

DIREITO PRIVADO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL (CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA E FILOSÓFICA DO FENÔMENO)

Gisele Mazzoni Welsch¹

INTRODUÇÃO

O novo Código Civil foi elaborado com um novo espírito, livre de dogmas do passado ligados ao individualismo e mais voltado para o sentido social do Direito².

A abertura do sistema proporcionada pela nova codificação atenua a divisão do direito em público e privado, na medida em que os valores estabelecidos na constituição se impõem, fazendo de interesse público institutos jurídicos antes relacionados somente à esfera privada. Assim, no direito contratual, o princípio da autonomia privada cede espaço à boa-fé nas relações e à função social do contrato, valores que se ligam à dignidade da pessoa humana.

¹ Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito (Teoria Geral da Jurisdição e Processo) pela PUCRS; Especialista em Direito Público pela PUCRS; Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade FEEVALE; Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

² Nesse contexto, está a teoria proposta por Dworkin, que conjuga a necessidade de democratização e o aperfeiçoamento do Direito, através da aproximação do Direito à comunidade, tanto na formação como na aplicação do Direito. O autor vislumbra o Direito como um conceito em construção, consubstanciado na prática jurisprudencial e na ciência do Direito, ou seja, insere no Direito a necessidade de evolução através da atividade jurisdicional pautada nos fundamentos filosóficos dessa ciência. A "Interpretação Integrativa", proposta por Ronald Dworkin permite o avanço jurídico em correspondência à evolução das práticas sociais. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**: O que é o direito. SP: Martins Fontes, 1999. p. 413.)

A dinâmica da vida social exige do direito uma maior flexibilidade do sistema, sob pena do mesmo não conseguir atender às necessidades sociais de forma justa e coerente.

É nessa medida que o fenômeno da constitucionalização do direito civil deve ser entendido e concebido. Atentando para a realidade social e cultural em que esteve e está inserido e, sobretudo, buscando pressupostos de caráter epistemológico e filosófico.

Assim, cabe trazer à baila a questão central dentro da temática: Dentro do processo de unificação do público e privado e, portanto tratando-se da constitucionalização do direito civil numa realidade onde se fala da eficácia horizontal dos direitos fundamentais³ e de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados,⁴ mister se faz o questionamento sobre a posição do indivíduo. Será ele **SUJEITO OU SUJEITADO? CONSTITUÍDO OU CONSTITUINTE?**

³ A expressão “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais ou a expressão eficácia perante terceiros são criticadas por parte da doutrina que entende ser mais coerente a nomenclatura “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, por definir de forma mais adequada a abrangência do tema. É nesse sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que argumenta: “*Essas, em suma, algumas das razões pelas quais optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”, por traduzir, de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.pp. 51/52).

⁴ O legislador, então, ao estabelecer a cláusula geral, pretendeu não adotar conceitos rígidos e não se vincular a formas acabadas. As normas, assim, tornar-se-iam dinâmicas e aptas a atender à realidade social em que se encontrariam inseridas. Porém, é complicado se imaginar as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados como as únicas janelas que conduziram à aplicação da Constituição e dos direitos fundamentais ou, ainda, que permitiriam uma sistematização de regras e princípios. Tal adequação não pode ser pensada apenas através desses dois mecanismos, pois redundaria em limitação da força normativa da Constituição. É nesse sentido o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet: *(...) a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento segundo o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado viesse a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.* (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.p. 58.)

1. ENFOQUE SUJEITO/SUJEITADO, CONSTITUINTE/CONSTITUÍDO NO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Considerando os ensinamentos de Michel Foucault, “O homem é uma construção da modernidade”. Porém, pertinente se faz a indagação de, se nesse processo de modernização e evolução, o homem participa de forma ativa ou passiva, considerando a realidade contextual e os valores vigentes.

Tendo-se por base a obra “A Ordem do Discurso” de Foucault, percebe-se, a partir da Teoria do Discurso, que o homem acaba por ocupar lugar de sujeito em função do sujeito na medida em que se veste do discurso (discurso aqui entendido como a dinamicidade das normas, doutrina e princípios) da modernidade contra ele mesmo, ou seja, suas necessidades e sua condição natural. O homem se desnatura enquanto ser autônomo para ascender à condição do discurso na busca do poder, ele deixa de ser e viver o que ele é e representa naturalmente para ocupar um espaço que lhe possibilite o exercício do discurso (aqui ele passe a ser constituído pelo discurso e não constituinte desse processo).

Michel Foucault expressa essa idéia da seguinte maneira:

Meu objetivo será mostrar-lhes como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento.⁵

Tal noção ainda fica bastante clara na seguinte passagem de “A Ordem do Discurso” de Michel Foucault:

Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de

⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Lea Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.p. 8.

espantoso, visto que o discurso- como a psicanálise nos mostrou- não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto de desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar- o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.⁶

Quando Foucault demonstra essa mobilização do homem na busca de um espaço ao discurso, ele dialoga com a idéia de poder esposada em Nietzsche. Segundo Foucault, Nietzsche coloca no cerne, na raiz do conhecimento, algo como ódio, a luta, a relação de poder.⁷

Em Zaratrusta, Nietzsche procura mostrar que somente quem sobe altas montanhas, no sentido figurado, é capaz de enfrentar o eterno retorno do mesmo.⁸

Porém Nietzsche chama a atenção para a malignidade que pode advir do desejo de domínio (Desejo de domínio...mas, quem quereria chamar a isto um desejo quando para baixo é que altura deseja o poder!⁹).

O filósofo alemão ainda ressalta a necessidade de quebra de paradigmas e dogmas que limitam a evolução e crescimento do homem nele mesmo e por ele mesmo. Em Para além de bem e de mal, Nietzsche procura demonstrar justamente que instituições de poder e dominação, como a Igreja Católica, através da religião, acabam por estabelecer conceitos e dogmas de bem e de mal, certo e errado, limitando o homem de um desenvolvimento e pensamento autônomo e independente dessas imposições que o elevasse a um espírito livre e criador.

⁶ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 15ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.p. 10.

⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final do texto Lea Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.p. 22.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratrusta**. Parte III, Item II de “O Convalescente”. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratrusta**. Parte III, Item II de “Os Três Males”. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

Até mesmo porque, a idéia da dialógica apresenta-se mais coerente e não a da lógica excludente da dialética, já que, em verdade, não existe certo e errado, já que a ciência moderna seguiu o modelo da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, junto com a concepção do método que corresponde a essa exigência.

Na busca de um espaço de poder que lhe legitime ao discurso, o homem se desnatura e, nessa medida ele também fica adstrito às condições do discurso e acaba deixando de alcançar esse espírito livre e essa transcendência nele mesmo de que fala Nietzsche.

É importante tratar aqui da questão da busca da verdade¹⁰, já que se preocupa com a condição de sujeito que o homem acaba por ocupar em função da imposição da modernidade e da veste de discurso. O homem acaba abandonando a idéia de buscar sentido e valor nele mesmo e em suas necessidades.

Tratando da questão da compreensão e interpretação de um texto, onde se deve descartar as idéias prévias impostas pelo sistema (que ganha dinâmica com o discurso), entende Gadamer que tais opiniões prévias podem induzir a erros que não se confirmam nas próprias coisas objeto de interpretação. A tarefa constante da compreensão está, justamente, na elaboração dos projetos adequados às coisas e que só podem se confirmar e completar “nas coisas”.

Nesse diapasão, Gadamer reconhece que a tarefa fundamental é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor. E, para tanto, é necessário que se estabeleça um critério: “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento

¹⁰ Considerando-se que, para Sartre, “a verdade tem um tempo, em função de seu paradigma”.

pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre determinada por esta”.¹¹

Como já visto alhures, a ciência moderna seguiu o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, junto com a concepção do método que corresponde a essa exigência. É justamente nessa medida que se entende que há uma dificuldade em se harmonizar o conhecimento histórico, que contribui para a formação da consciência histórica, com a dificuldade de compreender esse ideal a partir do moderno conceito de método.

Por isso que a referida obra de Gadamer denomina-se “Verdade e Método”, contudo, nessa perspectiva, sua melhor leitura seria Verdade contra Método. O Iluminismo já havia demonstrado que, por trás de todo o discurso há um método, mas, como já visto, o método pode acabar inviabilizando a busca da verdade e, assim, o discurso acaba sujeitando e constituindo o indivíduo, através de métodos impostos que o afastam de sua verdade.

Cabe registro, ainda dentro da análise do discurso dando dinamicidade ao Direito, o papel da hierarquização axiológica entre os princípios e valores neles subjacentes. Como é cediço, no conflito de regras existe um conflito entre princípios e, tal conflito de regras, só pode ser melhor resolvido mediante hierarquização axiológica. Nas palavras de Juarez de Freitas:

É o momento de responder, de modo afirmativo, à questão acerca da ocorrência de antinomias teleológicas em conflito de normas com princípios hierarquizados ou escolhidos como superiores, tais como, por exemplo, os dois propostos acerca da justiça. Impõe-se sublinhar que o princípio da hierarquização axiológica é o que oferece, tópicos-sistematicamente, a resposta à eventual situação antinômica entre esta ou aquela regra de prioridade.¹²

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. tradução de Flávio Paulo Meurer: revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007.p. 356.

¹² FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.p. 140.

Ainda no desiderato de resolução de antinomias, Ricardo Guastini também cita a importância do método da hierarquização, senão vejamos:

(...) pode-se resolver uma antinomia eliminando uma das duas normas em conflito: segundo os casos, a cronologicamente sucessiva (*lex posterior derogat legi priori*), ou a hierarquicamente inferior (*lex superior derogat legi priori*). Num caso, se “elimina” uma norma do ordenamento considerando-a abrogada; no outro caso, se a “elimina” considerando-a inválida. Em ambos os casos, uma das normas em conflito é tornada “ineficaz”, ou seja, subtraída (parcialmente ou totalmente) à aplicação. Desse modo, a antinomia é resolvida não mais no terreno da pura e simples interpretação, mas antes no terreno de produção jurídica, ainda que aqui, obviamente, trate-se de uma produção puramente “negativa”. Nenhuma norma é acrescida ao ordenamento, mas uma norma é expulsa – parcial ou totalmente – dele.¹³

Portanto, entende-se que a necessária hierarquização axiológica entre os princípios e os valores neles subjacentes encontra-se no discurso, o qual possui dinamicidade e não no sistema inerte.

Relativamente à tal questão, é indispensável citar o conceito de sistema jurídico esposado por Juarez Freitas em sua obra *A Interpretação Sistemática do Direito*:

(...) entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição.¹⁴

O discurso é feito a partir das normas e decisões (sentenças, decisões interlocutórias, etc...) e nesse aspecto tem-se a Semiologia e a partícula. A Semiologia implica em um exercício de intersubjetividade, onde o significante

¹³ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 234/235.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

apenas se transforma em significado por meio da mediação entre o sistema e a regra.¹⁵

A respeito da intersubjetividade e do agir comunicativo, é importante a lição de Habermas:

Sobre teoria da argumentação ver Habermas: “Os fenômenos morais descobrem-se, como procurarei mostrar na parte II, a uma investigação formal pragmática do agir comunicativo, no qual os atores se orientam por pretensões de validade. Deve ficar claro porque a ética filosófica – diferentemente, por exemplo, da teoria do conhecimento- pode assumir sem mais a figura de uma teoria especial da argumentação. Na Parte III, colocarei a questão fundamental da teoria moral, a saber, como o princípio da universalização, que é o único a possibilitar nas questões práticas um acordo argumentativo pode ser, ele próprio, fundamentado. Este é o lugar para a fundamentação transcendental da ética a que Apel procede a partir de pressuposições pragmáticas universais de argumentação. Todavia, veremos que esta ‘derivação’ não pode pretender o status de uma fundamentação última e também veremos que uma pretensão tão forte não deveria de modo algum ser erguida. (...) Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente pretensões de verdade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. Que um falante possa motivar racionalmente um ouvinte à aceitação de semelhante oferta não se explica pela validade do que é dito, mas, sim, pela garantia assumida pelo falante, tendo um efeito de coordenação, de que se esforçará, se necessário, para resgatar a pretensão erguida. Sua garantia, o falante pode resgatá-la, no caso de pretensão de verdade e correção, discursivamente, isto é, aduzindo razões; no caso de pretensões de sinceridade, pela consistência de seu comportamento (que alguém pense sinceramente o que

¹⁵ Nessa esteira também encontra-se o pensamento de Kant, para quem não adianta apenas o objeto sem o sujeito para torná-lo inteligível.

diz é algo a que só se pode dar credibilidade pela conseqüência de suas ações, não pela indicação de razões).¹⁶

Já na Semiótica, não há a necessidade de uma mediação entre o sistema e a regra, já que as coisas adquirem significado em si mesmas em função dos seus signos, uma vez que considera-se o fato concreto, promove-se uma análise tópica (exemplo: provas no processo). Aqui ainda tem-se a onda, a qual representa a tendência dos fatos reais e concretos (exemplo: a jurisprudência). Uma partícula fora da onda representa uma decisão em desconformidade com a jurisprudência. Isso quer dizer que o discurso fundamenta-se na dinamicidade do direito, na interlocução de suas normas e decisões.

Considerando-se justamente a questão da dinâmica necessária do discurso, encontra-se a explicação do fenômeno da constitucionalização do direito civil, onde questões privadas sofrem a ingerência de normas da Constituição e nela se fundamentam e buscam premissas justificadoras (através das janelas das cláusulas gerais e conceitos jurídicos e indeterminados). O processo precisa ser entendido e legitimado num contexto onde se evidencia a supremacia do interesse público sobre o privado, inclusive no bojo das relações privada.

As normas deste novo modelo de código trazem *conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. Os primeiros são “conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos”; as segundas, “normas cujo enunciado é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”.¹⁷

No sistema jurídico aberto, os princípios assumem uma posição hierarquicamente superior, no sentido de prioridade de aplicação, em relação

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 63 e 79.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

às normas de conteúdo específico, visto que são justamente aqueles que proporcionam a interligação entre a ordem social e a ordem jurídica, viabilizando uma constante renovação desta última.

Portanto, percebe-se, hodiernamente, a preocupação com a abertura do sistema, papel esse desempenhado pela interpretação integrativa, a qual permeia toda a realidade constitucional-civil, uma vez que ela se expressa através da aplicação de mecanismos como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, além de estar presente também nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social, visando, sobretudo, à conformação dos problemas sociais reais.

Nesse sentido, está a consideração de Ricardo Aronne:

A operação hermenêutica a partir da metodologia do pensamento tópico-sistemático revela sua riqueza compreensiva, não só na percepção do sistema jurídico em si, como rede teleológica e topicamente hierarquizada de regras, princípios e valores, na busca da coerência material do ordenamento na resolução dos casos concretos, mas principalmente pela noção de sistema jurídico aberto e em constante comunicação e inter-relação com os demais sistemas.¹⁸

O presente trabalho, fundando-se nessas premissas filosóficas e epistemológicas, buscará analisar o processo de evolução do fenômeno da constitucionalização do direito civil, buscando suas origens e explicações históricas, desde a codificação até o constitucionalismo com a Constituição Federal de 1988 (Revolução por transição), considerando-se a estrutura tríplice do Direito Civil Clássico, baseada nos institutos do contrato, da família e da propriedade.

¹⁸ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 343.

2. DISTINÇÃO ENTRE PUBLICIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Durante muito tempo, cogitou-se da publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.

Se se entende como publicização a submissão dessas matérias ao âmbito do direito público, então é incorreto tal enquadramento. O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é este o campo próprio do direito público. É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados, tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado.

Muitos propugnam pela superação da velha dicotomia, que resiste à falta de outra mais convincente e mantém sua utilidade no plano didático. Os arautos de seu desaparecimento têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas. No Estado social (*welfare state*) todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social,

portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.

Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

3. FASES DO CONSTITUCIONALISMO E A EVOLUÇÃO CONTEMPORÂNEA DO DIREITO CIVIL

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação).

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao

contrário dos antigos¹⁹, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.

Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade.²⁰

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no jus privilegium, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.

¹⁹ Para os antigos, livre é quem pode exercer a ação política, quem pode participar do autogoverno da cidade; os demais são escravos. Neste sentido, a liberdade é positiva, enquanto a dos modernos é negativa. É conhecido o elogio da liberdade dos modernos, no famoso discurso de Benjamin Constant, alguns anos após a Revolução Francesa (*De la liberté des anciens comparé a celle des modernes*, Paris, 1819), entendida como a desemperada fruição dos bens privados. Na antiga Roma os escravos exerciam a atividade econômica (eram "livres" para exercê-la); alguns enriqueceram, mas a cidadania era-lhes vedada. Entre os modernos, ocorreu a inversão: livre é o que detém a livre iniciativa econômica, pouco importando que seja submetido a uma autocracia política: o exemplo frisante foram as ditaduras militares que exasperaram o liberalismo econômico.

²⁰ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**, São Paulo, Saraiva, 1986, p.11. Hannah Arendt (**Entre o Passado e o Futuro**, São Paulo, 1979, p. 188-220) sublinhou que o liberalismo, não obstante o nome, colaborou para a eliminação da noção de liberdade no âmbito político.

4. DIREITO CIVIL NO ESTADO SOCIAL

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.

Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico. Percebe-se, então, que os fatos se revoltam contra o Código.

5. DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os

códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral²¹ que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas.

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

A respeito da complexidade da vida contemporânea, cabe trazer à lume a idéia de complexidade de Edgar Morin:

Mas então a complexidade apresenta-se com os traços inquietantes da confusão, do inextricável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza...Daí a necessidade, para o conhecimento, de pôr ordem nos fenômenos ao rejeitar a desordem, de desviar o incerto, de selecionar os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambigüidade, de clarificar, de distinguir, de hierarquizar...Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de tornar cega se eliminarem os outros caracteres do complexus; e efetivamente, como indiquei, elas tornaram-nos cegos.²²

A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.

²¹ AMARAL, Francisco. **A Descodificação do Direito Civil Brasileiro**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, 8 (4) 545-657, out./dez. 1996.

²² MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução Dulce Matos. 1ª edição. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.p. 18.

O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes, em grau mais agudo. A mulher foi a grande ausente na codificação. As liberdades e igualdades formais a ela não chegaram, permanecendo a codificação, no direito de família, em fase pré-iluminista. Nas grandes codificações do século passado (e a concepção de nosso Código Civil é oitocentista), o filho é protegido, sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais e o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas.

Proliferaram na década de setenta deste Século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados "códigos", em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor – dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. Por outro lado, esses novos direitos são informados necessariamente de dados atualmente irrefutáveis de vários ramos das ciências ou da ética.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, *ao contrário da ciência aristotélica, a ciência moderna desconfia sistematicamente das evidências da nossa experiência imediata. Tais evidências, que estão na base do conhecimento vulgar, são ilusórias.*²³

Sobre o novo paradigma científico, elucida Boaventura de Sousa Santos:

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13ª ed. Porto: Editora Afrontamento, 2002.p. 12.

Para compreender esta confiança epistemológica é necessário descrever, ainda que sucintamente, os principais traços do novo paradigma científico. Cientes de que o que os separa do saber aristotélico e medieval ainda dominante não é apenas nem tanto uma melhor observação dos fatos como sobretudo uma nova visão do mundo e da vida, os protagonistas do novo paradigma conduzem uma luta apaixonada contra todas as formas de dogmatismo e de autoridade.²⁴

6. NATUREZA DAS NORMAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, RELACIONADOS AO DIREITO CIVIL

De um modo geral, a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto-executáveis. Todavia, as lições contidas nos manuais e cursos de direito civil permanecem reproduzindo as noções relativas a artigos que restaram com eles incompatibilizados.

Após algumas confusões iniciais, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese, da revogação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com as normas e princípios da Constituição, quando ela entrou em vigor.

No caso do direito de família, os preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Todas normas que instituíram direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges restaram revogados integralmente. Apenas deste modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.

Ante a eficácia plena das normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis, apesar de seus enunciados genéricos, é inadequada a interpretação conforme à Constituição, da legislação civil anterior com ela incompatível, porque este princípio de hermenêutica constitucional

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13ª ed. Porto: Editora Afrontamento, 2002.p. 12.

deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Em face da orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

O art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ocorre que a doutrina pátria não é unânime quanto ao significado e alcance do preceito em exame. É preciso, portanto, analisar a abrangência da norma, isto é, se ela é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição.

Anote-se, pois, primeiramente, que a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, expressa no parágrafo 1º do art. 5º, da Constituição da República do Brasil, significa que a sua exigibilidade não pode diferir por alegações de condicionamentos a situações adotáveis apenas mediatamente.

Ainda como leciona o professor Ingo Wolfgang Sarlet, se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.²⁵

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 283.

Assim, entende-se que a aplicabilidade imediata (na medida exatamente da eficácia jurídica peculiar a cada norma) é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional – mesmo de eficácia limitada-, independentemente da expressa previsão do art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna.

Ainda assim persiste o problema da identificação da norma, ou seja, se se trata de norma de eficácia plena ou limitada, situação que acaba sendo definida pelo intérprete.

As considerações gerais até aqui expostas são melhor especificadas nos três institutos principais do direito civil, a saber, a família, a propriedade e o contrato, ressaltando o conteúdo que passaram a ostentar, a partir dos fundamentos constitucionais.

7. FONTES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A característica fundante da família atual é a afetividade. As Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado. As declarações de direito, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram vinculá-la à sociedade (Art. 16.3: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade ..."; na Constituição brasileira, art. 226: "A família, base da sociedade, ..."), como reconhecimento da perda histórica de sua função política. A função política despontava na família patriarcal, cujos fortes traços marcaram a cena histórica brasileira, da Colônia às primeiras décadas deste Século. Em obras clássicas, vários pensadores²⁶ assinalaram este instigante traço da formação do homem brasileiro, ao demonstrar que a religião e o patrimônio doméstico se colocaram como irremovíveis obstáculos ao sentimento coletivo de res publica. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao

²⁶ Especialmente Nestor Duarte, **A Ordem Privada e a Organização Política Nacional**, Brasília, Ministério da Justiça, 1966/1997; Gilberto Freire, **Casa Grande e Senzala**, Rio de Janeiro, Record, 1994; Darcy Ribeiro, **O Povo Brasileiro**, São Paulo, Cia. das Letras, 1995.

Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. Em suma, o público era pensado como projeção do espaço privado-familiar.

A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o fenômeno de repersonalização das relações familiares. É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar.

Embora a família tenha perdido sua função de unidade religiosa (deus doméstico, dos romanos; capela da casa grande, dos senhores rurais brasileiros), os temas de direito de família continuam mesclados de interferências religiosas. Casamento, divórcio, planejamento familiar, filiação, são recorrentes em posições, às vezes extremadas, de grupos religiosos que procuram influir nas opções legislativas e nas políticas públicas.

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, à mulher e aos filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública,

tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito. Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença

serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito.

8. FONTES CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII (XXII – é garantido o direito de propriedade) é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (XXIII – a propriedade atenderá a sua função social) é a dimensão coletiva e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.

O caminho indicado para a superação do impasse é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do balanceamento ou da ponderação de direitos e interesses em conflito²⁷. Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional.

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função

²⁷ É no Poder Judiciário que se resolverão os casos que se encontrarem no limbo de definição de cada direito, ou que contiverem colisão entre eles, afetando, ou não afetando seus núcleos. Por isso que é com o princípio da ponderação, da análise do caso concreto, que se resolverão as mazelas levadas ao Judiciário. (In SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.p. 91.)

social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Para determinadas situações, a Constituição estabelece o conteúdo da função social, como se lê no artigo 182, § 2º, relativamente à propriedade urbana, e no art. 186, relativamente à propriedade rural. Neles, evidentemente, não se esgota seu alcance. A desapropriação por interesse social arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançá-la, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão. No caso da propriedade urbana, outros mecanismos de intervenção estatal estão previstos: o parcelamento ou a edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. O conflito entre a concepção individualista da propriedade e a concepção social emerge na reação que se nota nos tribunais à implementação, pelos municípios, do imposto progressivo sobre terrenos urbanos desocupados, apenas utilizados para fins especulativos.

Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar e dispor de seus domínios como lhe aprouvesse, segundo conhecida formulação da legislação civil tradicional. O direito à habitação entrou na cogitação dos juristas, competindo com o direito de propriedade.

O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio-ambiente, que foi elevado a macrolimite constitucional insuperável (artigo 225 da Constituição), no sentido da construção *in fieri* do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio-ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível a todos e

exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Ela envolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

Relativamente à repersonalização do direito de propriedade dentro do processo de separação entre o público e o privado, assevera Ricardo Aronne:

O compromisso transformador, que é inerente à idéia de Estado Social e Democrático de Direito, publiciza o Direito Civil, com vistas à sua funcionalização, na condição de meio de concretização dos valores solidarísticos constitucionalizados.²⁸

9. FONTES CONSTITUCIONAIS DO CONTRATO

A ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica que emerge o Estado social e se cristaliza a ideologia constitucionalmente estabelecida.

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Tal modelo de contrato refere-se

²⁸ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 88.

àquele estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo.

A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). A justiça social importa "reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie do macroprincípio da justiça contratual, que por sua vez abrange a boa fé objetiva, a revisão contratual, o princípio *venire contra factum proprio*, o princípio da lesão nos contratos, a cláusula *rebus sic stantibus*, a invalidade das cláusulas abusivas, a regra *interpretatio contra stipulatorem*.

Outro interessante campo de transformação da função dos contratos é o dos contratos, negociações ou convenções coletivas, já amplamente utilizadas no meio trabalhista. À medida que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo se apresenta como um poderoso instrumento de solução e regulação normativa dos conflitos transindividuais. O Código do Consumidor, por exemplo, prevê a convenção coletiva para regular os interesses dos consumidores e fornecedores, através de entidades representativas.

Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal.

Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados, são predispostos pela empresa a todos os adquirentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente estes

problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante mais fraco, apesar da retórica neoliberal.

Assim, no direito contratual, o princípio da autonomia privada cede espaço à boa-fé nas relações e à função social do contrato, valores que se ligam à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, apresentam-se a função social dos contratos e a boa-fé objetiva como cláusulas gerais ou abertas, permitindo uma melhor adequação ao caso concreto. É evidente, portanto, que é dado ao Juiz certo grau de subjetivismo, posto que ausente o elemento concreto para aferição da ausência da função social do contrato ou da boa-fé objetiva.

9.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Um dos pontos altos do novo Código Civil está em seu art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

Essa colocação das avenças em um plano transindividual tem levado alguns intérpretes a temer que, com isso, haja uma diminuição de garantia para os que firmam contratos baseados na convicção de que os direitos e deveres neles ajustados serão respeitados por ambas as partes.

Esse receio, todavia, não tem cabimento, pois a nova Lei Civil não conflita com o princípio de que o pactuado deve ser adimplido. A idéia

tradicional, de fonte romanista, de que “*pacta sunt servanda*” continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais.

Pode-se dizer que a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 veio reforçar ainda mais essa obrigação, ao estabelecer, no art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No quadro do Código revogado de 1916, a garantia do adimplemento dos pactos era apenas de ordem jurídica, de acordo com o entendimento pandectista de que o direito deve ter disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, enquanto que atualmente não se prescinde do que *eticamente* é exigível dos que se vinculam em virtude de um acordo de vontades.

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O exercício de direitos com manifesta inobservância aos fins sociais desses respectivos direitos é exercício ilícito, por se tratar de abuso de direito, de acordo com o art. 187 do Código Civil. Nesses casos, haverá a responsabilidade civil, quando houver dano.

Assim, pode-se dizer que o princípio da função social atua no plano da validade de forma mais restrita e no plano da eficácia de forma mais ampla, controlando os efeitos dos atos. Por sua vez, considerando que as obrigações constituem fatos sociais de importantes desdobramentos, as obrigações devem

ser elas respeitadas da mesma forma como se deve respeitar a propriedade alheia.²⁹

Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negociat* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

O ato de contratar corresponde ao valor da *livre iniciativa*, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular.

Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, a função social dos contratos visa integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas.³⁰

Portanto, percebe-se que a idéia de função social do contrato instiga o intérprete a deixar de lado a leitura e a interpretação do Direito Civil sob a ótica clássica, baseada na doutrina volitiva, e também buscar os valores existenciais do homem, não deixando nunca de observar a realização da dignidade da pessoa humana.

²⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

³⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. p. 116.

Como uma das formas de constitucionalização do Direito Privado, temos o § 4º do Art. 173 da Constituição, que não admite negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Esse é um caso extremo de limitação do poder negocial, não sendo possível excluir outras hipóteses de seu exercício abusivo, tão fértil é a imaginação em conceber situações de inadmissível privilégio para os que contratam, ou, então, para um só deles.

É em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado.

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.

Por outro lado, o princípio de socialidade atua sobre o direito de contratar em complementaridade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual permeia todo o novo Código Civil.

Nesse sentido, Luís Renato Ferreira da Silva salienta, tratando do tema das premissas em razão da função do Direito como fator concretizador da solidariedade:

Tomando estas premissas acerca do papel do Direito como elemento regente e estruturador da solidariedade orgânica (que carece de ser estruturada, pois não mais natural, e que, no Direito brasileiro, é proclamada pela Carta Fundamental) vê-se que o reconhecimento infraconstitucional da função social do contrato, como um limitador ao exercício da

liberdade contratual (rectius, autonomia privada) concretiza este elemento solidarista.³¹

Isto posto, o olvido do valor social do contrato implicaria o esquecimento do papel da boa-fé na origem e execução dos negócios jurídicos, impedindo que o juiz, ao analisá-los, indague se neles não houve o propósito de contornar ou fraudar a aplicação de obrigações previstas na Constituição e na Lei Civil.

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002.

É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.

Finalmente, pode-se dizer que o princípio da função social impõe a observância das conseqüências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são alheios às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.

CONCLUSÃO

Do exposto pode-se concluir que os estudos mais recentes dos civilistas evidenciam a falácia da visão obsoleta do direito civil, atribuindo à unidade da

³¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 132.

hermenêutica o ápice à aplicação da legislação civil à Constituição. Isso exigindo de certa forma unidade epistemológica, em unidade do direito civil definindo a categoria, conceitos e classificações aos vários ramos do direito civil à Constituição.

Na perspectiva do Estado Social do Século XX, foi reduzida a autonomia privada para a garantia da tutela dos mais fracos originando a publicização: Direito do Trabalho, Direito Agrário e Estatuto da Criança e do Adolescente, os Direitos Autorais, o Direito do Consumidor, etc. Assim, todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados, caracterizando-se como intervenção legislativa infraconstitucional. Isto, à construção do moderno direito civil não se coaduna com o real propósito da constitucionalização. As etapas do constitucionalismo e a evolução contemporânea do direito civil e a história da codificação liberal redundaram em exploração dos mais fracos pelos mais fortes, surgindo conflitos e o direito do Estado Social.

Nesse cenário, aparece o neoliberalismo e a globalização que abalaram os alicerces do Estado Social. O cerne da questão está na mudança do Estado e da sociedade, mas os códigos continuaram estruturados no Estado Liberal.

A tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização deixam claro o desafio aos civilistas para verem as pessoas em toda a sua dimensão autológica: a primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição basilar de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. No pensar de Orlando de Carvalho, é o que se denomina do poder jurisgênico do homem comum.

No que concerne à natureza das normas e princípios constitucionais relacionados ao direito civil, chama-se a atenção para os três institutos principais do direito civil: a família, a propriedade e o contrato social, devendo-se considerar a importância atribuída ao conteúdo dos mesmos pelos fundamentos constitucionais.

Analisa-se também as fontes constitucionais do direito de família desde o Brasil – Colônia com sua função política marcada pela religião e pelo

patrimônio. A descaracterização das funções políticas, econômicas e religiosas tendo como fonte o biológico, afetividade como a característica fundante da família. E os seus princípios constitucionais são três: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade. A culminância desses princípios, atualmente, dá-se pelo equilíbrio do privado e do público na dignidade da pessoa humana desenvolvida na comunidade familiar.

Evidenciando o impasse das fontes constitucionais de propriedade: é garantido o direito de propriedade artigo 5º, XXII; a propriedade atenderá a sua função social, que segundo a concepção do Estado Liberal, indica o critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade para o balanceamento e ponderação de direitos e interesses em conflito. Todavia, a Constituição determina como fonte principal da propriedade a função social. Mais ainda, ela representa o conteúdo e não apenas o limite da propriedade.

Na análise das fontes constitucionais do contrato, percebe-se que se efetivam na ordem econômica, donde emerge o Estado Social e se cristaliza a ideologia constitucionalmente já estabelecida.

Ressalte-se que o Código do Consumidor perpassa por todos os fundamentos constitucionais aplicáveis à proporcionalidade inicial do limite e obrigações. Ainda chama-se atenção para o outro campo inovador da função dos contratos que são as negociações, ou convenções coletivas do meio trabalhista.

Na constituição do direito civil, as mudanças de paradigmas do direito civil se revelam como seu real doutrinário a pessoa humana. O valor essencial da família é a oportunidade. O direito de propriedade não está no limite da mesma função social.

Depreendendo-se, portanto, que os valores concluídos dessas transformações deverão ser convertidos em princípios e regras constitucionais para reconduzi-los ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas.

Portanto, é preciso que se compreenda o direito privado tendo por núcleo os aspectos existenciais do ser humano. Por isso que se busca uma ordem normativa que racionalmente se constitua pela opção da pessoa e que, observadas as exigências do caso em concreto, o Direito seja capaz de amparar e proteger o ser humano, cumprindo com as exigências apresentadas por um Estado democrático de direito.

Ainda é preciso ter clara a importância que a linguagem e o discurso desenvolvem nesse processo, já que, ao fim e ao cabo, o discurso acaba por se tornar a premissa justificadora da desconstrução e, portanto, promotora de revoluções e mudanças no sistema, já que ele vivifica e atribui força cinética a esse sistema. Pois como bem salienta Ricardo Aronne:

A linguagem e o discurso, como claramente denunciam os textos precedentes, possuem um papel fundamental na construção do direito, ubicando uma hermenêutica emancipatória do sujeito e do método, como a dança envolve o dançarino em um rodopio crítico, tópico, sistemático, complexo e caótico.

É na moldura da linguagem, que resultam impressos os tons multiprismáticos dos valores através do discurso que o intérprete ordena, em graus variáveis e variantes de comunicação. Plural. Sistemática. Complexa. Não-linear. Fractal. Como a vida. Sensível às condições iniciais. Caótica.³²

³² ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 169.

OBRAS CONSULTADAS

AMARAL, Francisco. **A Descodificação do Direito Civil Brasileiro**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, 8 (4) 545-657, out./dez. 1996.

ARENDDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**, São Paulo, 1979.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro- Breve ensaio sobre a posse e a sua natureza**. In: In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BITTAR, Carlos Alberto (org.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

DUARTE, Nestor. **A Ordem Privada e a Organização Política Nacional**. Brasília, Ministério da Justiça, 1966/1997.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito: O que é o direito**. SP: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Apreciação Crítica do Código Civil de 2002 na Perspectiva Constitucional do Direito Civil Contemporâneo**. In Revista Jurídica, ano 51, n° 304, fevereiro de 2003.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 15ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final do texto Lea Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FREIRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**, Rio de Janeiro, Record, 1994.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. tradução de Flávio Paulo Meurer: revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**, São Paulo, Saraiva, 1986.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MELGARÉ, Plínio. **A Jus-Humanização das Relações Privadas: Para Além da Constitucionalização do Direito Privado**. Revista da Ajuris, ano XXXI, n° 94, junho de 2004.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução Dulce Matos. 1ª edição. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratrusta**. Parte III, Item II de “O Convalescente”. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**, São Paulo, Cia. das Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13ª ed. Porto: Editora Afrontamento, 2002.

SARTI, Amir José Finocchiaro. **A Constitucionalização do Direito Civil.** In: Revista Jurídica, ano 51, n° 312, outubro de 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.

TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas diante do Novo Código.** In: *Direito Civil: atualidades.* Bruno Torquato de Oliveira Naves. Cezar Fiúza e Maria de Fátima Freire de Sá, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **“Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?** In: *Revista de Direito Privado.* Ano 7, julho-setembro de 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo, Martins Fontes, 1987.