relações privadas. [tese de doutorado apresentado na UERJ-2003], p. 35

(16) Luigi Ferri. La autonomia privada [traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizabal]. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1969, p. 115.

(17) Luigi Ferri, ob cit. p. 122 (tradução livre). (...) Orlando Gomes. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.24.

(18) Explica Orlando Gomes que a “ordem subjacente guardava as linhas mestras de sua Constituição rudimentar. Poucos anos antes, em 1872, o recenseamento acusava para o Brasil uma população de 9.930.478 habitantes. (...) considerando que o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva, reduz este a trezentos ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, fazendeiros, os senhores de engenho. (...)

uma nação embrionária, cujas indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia...”

(...)

A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria a desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentícios e da importação de artigos fabricados. (...) Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno.

A preservação e a defesa dos interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreara em consequência da urbanização prematura de alguns pontos do país.

(19) Aliás, esta posição também é sustentada por Fachin: “Numa expressão, o Direito civil deve, com efeito, ser concebido como serviço da vida a partir de sua raiz antropológica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para afastar do tecnicismo e do neutralismo” (Luiz Edson Fachin. Teoria crítica..., ob cit. p. 18).

(20) Eliseu Figueira. Renovação..., ob cit., p. 53.

(21) Eliseu Figueira. Renovação..., p. 57

A proteção da pessoa desperta, exatamente, neste sentido, de completude e de totalidade do homem, em que o princípio da dignidade humana, o fundamento da solidariedade, a construção de uma sociedade justa e fraterna, a efetivação de direitos, a busca pela tutela dos direitos da personalidade, procura identificar o homem, na sua dimensão concreta, nas relações intersubjetivas²² de forma real, ante os interesses pautados.

Princípios como, da função social²³, da boa-fé²⁴, da preservação do meio ambiente²⁵, da propriedade privada, dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão, de acesso à informação, não podem corresponder a uma concepção político-ideológico liberal, mas acima de tudo, sim, em contexto de renovação das estruturas jurídicas. As fontes do direito se expandem, para serem tuteladas novas formas de manifestação das pessoas em suas relações privadas²⁶. Como ensina Fromm, o homem, na sua própria condição existencial, é parcialmente maleável²⁷, isto porque ele busca o conhecimento, e numa sociedade tecnológica, continua Fromm, muitas vezes não se elege o homem, com elemento essencial deste fenômeno social, preocupado, em uma sociedade de consumo, que os bens e necessidades materiais devem ser compartilhadas

com outras necessidades indispensáveis à condição humana²⁸.

3. CONSTITUIÇÃO E PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como ensina Miguel Reale, a pessoa humana deve ser vista como “valor-fonte”²⁹ de todos os valores sociais, isto quer dizer, continua o autor, que

não tem como alcançar o sentido essencial do direito sem se levar em conta a natureza essencial do homem³⁰

Assim, se há democracia; se há solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3, I); se a Constituição é comprometida com a dignidade humana (art. 1º, III da CF/88) e com a tutela efetiva dos direitos humanos (art. 4º, II; art. 5, parágrafo 2º; art. 109, V-A), a ordem jurídica deve ser aberta, levando em conta os fundamentos concretos das situações intersubjetivas. Isto é,

ter sempre presente que a idéia de pessoa, não obstante sua universalidade³¹

Não é só. Mas também a crescente preocupação com a efetivação dos princípios, atribuindo a eles força

(22) Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis a manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

(23) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(24) Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

(25) Art. 1228 (...). parág. 1o. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

(26) Basta pensarmos nos atos existenciais, nas relações pré-negociais, nas variadas formas das pessoas se associarem, de auto-regularem seus interesses por meio de estatutos, convenções coletivas etc.

(27) “Na verdade, o homem pode fazer praticamente tudo, ou talvez melhor, a ordem social pode fazer quase tudo ao homem. O ‘quase’ é importante. Mesmo que a ordem social possa fazer tudo ao homem – fazê-lo passar fome, torturá-lo, aprisioná-lo ou superalimentá-lo – isso não pode ser feito sem certas consequências oriundas das próprias condições da existência humana. O homem, se for totalmente privado de todos os estímulos e prazeres, será incapaz de desempenhar a tarefa, certamente tarefa especializada. Se não for assim totalmente desamparado, ele se rebelará se tentarmos escravizá-lo; tenderá a ser violento se a vida for demasiada enfadonha; tenderá a perder toda a sua capacidade criadora se o transformarmos numa máquina. Nesse aspecto, o homem não difere dos animais (...). A história do homem mostra precisamente o que se pode fazer ao homem, e, ao mesmo tempo, o que não se pode fazer. Se o homem fosse infinitamente maleável, não teria havido revolução alguma; não teria havido mudança porque uma cultura teria conseguido fazer o homem submeter-se aos seus padrões sem que ele resistisse. Mas o homem sendo apenas relativamente maleável, sempre reage com protestos contra condições que tornam demasiado drástico ou insuportável o desequilíbrio entre a ordem social e suas necessidades humanas. A tentativa para reduzir esse desequilíbrio e a necessidade de estabelecer uma solução mais aceitável e conveniente estão no cerne do dinamismo da evolução do homem na história. O protesto do homem surgiu não apenas devido ao sofrimento material; necessidades especificamente humanas, a serem estudadas mais adiante, são motivações igualmente fortes para a revolução e para a dinâmica da mudança”. (Erich Fromm. A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 75).

(28) “O argumento que desejo apresentar é a defesa do princípio de que uma pessoa tem o direito inalienável de viver – um direito que não traz consigo nenhuma condição e que implica o direito de receber as comodidades básicas necessárias à vida, o direito à educação e aos cuidados médicos. (...) Contanto que esse princípio fosse aceito, se um homem, mulher, adolescente pudesse ter certeza de que sua existência humana não estaria em perigo a despeito que ele fizesse, o setor da liberdade humana seria grandemente realçado”. (Erich Fromm. A revolução da esperança, op cit., p.135)

(29) Miguel Reale. Direito natural/direito positivo. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19

(30) Idem, ibidem, p. 19.

(31) Idem, p.21

normativa. Isto é, há uma ruptura com o positivismo, com a interpretação integrativa, rumando para interpretação pautada na efetividade dos princípios constitucionais.

Da concepção naturalista de um direito absoluto e inalienável, o direito é uma realidade fático-funcional-histórica; e ruma no sentido de o homem ser o centro, o guia, o fundamento principal.

Como esclarece Bobbio, o problema grave dos tempos atuais, não é mais a construção dos direitos, nem o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los, vale dizer,

qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes, eles sejam continuamente violados³². (g.n.)

E neste contexto, os princípios constitucionais, quanto a sua efetividade, espécies do gênero norma, não é só o princípio da legalidade que legitima um Estado de Direito, Democrático e Social. Isto quer dizer, que os postulados do Estado liberal, concentrados, na legalidade, na igualdade, na separação de Poderes, abstração, generalidade, dicotomia público-privado³³, ruma para a Constituição que, ordena as finalidades que concretamente devem ser atingidas pelo Estado.

Nada mais crucial que a proteção da pessoa humana, e portanto, umbilicalmente ligado em todo este processo de interpretação constitucional, concentrado nos valores políticos, jurídicos e sociais que se querem ver alcançados nas mais variadas relações que se travam, seja Estado-particular, seja particular-particular.

Mas para isso é preciso entender o princípio da dignidade humana, enquanto valor, bem como os direitos fundamentais revelados no artigo 5º. da CF/88 devem ser efetivados, protegidos e garantidos, do contrário, como ensina Roberto Barroso,

seriam de ínfima valia, se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos³⁴.

Os direitos fundamentais devem ser efetivados para fazerem frente às relações entre particulares. Por exemplo, quando um é mais forte que outro, que decorre da opressão sócio-econômica ou do poder negocial que é da própria realidade dinâmica do Estado capitalista. Este poder negocial se revela quando o poder de regulação normalmente é conferido apenas a um dos envolvidos na relação privada³⁵.

Os direitos da personalidade, o exercício legítimo de um direito³⁶, a proteção do devedor em algumas situações, as relações contratuais, a tutela do contratante nos mais variados contratos – de transporte, de seguro, de distribuição, de prestação de serviço, enfim, nas mais variadas manifestações, sem contar ainda a necessidade de serem valorizadas as circunstâncias, os costumes, as condutas, tudo isso vem de encontro com o princípio da solidariedade como forma de se pensar na reconstrução de um direito privado constantemente oxigenado pelos fundamentos do direito público; sem contar, ainda, a necessidade de ser estado o direito privado com a

dimensão jurídica do ser humano enquanto realidade racional, dotada de liberdade. Trata-se de um idéia que pode ser substancializada com recurso à idéia da dignidade humana, seguida através da história³⁷

⁽³²⁾ Norberto Bobbio, *A era....*, ob cit., p. 44.

⁽³³⁾ A partir de Eliseu Figueira, ob cit., p. 64.

⁽³⁴⁾ Luis Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

⁽³⁵⁾ "A regulação é a produção de mecanismos que efetivam a implementação de políticas públicas direcionadas a um determinado setor da sociedade, seja sobre uma atividade econômica seja sobre um serviço público, objetivando o equilíbrio dos interesses no mercado, observando sempre o respeito à dignidade humana" (Rodrigo Santos Neves. *O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado*. In *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2003, p. 209-233). Conforme Santos Neves, ocorre o abuso do poder econômico, quando se revelam as seguintes práticas: a.) dominação dos mercados; b.) eliminação da concorrência e c.) aumento arbitrário dos lucros. E neste momento surge a função reguladora do Estado para eliminar tais abusos. A outra manifestação do Estado sobre a economia é por meio do controle de abastecimento. Também se dá a intervenção estatal por meio do tabelamento de preços. Finalmente, o autor realça a importância de o Estado proteger as microempresas e as empresas de pequeno porte, pois elas desempenham uma função social relevante; é que elas fomentam a economia e promovem grande concentração de empregos resguardando a dignidade humana. Enfim, "todos os homens, ao nascerem, são iguais em dignidade. O que diferencia, em um momento posterior, é o contexto sócio-cultural e econômico que estão inseridos. A autonomia humana, o livre arbítrio, é o que caracteriza como ser humano, não podendo este abdicar de sua condição. Em nome da dignidade humana, poderá o Estado estabelecer limites para a autonomia do homem. "À guisa de exemplo podemos citar que todo o trabalho deve ser remunerado em um valor mínimo (art. 7, VII, d CR), repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (...).No âmbito do Direito do Consumidor, o rol dos direitos básicos, estabelecido no artigo 6º., do CDC (Lei 8078/90), é matéria de ordem pública, não podendo nem mesmo o consumidor renunciar a tais direitos. Percebe-se a estreita relação da dignidade humana com a atividade econômica e com os serviços públicos". (Idem, ibidem, p. 226.)

⁽³⁶⁾ Veja o artigo 187 do Código Civil.

⁽³⁷⁾ Antônio Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português: pessoas*. v. I, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

CONCLUSÃO

Há que se revelar que os princípios constitucionais, a técnica legislativa inserida no novo Código Civil, os poderes do juiz, e a necessidade de uma metodologia centrada na efetivação de direitos, procurando a sua tutela nas relações privadas, vem de encontro com a premissa de que a experiência jurídica, os modelos, as fontes, a solidariedade social, faz com que a complexidade da sociedade busque no ser humano a sua identidade, suas diferenças, e a tutela de seus direitos, especialmente aqueles que se revelam, explícita ou implicitamente na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. [trad. Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Elsevier Ed., 2004
- FACHIN, Luiz Edson.. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada* [traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizibal]. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1969
- FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Editora Caminho, 1989, p.21..
- FROMM, Erich. *A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000
- LORENZETTI, Ricardo Luis. [trad. Vera Maria Jacob de Fradera]. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NEVES, Rodrigo Santos. O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado. *In Revista de direito constitucional e internacional*, n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. [tese de doutorado apresentado na UERJ-2003].

