

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: A NORMA CONSTITUCIONAL COMO COMPONENTE DO SISTEMA CIVIL

FERNANDA SABRINI PEREIRA¹

AGUINALDO ALEMAR²

RESUMO

Observa-se a irradiação das normas constitucionais aos demais ramos do Direito, modificando o modo como essas normas serão interpretadas, ou seja, interpretação de todos os ramos do Direito conforme a Constituição. Mais especificadamente, o Direito Civil foi o ramo que mais intensamente sofreu o impacto da constitucionalização. Essa “aproximação” entre o Direito Civil e o Direito Constitucional ocorreu em vários países romanos germânicos, fato que se deu nos últimos vinte anos de história. A constitucionalização do Direito Civil é, portanto, teoricamente um fenômeno jurídico contemporâneo, que por vezes apresenta uma dupla vertente, com a reinterpretação de institutos de Direito Civil e vice versa. Por exemplo, na Constituição encontra-se a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana, no Direito Civil a função social do contrato e a boa fé objetiva. Há, portanto, uma revisão de conceitos civis clássicos, no âmbito da família, contratos e propriedade. Todos esses fenômenos ressaltam a importância dos Direitos Humanos Fundamentais que passam a ocupar o centro das concepções jurídicas. A dignidade da pessoa humana alcança um novo patamar ético, condicionando até mesmo a interpretação do Direito Civil. Portanto, observa-se que um princípio constitucional é capaz de paralisar a incidência de uma norma infraconstitucional, havendo uma releitura constitucional dos direitos infraconstitucionais visando assegurar as garantias fundamentais. Porém, deve-se analisar o caso concreto para saber em que medida os Direitos Humanos Fundamentais condicionam as relações privadas, deve haver uma razoabilidade, pois o objetivo não é que a constitucionalização ocupe todos os espaços da vida privada.

Palavras-chave: Direito Civil; Princípios Constitucionais; Constitucionalização; Dignidade da pessoa humana.

¹ Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” – Universidade Federal de Uberlândia. CNPq. Av. Cipriano del Fávoro, 209, apt 1301, Bairro Centro, CEP 38400-106, fersabrinni@yahoo.com.br

² Orientador Professor Doutor da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Av. Mato Grosso, 1.435, Bairro Brasil, CEP 38400-724, aalemar@terra.com.br

ABSTRACT

By observing an irradiation of the constitutional standards to the others branches of the Law, modifying the way as these standards will be interpreted, that is, interpretation of all the Law branches in agreement with the Constitution. More specifically, the Civil law was the branch that more intensely suffered the impact from the constitutionalization. This “approach” between the Civil law and the Constitutional law occurred in some Germanic Roman countries, in the last twenty years of history. The constitutionalization of the Civil law is, therefore, theoretically a legal phenomenon contemporary, who for times presents a double aspect. For example, in the Constitution is founded the property social function and the dignity of the person human being, in the Civil law the contract social function and the good objective faith. There is, therefore, a revision of classic civil concepts, in the scope of the family, contracts and property. All these phenomena stand out the importance of the Basic Human Rights that start to occupy the center of the legal conceptions. The person human being dignity reaches a new ethical platform, conditioning even though the interpretation of the Civil law. Therefore, it is observed that one constitutional principle is capable to paralyze the incidence of infraconstitutionalist rules, having a constitutional reinterpretation of the infraconstitutionalists laws with margin to assure the basic guarantees. But the case concrete must be analyzed to know how the Basic Human Rights condition the private relations, it must have reasonability, therefore the objective is not that constitutionalization occupies all the spaces of the private life.

Key-Words: Civil law; Constitutional principles; Constitutionalization; Dignity of the human person.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante fazer um percurso histórico como forma de se contextualizar e compreender como as transformações sociais, econômicas e políticas influenciam de maneira direta a ciência do Direito, que longe de ser estática, sofre alterações importantes de maneira a atender as necessidades sociais.

No período entre os séculos XVII e XIX predominava o individualismo, a segurança e a certeza do Direito, assim como a igualdade formal e o predomínio das liberdades individuais. Era o chamado Estado de Direito, o qual nasceu com a Revolução Francesa.

No liberalismo a preocupação era com a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais. O papel do Estado era justamente atender aos seus fins econômicos, sendo a propriedade privada seu bem jurídico de maior valor. O Direito Privado era nesta época marcado pelo movimento de codificação, que visava garantir a ordem social sob o

prisma do individualismo.

No pós primeira guerra mundial observa-se o Estado Social de Direito caracterizado pelo intervencionismo econômico, além das garantias dos direitos e liberdades fundamentais, econômicos, sociais e culturais.

O principal objetivo era a consecução do bem estar social ou o chamado Estado do Bem Estar.

Distingue-se do anterior pela busca da igualdade substancial, do Estado de Direito, pela solidariedade e intervenção do Estado na economia.

No Estado do Bem Estar o comportamento racional era o de se vincular ao Estado, pois a função do Estado era de redistribuir as riquezas.

Em verdade, o Estado do Bem Estar Social impôs ao Direito Privado uma nova visão, calcada não em valores inéditos, haja vista que a valoração do homem como ser e razão do Direito já eram defendidos pelo jusnaturalismo, sendo que o quê deseja esse Estado Social é um direito justo, motivo pelo qual irá buscar no Direito Natural os preceitos éticos e valorativos da figura humana, para que se faça presente a justiça social nas relações jurídicas, nas quais deve-se sempre atentar para a preservação da dignidade da pessoa humana segundo os interesses maiores da sociedade.

Sucedeu o Estado Social o Estado Democrático de Direito que se caracteriza pela institucionalização da democracia, como ocorre com a República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Social e Democrático de Direito.

O liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito.

A partir de sua orientação filosófica, tem como pressuposto o uso da razão em detrimento da experiência, utilizando como método de investigação científica os dados obtidos por dedução, excluindo os elementos empíricos obtidos por indução.

Nesta época o Direito Privado era ainda marcado pelo movimento de codificação.

Dessa forma, a autonomia da vontade, juntamente com a garantia da igualdade formal, era o instrumento suficiente para a realização do negócio jurídico, sendo o direito dos contratos fundamentado em teorias como a do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos), pela qual sendo as partes livres para contratarem, caso não se verificasse nenhum dos vícios de vontade estipulados no Código Civil, o contrato era “lei entre as partes”, devendo obrigatoriamente ser cumprido.

Como consequência do modelo liberal burguês adotado observa-se a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade da pessoa humana, o respeito à justiça distributiva e a igualdade material ou substancial.

Trata-se da igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade e na iniciativa privada, observado no Código Civil de 1916.

O Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei o que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo.

Portanto, considerando o Código Civil brasileiro fruto do século XIX, há que se falar na superação do modelo ideologicamente baseado no individualismo-capitalista redigido para regular a vida da sociedade civil como documento completo e único, e de alguns de seus dogmas tradicionais, além do reconhecimento da sua historicidade e vinculação a um momento sócio-político-econômico.

A realidade do século XX, principalmente a pressão social para defesa da parte economicamente mais fraca, exigiu a edição de estatutos para suprir as falhas ou omissões do Código Civil, os quais passaram a complementar ou revogar o contido na codificação.

Essa “descentralização do sistema de direito privado” foi uma forma de atender as emergências sociais.

Conforme análise de Tepedino (1989, p. 77) a recepção dessas novas fontes de direito operou uma inversão hermenêutica, uma vez que as regras de interpretação transferiram-se do instituído pelo sistema da codificação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual do Código Civil, que se tornou, desta sorte, um sistema fragmentado, ora excluído, ora complementar à constelação de microssistemas estabelecidos.

Por isso, frente à preocupação em se regulamentar a vida em sociedade desde o âmbito pessoal e patrimonial o Direito Civil foi um dos primeiros temas a serem tratados.

Devido ao fato de ter sido o precursor nas codificações, o Direito Civil, necessita acompanhar a evolução da sociedade, para que as transformações necessárias sejam realizadas e que não haja uma estagnação deste ramo tão importante do ordenamento, ou seja, que ele acompanhe as necessidades sociais.

As inevitáveis transformações que ocorrem na sociedade e as novas exigências advindas destas colocam em dúvida a antiga distinção entre Direito Público e Direito Privado.

Por isso, alguns autores se referem à publicização do Direito Privado. Já para outros se trata, tão somente, de uma modificação estrutural do Direito Civil.

Nesta seara o Direito Civil deixa de ter como figura central apenas o Código Civil, passando a ser interpretado com base na Constituição Federal.

Essa nova face do Direito Civil impôs mudanças específicas nos direitos dos contratos e das obrigações, advindo dessas transformações as figuras da autonomia privada, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do enriquecimento sem causa, institutos estes que mudaram definitivamente a liberdade das partes de realizar negócios jurídicos.

Assim, o que se observa é que a vontade individual não deve imperar de forma absoluta, pelo contrário, deve haver uma busca dos princípios fundamentais garantidos constitucionalmente a fim de que se preserve a supremacia da dignidade da pessoa humana também no ramo do Direito Privado.

Dessa relação nasce o chamado Direito Civil Constitucional, com a missão de conciliar o Direito Civil aos princípios constitucionais, fazendo com que a norma constitucional seja integrante do sistema civil, compreendendo o papel de regra hermenêutica e norma vinculante de comportamento, que incide sobre as relações privadas e tutela seus valores fundamentais, em especial a pessoa humana.

1 MATERIAIS E MÉTODOS

1.1 Materiais

Para realização do presente trabalho foram utilizadas tanto obras clássicas quanto atuais, incluindo livros, dissertações, monografias, teses, artigos de periódicos todos relacionados ao tema Direito Civil Constitucional.

As doutrinas utilizadas foram devidamente citadas na área de referências bibliográficas.

Os textos legais mais observados foram: Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil de 1916, Código Civil de 2002.

1.2 Métodos

Visando o desenvolvimento de um trabalho completo e de qualidade adotou-se a

pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização do método dedutivo, observando-se as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Quanto ao método de procedimento, foi utilizado o dogmático-jurídico, o histórico bem como o comparativo.

Concomitantemente à pesquisa bibliográfica, também foi realizada análise da realidade brasileira, e da prática jurídica para que a pesquisa fosse completa e capaz de mostrar sua importância na sociedade atual, uma vez que o pretendido era uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição Federal como forma de garantir valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana nas relações privadas.

Assim, o presente trabalho foi dividido em alguns tópicos, enfocando em primeiro momento o Direito Constitucional brasileiro, com enfoque a Constituição Federal de 1988 e o estudo dos princípios fundamentais ali inseridos.

Posteriormente, foi realizada uma análise comparativa entre o Código Civil de 1916 e o atual Código Civil, de forma sucinta e somente para mostrar a incidência de cláusulas abertas no novo diploma legal, o que significou grande evolução no ramo Privado.

Por fim, no último tópico foi demonstrada a importância da análise em conjunto dos princípios e regras constitucionais referentes ao Direito Privado, mostrando a real necessidade de se harmonizar o Direito Civil aos princípios constitucionais ou a Constituição, o denominado Direito Civil Constitucional.

Dessa forma, foi realizado minucioso levantamento bibliográfico e documental.

Após a leitura e análise de todo material selecionado, acompanhada de resumos e fichamentos, e constantes discussões e debates com orientador e co-orientador, foi realizada uma redação provisória, seguindo daí a elaboração do Relatório Técnico Parcial, que posteriormente foi aprofundado para se transformar no Relatório Técnico Científico Final.

2 RESULTADOS E DISCUSSÃO

2.1 Direito Constitucional brasileiro

A “Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos.” (Bandeira de Mello, p. 236).

Deve, portanto, a Constituição Federal ser compreendida não como um Código, mas

como uma Carta Política, que expressa os valores a serem perseguidos, os princípios supremos norteadores da vida em sociedade e que regulam essa vida para alcance de uma convivência harmônica.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que se observou no Brasil, a inserção de princípios fundamentais no texto constitucional, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

Como o constitucionalismo no Brasil sofreu influências das Constituições alemã, portuguesa e espanhola, observa-se a tendência à proteção dos direitos humanos e da dignidade humana.

Sendo assim, o Direito Constitucional deixa de ser apenas um ramo político do sistema jurídico que tratava apenas de ações e institutos político-estatais, e passa a ser seu principal referencial de justiça devido ao compromisso com a proteção do ser humano e de seus valores coletivos, enfim garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um Direito Civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil.

O moderno Direito Constitucional é construído com base na idéia de normas propositadamente abertas, sem a pretensão de abarcar tipicamente todas as hipóteses fáticas previsíveis, uma vez que é da Constituição que se exige perenidade, ductibilidade para fazer face às mudanças sociais e políticas em cada sociedade.

Destarte, a fragmentação dos conceitos é acompanhada de técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para garantir maior flexibilidade ao intérprete, para que este diante do fato jurídico concreto possa mesmo em situações jurídicas novas e desconhecidas fazer prevalecer os valores do ordenamento.

Para tanto, foram fixadas normas gerais em cada capítulo da Constituição Federal de 1988, e ainda nos artigos 1º a 4º estão dispostos preceitos constitucionais da ordem jurídica, fundamentos e princípios da República.

São normas jurídicas das quais decorre o dever do Estado, insculpido no artigo 3º, inciso III da CF, em relação à justiça distributiva, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais e regionais. E ainda nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal está inscrito o objetivo central da República, qual seja, a efetivação de uma sociedade em que se privilegie o trabalho, a cidadania e a dignidade humana.

Assim, os princípios dispostos na Constituição devem sobrepor-se, na atividade de

interpretação e aplicação das leis, a toda e qualquer norma infraconstitucional, consideradas, portanto, como normas jurídicas com precedência sobre o Código Civil, posto que a Constituição é hierarquicamente superior a todas as demais leis da República.

Deve, pois, condicionar, vincular diretamente todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas. Daí a necessidade de se moldar as normas legais e principalmente contratuais aos valores expressos nos princípios constitucionais, que não são princípios gerais de direito, mas normas jurídicas diretamente aplicadas às relações privadas.

2.2 Código Civil 1916 x Código Civil 2002

De forma geral, pode-se afirmar que o estudo do Direito e da Filosofia do Direito europeu explica o Direito Privado brasileiro, como fenômeno jurídico cultural, uma vez que o Direito Civil brasileiro é legítima expressão do Direito Privado europeu moderno. Por isso, ao longo do trabalho importante uma análise comparativa e histórica dos fatos.

O nascimento do moderno Direito Privado coincide com a fundação do *studium civile* em Bolonha e na França e vai até a formação dos Estados modernos nacionais.

No Brasil, o primeiro Código Civil posterior a égide da legislação portuguesa embora promulgado em 1916 entrou em vigor em 1917.

Porém, pelo fato de ter sido elaborado nos teores e exigências do século XIX e promulgado em outra época já apresentava um descompasso e desatualização, senão em todos, na maior parte de seus segmentos.

O Código Civil de 1916 tinha como valor fundamental o indivíduo, fruto do contexto histórico e social vivido a época, cuja característica marcante era a crença no individualismo como verdadeiro dogma.

O Direito Privado regulava, sobretudo, a atuação dos sujeitos de direito. Era, portanto, considerado a Constituição do Direito Privado, por significar a garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais.

Como o Direito Público não interferia na esfera privada, o Código Civil assumia o papel de estatuto único das relações privadas, portanto garantia ao sujeito de direito a estabilidade de regras quase imutáveis nas relações econômicas, o que proporcionava grande estabilidade e conforto.

Já na metade do século XX se observa um descompasso entre o Código Civil e os anseios da sociedade, ocasionado pela crise econômica.

A reforma se via cada vez mais necessária, e a primeira tentativa de realizá-la data de

1975, ano em que foi concluído o trabalho de uma comissão de juristas presidida por Miguel Reale.

Com o advento da Lei 10.406, de 10.01.2002, o Brasil experimenta a novidade de um Código Civil mais moderno e que fosse capaz de ordenar a sociedade atual com mais eficácia.

O novo Código Civil de 2002 privilegia as cláusulas gerais, o que demonstra que a técnica legislativa utilizada vem da Constituição, a qual se caracteriza pelos modelos jurídicos abertos.

A utilização de cláusulas gerais é um fenômeno recente que se opõe a codificação precisa e fechada característica dos negócios privados.

Como ponto positivo da utilização das cláusulas gerais pode citar a possibilidade de mutações frente à inexistência de um sistema fechado, ou seja, dotadas de grande abertura semântica, não pretendem dar respostas precisas a todos os problemas da realidade.

As cláusulas gerais podem ser preenchidas por fenômenos da vida social, econômica e cultural de um povo, por isso sua característica de significação variável, que permite uma constante atualização do Código sempre que houver necessidade, evitando um envelhecimento que na sociedade globalizada e pós moderna se dá cada vez mais rápido.

Por fim, elas viabilizam um intercâmbio entre a Constituição, o Código e as leis especiais, propiciando o desenvolvimento de um Direito Privado harmônico e compreensível.

Representam as cláusulas gerais uma oportunidade de inserção dos princípios constitucionais no ordenamento privado, o que mostra que a dicotomia público-privado de outrora não se aplica mais a sociedade moderna, visto que há uma publicização dos institutos privados, uma observância da tutela pela Constituição Federal de matérias antes reservadas apenas ao âmbito dos estatutos privados.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o Código Civil perdeu espaço para a tutela exclusiva e autônoma dos interesses privados de uma sociedade massificada, cujas relações jurídicas por serem complexas passaram a requerer a ingerência de legislações específicas e de microssistemas, fazendo com que o Código fosse somente mais uma lei, com caráter residual, presencia-se de outro lado, a ausência de leis para regular as relações privadas que vão surgindo rapidamente nessa sociedade globalizada. Daí surge então, a necessidade de ter-se uma “ressistematização” do Código Civil de modo que este tenha condições de contar com um conjunto de cláusulas gerais que regularão de maneira genérica as relações sociais segundo valores circunscritos nas normas fundamentais, que passarão a permear o texto codificado como um conjunto de valores de ordem superior, inafastáveis, portanto, e só assim será possível dar-se uma solução justa para aqueles casos em que ainda não há um

microsistema ou uma lei específica para regulá-lo. Nesse sentido destaca Gustavo Tepedino (1999, p. 206):

Nos dias de hoje, a necessidade de se dar efetividade plena as cláusulas gerais faz-se tanto mais urgente na medida em que se afigura praticamente impossível ao direito regular o conjunto de situações negociais que floresce na vida contemporânea, cujos avanços tecnológicos surpreendem até mesmo o legislador mais frenético e obcecado pela atualidade. [...]

A difusão das cláusulas gerais coincide, curiosamente, com a já mencionada multiplicação e decomposição dos institutos. Ou seja, mais e mais se focaliza cada um dos tipos contratuais em detrimento da teoria geral do negócio jurídico, ao mesmo tempo em que o legislador se vale de cláusulas gerais, sem a pretensão de ser exaustivo, na regulamentação dos institutos. A fragmentação dos conceitos, portanto, é acompanhada de técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa.

Em contrapartida, as cláusulas gerais podem ser responsáveis por gerar incerteza, uma vez que permitem livre interpretação sem limites pré-determinados, o que pode ocasionar a diminuição do grau de certeza de um código. Devem ser utilizadas com cautela e prudência para que não causem prejuízos.

Por isso, um código não pode ser todo ele baseado em cláusulas gerais.

No entanto, o Direito Civil moderno não se funda em uma só lei codificada, mas admite coexistir com outros sistemas, denominados de microsistemas, dentre os quais podem ser citados: o microsistema jurídico de Direito Ambiental, de Defesa do Consumidor, de Direito falimentar, do Estatuto do Idoso, da Criança e do Adolescente entre tantos outros.

Alguns autores denominam esse fenômeno de descodificação do Direito Privado, causada pelo surgimento de leis especiais, aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, antinomias e incoerências.

Mas há que refletir sobre a existência de uma possível desconexão entre todos estes sistemas, pois há o risco de cada um crescer e se desenvolver com grande autonomia.

O Código Civil perde seu papel de Constituição do Direito Privado, e os textos constitucionais começam a definir princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do Direito Privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

Observa-se nesse momento uma preocupação em se garantir a estabilidade das

normas.

Notável também que o próprio Direito Civil desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

Portanto, o objetivo central do Código Civil deixa de ser o sujeito de direito e passa a ser as atividades desenvolvidas pelo sujeito, seus riscos, sua importância para a sociedade, a forma de utilização dos bens disponíveis para assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado.

A tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais e abertas, com uma linguagem menos jurídica e mais setorial, revelando um novo papel assumido pelo legislador, segundo Bobbio (1992) “função promocional do direito”, no qual se observa normas que oferecem vantagens individuais para alcançar certos comportamentos almejados pelo legislador.

Portanto, trata-se de um legislador que oferece a normatização para determinados grupos específicos, o que mostra a perda de uma unidade sistêmica que antes se apresentava estável e duradoura, exigidas pelas transformações econômico-sociais vividas.

Em outras palavras o Código Civil deixa de ser o único e central sistema e passam a existir estatutos, os denominados microssistemas do Direito Privado.

Porém, diante da realidade constitucional e da tentativa de se definir princípios e valores específicos às relações privadas, é imprescindível uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição, buscando-se uma unidade sistemática, uma vez que a Constituição tem também o papel de interferir nas relações de Direito Privado.

Dessa forma, os princípios gerais, fundamentais do ordenamento e as garantias individuais estariam assegurados.

A existência de um Código permitiu o traçado de princípios gerais e instituições, os quais se aplicam às relações privadas em geral, o que permitiu a aplicação de instituições e técnicas.

2.3 Dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado

O Direito Privado tem suas origens descritas no jusprivatismo, o Direito Público é elaborado a partir do racionalismo jurídico.

As situações jurídicas privadas se pautam pela igualdade, liberdade, enquanto as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios, tais como da autoridade e da competência, o sujeito pode agir livremente no âmbito de situações particulares, desde que

não haja proibição expressa pela lei.

O Direito Privado impõe regramentos e limites para a defesa da pessoa contra as investidas do Estado.

Por outro lado, quando se trata de atos ou negócios que se inserem no contexto público, deve ser respeitada a realização somente daquilo que esteja previamente autorizado.

As normas do Direito Privado têm a sua aplicação deixada a iniciativa individual, destinam-se a tutela dos interesses particulares, e não aos da coletividade, são dispositivas, pois permitem ao particular dispor como lhe aprouver, só se aplicando na falta de expressa vontade contrária dos interesses privados.

Porém, não se pode crer em um dualismo sistemático que faça parecer o Direito Público como ordenamento do bem comum e o Direito Privado como a ordem jurídica de utilidade privada.

Não se trata de valores contraditórios, tampouco antagônicos.

O Direito Público respeita a estrutura do poder, de onde emana a ordem necessária para construção e manutenção do sistema jurídico, já o Direito Privado se volta para o homem, elemento essencial desse sistema.

Ele, Direito Privado, começa a se interessar pelas conseqüências públicas das ações privadas, seu impacto sobre os demais indivíduos e sobre os bens públicos, e por isso confere *status* jurídico a bens que antes eram irrelevantes.

Como ressalta Larroumet (2004, p. 45):

O critério de distinção entre o Direito Público e o Direito Privado não é assim tão claro, pois se pode considerar que no próprio Direito Privado há regras que emanam do Direito Público, há uma publicização do Direito Privado, ou, uma intervenção conjunta de regras do Direito Público e do Direito Privado em relação ao sujeito em particular.

O sistema adotado pelo Direito Civil no Brasil segue o chamado sistema de Savigny, também conhecido por sistematização germânica, havendo uma parte geral que possui elementos comuns as outras partes, e outra especial.

Desse sistema decorre a divisão do Código Civil brasileiro em uma parte geral com três elementos, pessoas, bens e relações, e uma parte especial com quatro livros, família, sucessões, obrigações - contratos e coisas.

Portanto, resta claro que a dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público tão evidenciada alhures, perde toda a força se analisada a estrutura socioeconômica atual.

Pelo contrário, nota-se que as Constituições cada vez mais tratam de assuntos até então

tidos como de competência das leis privadas, mostrando a interdependência entre os diversos ramos do Direito, que não podem mais ser vistos de maneira estanque e isolada.

2.4 Direito Civil Constitucional

A necessidade de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional é veemente em todas as épocas para que se possa ter um ordenamento jurídico uniforme e que atenda as demandas sociais de forma justa e solidária.

Esse novo enfoque do Direito Privado se justificou em razão dos anseios de uma sociedade massificada, cujas relações complexas requereram mudanças no ordenamento jurídico para que este pudesse acompanhar o seu desenvolvimento, sendo certo que se no âmbito das relações privadas a sociedade atual, globalizada, tende naturalmente a exclusão de muitos, haja vista a alta competitividade que nela se impõem, terá o Direito Civil neste aspecto, como direito dos cidadãos, a função de garantir a primazia da dignidade da pessoa humana para que se torne possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os princípios fundamentais refletem em princípios gerais de Direito Privado quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, uma vez que o homem é sujeito e não objeto de direito.

Partindo dessa afirmação pode-se inferir que a Constituição, que representa o conjunto de aspirações de um povo e por isso capaz de modificar o ordenamento jurídico de uma sociedade, exerce influência, tanto direta como indireta, sobre o Direito Privado.

O estudo em conjunto dos princípios e regras constitucionais referentes ao Direito Privado constitui o chamado Direito Civil Constitucional.

Nesse sentido afirma Nanni (2001, p. 162):

Nessa trilha é concebido o direito civil constitucional, em que é atribuída a tarefa de harmonizar-se o direito civil aos princípios constitucionais ou à Constituição como um todo orgânico. A norma constitucional passa a ser parte integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica mas como norma vinculante de comportamento, incidindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais, especialmente a pessoa humana.

O surgimento do chamado Direito Civil Constitucional pode ser atribuído a alguns fatores tais como: a relevância do caráter normativo da Constituição e da presença na mesma de matérias cujo conteúdo é de atribuição do Direito Civil.

Devido a este caráter normativo da Constituição, pode-se observar sua incidência

sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito Civil.

Daí pode-se observar que as Constituições modernas incrementam e expandem seus conteúdos jurídicos de modo geral e universal, incidindo tanto no âmbito do Direito Público quanto do Direito Privado.

Essa incidência gera conseqüências para o Direito Civil, pois este perde seu caráter quase exclusivo e os princípios e regras constitucionais referentes ao Direito Privado criam o chamado Direito Civil Constitucional.

Outro fator que propiciou o surgimento do Direito Civil Constitucional foi o desenvolvimento dos direitos humanos e individuais, os quais passaram a constar das Constituições, deixando estas de ter somente caráter programático e estrutural de organização do Estado, passando a conter direitos e garantias antes somente legislados pelo Direito Privado. Fenômeno este que ocorreu no pós Segunda Guerra Mundial, em razão do desenvolvimento dos direitos humanos e individuais no cenário mundial.

Nesse sentido destaca Piovesan (2003, p. 357):

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionando a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que estes eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras Constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos.

Tal fenômeno provocou uma modificação na visão do Código Civil, surgindo a chamada publicização ou socialização do direito particular, que passa a ter maior influência no Direito Público.

Para conceituar o Direito Civil Constitucional, mister se faz uma análise da Constituição como norma jurídica de eficácia direta e imediata, como norma suprema fundamental e fundamentadora, enfim norma superior.

Além disso, deve-se analisar o conteúdo material, próprio e residual do Direito Civil, uma vez que a norma constitucional possui função primordial nas transformações do Direito Civil.

Uma conceituação do Direito Civil Constitucional exige um exame dos conteúdos civilistas frente à supremacia e relevância constitucional, uma vez que as normas constitucionais em matéria civil não são concebidas como algo isolado e autônomo, mas como infra-estrutura do Direito Civil.

O Direito Civil Constitucional aparece como resultado de uma releitura do Código Civil e das normas em geral à luz dos princípios constitucionais, aos quais se reserva um espaço superior, sendo ainda fruto da superação da contraposição entre as normas jurídicas contidas nos códigos e os princípios presentes na Constituição.

Ele não representa um novo ramo do Direito, pois não é matéria distinta do Direito Civil.

Sua delimitação formal é proveniente de uma integração constitucional dentro do Direito Civil, sendo que seu objetivo é constituir a infra-estrutura do Direito Civil, bem como seu ponto de partida e referência.

Os princípios que dirigem a vida comunitária e harmônica nas relações privadas não se encontram somente no Código Civil, uma vez que a Constituição afeta matérias e instituições civis importantes, chegando às vezes a modificar o Código Civil em relação a algumas matérias, por isso não há inconvenientes em se admitir a incidência da Constituição no Direito Privado.

Destacando o papel dos princípios fundamentais que elevam a figura humana e que tomam a justiça como requisito fundamental de valoração jurídica também no Direito Privado afirma Nery (2002, p. 113) que:

Os princípios fundamentais, como já disse, refletem-se em princípios gerais de Direito privado quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jusfilosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jusfilosófica do conhecimento científico do Direito. É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa, e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro. Por isso se diz que a Justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica, e a marca desse valor fundamental de Justiça é o homem, princípio e razão do Direito³.

Enfim, a missão do Direito Civil Constitucional é harmonizar o Direito Civil aos princípios constitucionais ou à Constituição como um todo orgânico, fazendo com que a

³ Ainda sobre a noção de justiça como algo indissociável do Direito esclarece Karl Larenz: “A *idéia de Direito* é o valor central a que, em última instância, todo o Direito está referido, como algo com sentido. E como a *idéia de Direito* outra coisa não é senão a *idéia de justiça*, RADBRUCH pode dizer que o Direito é a realidade que tem o sentido de servir a justiça. O que não significa que todo o Direito positivo seja necessariamente um Direito “justo”. Mas, enquanto “Direito”, está, de acordo com o seu sentido, sob a exigência da justiça – “está orientado” a essa *idéia*. O que sem dúvida, STAMMLER já dissera, só que para ele a *idéia de Direito* era apenas um critério de apreciação, enquanto para RADBRUCH é também um princípio fundamental constitutivo, ou seja, o princípio fundamental do Direito positivo, que dá a este o seu sentido.” (apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 368.

norma constitucional seja integrante do sistema civil, compreendendo o papel de norma de comportamento que tutela e incide sobre as relações privadas e seus valores fundamentais.

O respeito pela vida humana é o ponto central de todas as preocupações jurídicas, uma vez que esse valor inspira um princípio fundamental, que é o da dignidade do ser humano, princípio este que por ser intrínseco a idéia de sujeito, torna-se um princípio de Direito Privado.

Procurando delinear os contornos sobre o que consistiria a dignidade da pessoa humana assevera Sarlet (2001, p. 60):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana inspira a cláusula geral de que os contratos devem atender sua função social.

Tepedino (2004, p.75) observa que a inserção da função social como um princípio constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, tem o escopo de elevá-lo ao patamar de regra fundamental, “apta a instrumentalizar o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico”.

Pode-se afirmar em linhas gerais que o Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais. (LORENZETTI, 1998, p. 44/76)

O fenômeno da constitucionalização dos princípios fundamentais do Direito Privado, no sentido da sua recuperação pelo texto constitucional, o qual se torna o estatuto central da sociedade civil e política, evidencia a conseqüente perda da centralidade do Código Civil.

Em outras palavras seria uma personalização do Direito Civil, quando se analisa sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental constitucional, ou chamados direitos da personalidade que constituem o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A Constituição oferece uma base suficiente para interpretar e orientar o tratamento das previsões gerais contidas no Código Civil, previsões estas que deverão ser observadas quando

da aplicação dos institutos privados, ou seja, é necessária uma leitura do Código Civil e de seus dispositivos legais conforme os princípios norteadores expressos e implícitos na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Os problemas sociais advindos de conflitos exigem soluções jurídicas cada vez mais precisas.

Para tal deve haver uma análise da sociedade para compreensão da complexidade de novos conflitos, e a consequente superação de modelos e paradigmas que não atendem as necessidades sociais.

Deve ocorrer uma evolução doutrinária, sistemática para atender as novas exigências.

O Direito como uma ciência, uma prática social deve orientar princípios e regras democráticas para solução de tais conflitos.

O Direito Civil Constitucional não representa apenas uma simples transposição de princípios basilares do contexto do Código Civil para a Constituição, revela, entretanto, uma transformação bem maior do que se observa em primeira análise.

O Direito Privado, atual fruto de profundas modificações, não mais subsiste apenas segundo os interesses particulares, principalmente pelo fato de ter ele incorporado os princípios fundamentais da Constituição Federal.

O Direito Civil passa a ter como valores superiores a dignidade da pessoa humana e o bem comum, caracterizado pela busca de uma sociedade justa, livre e solidária, deixando para isso de se preocupar única e exclusivamente com os interesses privados, tais como a declaração de vontade das partes e se atentando para as condições pessoais dos agentes, para o equilíbrio das relações contratuais, para os efeitos dos contratos perante os terceiros e o alcance da função social que deve ser buscada pelos contratos.

Enfim, o Direito Civil como direito dos cidadãos tem a função de garantir a prevalência da dignidade da pessoa humana para que se torne possível uma sociedade justa, livre e solidária.

A importância do tema “Direito Civil Constitucional” na busca do efetivo Estado Social e Democrático de Direito, se reflete no fato de que o estudo em conjunto dos princípios e regras constitucionais no Direito Privado constitui meio fundamental para a garantia e eficácia dos preceitos fundamentais que sustentam a vida em sociedade e para a supremacia

da dignidade da pessoa humana.

Essa importância advém da nova característica atribuída aos direitos humanos positivados, que não se resume apenas a proteção do cidadão em face da arbitrariedade do Estado, mas exigem do próprio Estado e de toda sociedade o cumprimento de prestações positivas relacionadas ao bem da coletividade.

É a chamada positivação dos direitos humanos, que expande a proteção do cidadão aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Percebe-se, pois, que a aplicação da Carta Magna nas tratativas do Direito Privado o transforma em disciplina mais justa e humana, uma vez que faz com que os preceitos e princípios constitucionais passem a ser o objetivo principal deste Direito Privado, que não mais tem apenas os indivíduos como preocupação, mas a sociedade e o bem comum.

Importante frisar como salienta brilhantemente Martins que “é correto falar em direito civil constitucional – e não direito constitucional civil – porque conquistou, o direito civil, uma dignidade constitucional da qual anteriormente estava desprovido”. (2007, p. 82)

Este fenômeno de perda da unicidade do Código Civil para tratar as relações privadas é conhecido como “descodificação”, fenômeno este que fora acompanhado pelo surgimento de uma série de leis especiais, que eram por sua vez derogatórias dos princípios gerais do Código Civil, tornando árdua a tarefa de estabelecer uma ordem e manter princípios gerais, como ocorria nos tempos em que o Direito Civil era tutelado exclusivamente por um Código.

Portanto, se no Código Civil de 1916 se observava uma estrutura hermeticamente fechada, que tornava impossível a comunicação com os demais ramos do ordenamento jurídico, tais como a Constituição Federal ou até mesmo com Leis Especiais, tal fenômeno não se observa com o advento do Código Civil de 2002, que por possuir cláusulas gerais e um sistema aberto possibilita não só uma projeção dos fundamentos constantes da parte geral para a parte especial, mas também uma comunicação com os demais ramos e microssistemas do ordenamento.

Tal modificação permitiu até mesmo uma maior possibilidade de interpretação por parte do Juiz que antes, no Código Civil de 1916, estava preso ao disposto em lei, era o chamado Juiz “boca da lei”.

Deste modo, com o advento do Novo Código e a inserção de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e um sistema aberto houve também a possibilidade de se garantir uma maior proteção tanto temporal quanto espacial às normas, uma vez que as elas trazem consigo a possibilidade da ocorrência de mudanças sociais sem que necessariamente tenha que se modificar todo o sistema normativo civil, pois este se encontra adequado a

possíveis transformações sociais, econômicas ou políticas.

Pelo que foi exposto, resta claro que o Direito Privado atual não mais subsiste apenas segundo os interesses particulares, tendo este sofrido profundas mudanças, que impõem seja sua interpretação pautada no texto constitucional, haja vista ter ele recepcionado os princípios fundamentais da Magna Carta.

Desta forma, passa o Direito Civil a ter como valores superiores a dignidade da pessoa humana e o bem comum, consagrando este último pela busca de uma sociedade livre, justa e solidária, o que provoca mudanças na tutela das relações privadas, deixando de se preocupar única e exclusivamente com a declaração de vontade das partes, para se atentar para as condições pessoais dos agentes em cada relação jurídica, para os efeitos dessas relações no tempo e no espaço, a fim de se garantir a realização de negócios jurídicos justos.

REFERÊNCIAS:

(Obras citadas)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Revista de Direito Público n. 57, São Paulo: RT.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Campus. 6. reimp., 1992.

LARROUMET, Christian. *Introduction à l'étude du droit privé*. 4. ed. Paris: Economica, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan (Org.). *Direito Civil Constitucional – cadernos 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 1999.

MARTINS, Fernando R. *Estado de Perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*-cadernos 2. Org. Renan LOTUFO. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto*

no direito brasileiro. 2 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2004.

_____. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1989.

REFERÊNCIAS:

(Obras consultadas)

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquin Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de derecho Privado, 1969.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La Interpretación económica de los contratos*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado, Coimbra : Armênio Amado, 1979.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

LAURENT, François. *Histoire du droit des gens et des relations internationales*. Paris-Gand : A. Durand-H. Hoste, 1855.t.I, II e III.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais- a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis, Ed. da UFSC, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad.

Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos humanos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.