

## Contribuição de Fachin para o Direito Civil Constitucional



O movimento de constitucionalização do Direito na Europa teve início com

a reconstrução do continente após a 2ª Guerra Mundial, por exemplo, na Alemanha (Lei Fundamental de 1949), seguiu para a Itália (Corte Constitucional criada em 1956), para Portugal (Constituição de 1976) e para a Espanha (Constituição de 1978).

No Brasil, ainda que a Carta de 1946 já apresentasse nítida roupagem social-democrata, com incorporação de direitos sociais sem ignorar importância de preservação do núcleo de direitos individuais e garantias da liberdade, é a partir da Constituição Federal de 1988 e dos movimentos doutrinários da década de 1990 que a constitucionalização ganha impulso, especialmente com o fomento da ideia de que as normas-princípios fundamentais possuem força normativa, vinculam os institutos e instituições jurídicas, o Estado e os particulares e se projetam em toda a legislação infraconstitucional.

Esse movimento provocou verdadeira mudança de paradigma no modo de realizar o Direito Civil, que não mais se restringiu a uma exegese fechada e pretensamente asséptica, demonstrando a completa inadequação de formações teóricas, quase sempre restritas a conhecer as estruturas legais de suas disciplinas de estudo e de atuação<sup>[1]</sup>.

Pavimentadas as bases teóricas para a *Virada de Copérnico*, Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino passaram a liderar grupos de pesquisa em Direito Civil Constitucional, respectivamente, na UFPR e na UERJ, e têm, juntamente com os seus integrantes, publicado livros e artigos sobre a temática, por exemplo, com a coleção *Diálogos sobre Direito Civil*. Posteriormente, Paulo Lôbo, na UFPE, no ano de 2012, e Giselda Hironaka, na USP e FADISP, em 2015, incorporam-se a essa comunhão de pesquisadores.



Assim, a *virada copernicana* na civilística pátria tem início no âmbito do debate em que se entrelaçam os direitos fundamentais, os novos direitos (como o direito do consumidor) e as relações existenciais no âmbito das relações interprivadas, naquilo que passa a compor o catálogo mínimo do direito civil constitucional brasileiro.<sup>[2]</sup>

Em seus estudos, Fachin propõe *três dimensões* para a análise da constitucionalização do Direito: *formal*, *substancial* e *prospectiva* – em que a *dimensão formal* representa aquilo que está positivado na Constituição e no Direito Constitucional positivo; a *dimensão substancial* deriva da dimensão normativa principiológica constitucional, seja explicitamente (ex.: função social da propriedade), seja implicitamente (ex: função social do contrato); a *dimensão prospectiva* como dimensão propositiva e transformadora desse constitucionalizar, com a construção de sentidos para uma necessária ressignificação dos institutos e das instituições jurídicas, a partir da facticidade social, como a necessidade de se ter um contrato justo e que não oprima uma das partes contratantes.<sup>[3]</sup>

Diante disso, evidenciam-se três superações do direito civil clássico, consistente num sistema fechado e patrimonialista, com pouca abertura para a principiologia constitucional, quais sejam: (i) fim do monismo das fontes jurídicas; (ii) rejeição à rígida e exegética teoria da interpretação e (iii) recusa da significação monolítica de figuras jurídicas como o contrato, a família e a propriedade.<sup>[4]</sup>

Alguns aspectos do pensamento de Fachin e que foram acolhidos pela escola civil constitucional revelam as superações da postura tradicional. Passou-se da codificação à constitucionalização. Nesse giro, os Códigos Civis de 1916 e de 2002, não obstante a sua indiscutível relevância normativa, não representam o centro do qual emana todo o arranjo jurídico civil, cuja reconstrução permeia a interpretação de espaços públicos e privados reconhecidos pela literatura jurídica, pela legislação e pelos julgados, como se infere da normatividade sobre o bem de família (legal e convencional) a sua vinculação com os direitos fundamentais de moradia. Isso porque os direitos fundamentais assumem um caráter prestacional dos cidadãos perante o Estado.<sup>[5]</sup>

Essa perspectiva difere daquela construída pela codificação civil pretérita (de 1916), uma vez que a preocupação se centrava, em regra, na tutela do patrimônio. Agora a perspectiva civil constitucional volta-se muito mais à existencialidade (do ser humano), cujo patrimônio é um fator que potencializa esses aspectos existenciais. Um exemplo: a superação da ideia *de sociedade de fato* – categoria jurídica construída para abarcar as uniões entre pessoas, mas diversas do casamento, na qual se dividia o patrimônio adquirido onerosamente e por esforço comum entre os companheiros – pela ideia de união estável, que abarca não somente aspectos patrimoniais, mas, principalmente, aquela comunhão de vida formada na relação entre companheiros e companheiras.<sup>[6]</sup>

Além disso, como se sabe, o Código Civil de 1916 ainda conservava a relação de desigualdade entre filhos no âmbito da família, com a classificação de filhos legítimos (advindos de uma relação matrimonial) e ilegítimos (fora da relação matrimonial), panorama jurídico modificado radicalmente com a CF/88 e com o CC/02, a partir da ideia de igualdade entre os filhos, independentemente de derivarem de uma relação matrimonial.<sup>[7]</sup>

Outro ponto a se destacar é a força da tutela dos direitos individuais, direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos (CDC, art. 81), com a tutela contratual abarcando direitos



existenciais e patrimoniais (como no caso dos contratos firmados com operadoras de saúde), lastreados na função socioambiental do contrato, da boa-fé e da equivalência material, que moldam a liberdade de contratar, a contratual e relativizam a força obrigatória dos contratos e o seu efeito interpartes.<sup>[8]</sup>

Saliente-se, também, a importância de direitos e deveres que se manifestam e se impõem a possuidores e a proprietários na utilização do bem móvel ou imóvel, com esteio nas disposições constitucionais (CF/88, arts. 5º, XXIII, 170, 182, etc.), além de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos à funcionalidade social, econômica e ambiental da propriedade e da posse, construção que permitiu, por exemplo, a edição do Enunciado 84/STJ.<sup>[9]</sup>

A tutela do patrimônio é repensada, com Fachin, interpretando-se o art. 548 do Código Civil (impossibilidade de doação de todos os bens pelo doador), construindo uma teoria baseada na dignidade da pessoa humana, que tutela um patrimônio mínimo necessário à existência digna, em que a pessoa não pode se privar seja pelo exercício da autonomia privada, seja por atos de outrem como a execução por dívidas, sendo este patrimônio mínimo verificado em cada caso concreto.<sup>[10]</sup>

Essas contribuições do direito civil constitucional e de Luiz Edson Fachin demonstram a *virada copernicana* que impede a colonização da espacialidade pública em relação a espacialidade privada e vice-versa, em uma perspectiva de diálogo entre elas, a fim de tutelar os sujeitos de direitos concretamente, sempre se preocupando com um Direito incluyente e que reconheça situações antes postas à sua margem.

Por tudo isso, e muito mais, Fachin preenche, com sobras, o requisito de notório saber jurídico para compor a Suprema Corte brasileira. Quanto à reputação ilibada, a trajetória de vida do civilista paranaense, seus valores e ideais, seu forte senso ético e sua preocupação com o próximo deixam absolutamente fora de dúvidas que Fachin não apenas preenche o requisito, como será um grande ganho republicano para o Supremo Tribunal Federal.

De resto, é preciso ter sempre bem claro que, no Estado de Direito, estripulias políticas não podem macular os requisitos constitucionais.

P.S. Aos estimados leitores, informo que em minha próxima coluna retomarei a segunda parte dos estudos de superação positivismo jurídico, fechando, assim, o ciclo de reflexões sobre o tema.

[1] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do Direito Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 117-139, 2012.

[2] FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, v. Nº.15, p. 243-272, 2009, p. 244.

[3] FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 9.

[4] FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, v.



Nº.15, p. 243-272, 2009, p. 244.

[5] FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasineño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, v. Nº.15, p. 243-272, 2009, p. 245.

[6] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[7] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[8] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[9] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[10] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

**Date Created**

28/04/2015