

A constitucionalização do Direito Privado¹

Daniel Ribeiro Preve²

Resumo

No presente estudo são analisados os principais postulados da Constitucionalização do Direito Civil. Num primeiro momento, analisa-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, desde as premissas do Estado Liberal até a ascensão do Estado Social. Por sua vez, a constitucionalização do Direito Civil promove uma releitura dos estatutos fundamentais do Direito Privado clássico, baseada na aplicação científica dos princípios constitucionais, com o objetivo de por fim aos conflitos sociais e preservar o Estado democrático de direito. Tal fenômeno é consequência de uma nova realidade econômico-social, na qual, os padrões tradicionais foram drasticamente alterados.

Palavras-chave: direito civil; direito privado; constituição; princípios; Estado.

Abstract

In the present study examines the main tenets of the constitutionalization of civil law. At first, we analyze the phenomena of constitutionalization of civil law from the premises of the liberal state until the rise of the welfare state. In turn, the constitutionalization of civil law promotes a reinterpretation of the fundamental statutes of the classic private law, based on the scientific application of constitutional principles in order to end the conflict and preserve the social democratic state of law. This phenomenon is a consequence of new economic and social reality in which the traditional pattern was drastically changed.

Keywords: civil law; private law; constitution; principles; State.

¹ Artigo elaborado a partir da monografia de pós-graduação em Direito Civil, sob orientação da professora Mestre Sheila Martignago Saleh, do curso de direito da UNESC e pesquisadora do NUPEC-Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania da UNESC. E-mail: sheilamsaleh@hotmail.com.

² Pós-graduado *latu sensu* em Direito Civil e Metodologia do Ensino e da Pesquisa pela Unesc. Chefe de Gabinete da Reitoria da Unesc. Professor do curso de direito da UNESC. Advogado. E-mail: danielpreve@yahoo.com.br.

Sumário

Introdução – 1. Os principais postulados da constitucionalização do direito civil - 1.1. Do Estado Liberal ao Estado Social - 1.2. A superação da clássica dicotomia Direito Público X Direito Privado - 1.3 A constitucionalização do Direito Civil - 2 Novos princípios do direito civil contemporâneo - 2.1 Princípios orientadores do Código Civil de 2002 - 2.1.1 Princípio da sociabilidade - 2.1.2 Princípio da eticidade - 2.1.3 Princípio da operabilidade - 2.2 Princípios constitucionais de Direito Privado – Considerações finais – Referências.

Introdução

A constitucionalização do Direito Civil promove uma releitura dos estatutos fundamentais do Direito Privado clássico, baseada na aplicação científica dos princípios constitucionais, com o objetivo de por fim aos conflitos sociais e preservar o Estado democrático de direito. Tal fenômeno é consequência de uma nova realidade econômico-social, na qual, os padrões tradicionais foram drasticamente alterados.

Primeiramente, serão analisados os principais postulados da constitucionalização do Direito Civil, a partir de seus pressupostos históricos, políticos e ideológicos, desde a formação do Estado Liberal ao apogeu do Estado Social, bem como a influência da normativa constitucional sobre o Direito Privado.

Num segundo momento, serão tratados os princípios do Direito Civil contemporâneo, com a análise de diretrizes ou princípios fundamentais que, segundo Miguel Reale, foram a base para a elaboração do Código Civil de 2002.

Por fim, abordaremos os princípios constitucionais aplicados às relações privadas, frutos do processo de constitucionalização do Direito Civil.

1. Os principais postulados da constitucionalização do direito civil

A Constituição Federal brasileira de 1988 está completando duas décadas de vigência, no entanto, a doutrina civilista esta em processo de adequação do Código Civil ao texto constitucional.

Os princípios e valores definidos pela Constituição em relação ao Direito Civil promoveram o surgimento da constitucionalização do Direito Privado contemporâneo, com a inserção deste no Estado Social.

Neste aspecto, para a compreensão dos principais postulados da constitucionalização do

Direito Civil, faze-se necessário uma análise da superação dos pressupostos ideológicos do Estado Liberal pelo Estado Social, do debate sobre a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e, finalmente, o processo de constitucionalização do Direito Civil.

1.1. Do Estado Liberal ao Estado Social

O sistema codificado teve a sua formação vinculada à organização do Estado Liberal ou Moderno. Desta forma, o presente estudo inicia-se com a contextualização das principais premissas liberais que influenciaram o ordenamento jurídico do Estado Moderno até a constituição do Estado Social ou Contemporâneo.³

O surgimento do Estado Liberal está intrinsecamente ligado às transformações políticas e ideológicas iniciadas pelo Renascimento (1300-1550), as quais foram aprofundadas e ganharam mais consistência nos séculos XVII e XVIII com o movimento Iluminista e com as revoluções burguesas. As doutrinas políticas, econômicas e sociais que sustentavam as monarquias absolutistas e o sistema econômico mercantilista foram radicalmente negadas (COSTA; MELLO, 1994, p. 81).

Para Sarmiento, durante o Iluminismo, foram construídos os pilares do conceito moderno de direitos do homem. Os pressupostos teóricos “[...] de que o homem é dotado de direitos inatos, que precedem o Estado e a comunidade política, e que têm de ser respeitados e garantidos pelo Poder Público é uma idéia essencialmente Iluminista [...]” (2004, p. 21).

A partir desse período novos valores surgiram, pregando uma sociedade fundamentada no liberalismo político, econômico e jurídico. Tais valores condensavam-se para a formação de um Estado Liberal que tinha como eixo basilar a liberdade individual. Conforme Fábio Konder Comparato, os ideais liberais constituíram “[...] o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais” (1999, p. 132).

Desse modo, a discussão sobre a legitimidade do poder estatal, por meio da teoria do contrato social, tornou-se um dos principais eixos de análise dos pensadores iluministas como Locke, Montesquieu, Kant e Rousseau (BONAVIDES, 2001, p. 9). Para Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), a fonte de poder era o próprio povo, no seu contrato social, as pessoas alienavam toda a sua liberdade para um corpo social ao qual todos pertenciam e não para um soberano, como em Hobbes.

³ “O estudo do direito - e portanto também do direito tradicionalmente definido “privado” – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social” (PERLINGIERI, 2002, p. 1).

Todavia, John Locke (1632 – 1704), considerava o contrato social como um pacto de consentimento e não de submissão como em Hobbes (soberano) e Rousseau (corpo social). Propunha uma relação contratual entre governantes e governados, em substituição ao absolutismo monárquico, a partir do estabelecimento de um conjunto de leis escritas, a constituição. Locke defendia que todo homem possuía alguns direitos naturais, os quais eram inatos e inalienáveis que deveriam ser respeitados pelos governantes. Dentre estes direitos destacam-se a liberdade, a propriedade privada e a resistência contra governos tirânicos (WEFFORT, 2000, p. 82-89).

Embora as idéias de Rousseau tenham influenciado as principais revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e, ainda, resgatado o conceito de democracia, foi a visão lockeana de liberalismo político que fundamentou o Estado Moderno. Nessa linha, o Estado mantinha-se inerte para não violar as liberdades privadas do indivíduo, tendo limites ao exercício do poder político dos governantes. De acordo com Sarmento, “o Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem” (SARMENTO, 2004, p. 23).

No entanto, com Montesquieu (1689 – 1755), em sua principal obra “O Espírito das Leis”, é que se consolida a engenharia institucional do Estado Liberal, a partir da teoria da separação dos poderes ou equipotência. Conforme Weffort, Montesquieu, estabeleceu “[...] como condição para o Estado de direito, separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A idéia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder” (WEFFORT, 2000, p. 119).

Nesse sentido, as teorias dos pensadores iluministas levaram a fundamentar as duas principais revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Francesa (1789) e a Independência dos Estados Unidos (1776). Tais eventos impulsionaram e proliferaram o modelo de Estado Liberal, o ordenamento jurídico, bem como o sistema de codificação das leis civis moderno.

Nos séculos XIX e XX, as codificações civis e o modelo liberal de organização do Direito, estavam amplamente vinculados a um conjunto de normas organizadas num sistema racional, que tinham como objetivo fundamental regular toda a vida da sociedade privada. Para Caenegem, a compreensão liberal do Direito teve como fonte única o Estado, a neutralidade das normas e a concepção do homem como sujeito abstrato (2000, p. 10-13).

Assim, tem-se que o Direito, desde o século XIX, passa a exercer uma função legitimadora do modo de produção dominante, objetivando manter a nova ordem social burguesa. Segundo Löwy, a classe burguesa constituía uma nova ordem, uma ordem

industrial, contendo o progresso, isto é, o desenvolvimento da indústria e das ciências (CAENEGEM, 2000, p. 10-13).

Isso se deu porque, após a conquista do poder político pelos burgueses, estes necessitavam solidificar, manter e difundir seus pressupostos ideológicos, em oposição à antiga ordem social aristocrática. Conforme se depreende da análise proposta por Grossi, o qual destaca que:

Os novos donos do poder, compreendendo a importância do Direito, chamam para si a produção legislativa, estabelecendo um rígido monopólio sobre a mesma. Visava-se a segurança: fixada a lei em um código, fixou-se, após, a sua interpretação, realizada por meio da exegese. Assim, o Direito restou confinado à letra fria da lei, cuja interpretação deveria restringir-se ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal (GROSSI, *apud* AMARAL, 2002, p. 59).

O sistema jurídico liberal com bases racionalistas e individualistas induziu os juristas à busca do sentido do direito somente no texto legal. Segundo Kelsen, “[...] o Direito se compreende como um sistema de normas, um conjunto de relações lógicas desvinculadas da natureza e do homem que dela faz parte” (1997, p. 12).

Para Bobbio, o processo de codificação, predominante nos séculos XIX e XX, levou a uma mecanização da justiça, a qual fora reduzida a uma mera aplicadora da lei. Segundo o referido autor, cultuava-se o texto da lei, cuja interpretação deveria estar balisada na intenção do legislador (1995, p. 87).

Contudo, o Estado de Direito liberal, com o objetivo de erradicar as diferenças pessoais características dos períodos medievais e absolutistas monárquicos, não considerou as desigualdades sociais e econômicas, tratando todos os indivíduos de forma idêntica perante a lei. Entretanto, esta postura apenas acentuou a concentração do poder econômico capitalista em detrimento das desigualdades sociais.

Assim, esse contexto de críticas ao Estado Liberal propiciou a expansão de novas teorias políticas e ideológicas, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja. Para Saldanha, essas novas teorias, por meio de perspectivas distintas, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal (1980, p. 89).

A Revolução Russa (1917) e a conseqüente expansão das idéias marxistas em diversos países impulsionaram uma revisão do liberalismo político e econômico de Estado. De acordo com Hobsbawn, “[...] cerca de 40 anos depois da Revolução Russa de 1917, um terço da humanidade estava vivendo em regimes diretamente derivados do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção” (1995, p. 61-62).

A temeridade do expansionismo das revoluções de cunho marxista, por parte dos países capitalistas, dirimiu as resistências para os processos de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Neste sentido, no início do século XX, surgem as primeiras constituições a garantirem direitos fundamentais mínimos foram a Carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Dessa forma, o modelo codificado, a partir da segunda metade do século XX, foi tornando-se incipiente e esgotado, face às pressões sociais para atendimento das mais diversas demandas que se apresentavam no cotidiano da sociedade. Conforme Gschwendtner foi, principalmente, no período após a Segunda Guerra Mundial, nas décadas de 40 e 50, que “[...] o processo de intervenção na economia se ampliou em face do aumento dos conflitos sociais e do aparecimento de novas situações econômicas que simplesmente não encontravam previsão no Código Civil” (2006, p. 76).

O Estado baseado nos pressupostos liberais foi enfraquecendo-se, sendo substituído pelo Estado de Direito Social, este de maior cunho intervencionista e que se constituía como garantidor das crescentes demandas sociais. Tais demandas propiciaram o desenvolvimento de leis extracodificadas ou extravagantes, tendo em vista que tais situações não eram previstas no Código Civil.

Nesse diapasão, Albuquerque, considera que a legislação extracodificada, “inicialmente efêmera e mutável, em decorrência das transições do pós-guerra, foi, aos poucos, em um processo de paulatina afirmação, esvaziando os códigos [...]” (2002, p. 75). Assim, diversos estatutos, e leis extravagantes foram sendo elaborados provocando uma descentralização do sistema de direito privado.

Entretanto, o Estado Social cresce de forma desmedida, tornando-se o verdadeiro Leviatã de Hobbes, com seu gigantismo e sua lógica tecnocrática. As constituições que no Estado Liberal abordavam apenas a garantia de direitos individuais e uma estrutura básica de Estado, no Estado Social, passaram a abordar uma série de temas, desde os direitos sociais até as funções de direção das estâncias políticas e da própria sociedade.

Nas palavras de Bobbio:

[...] com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reaprimorando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. (1995, p. 25).

O modelo de Estado Social também encontrou críticas e opositores, principalmente a

partir de 1970, com a crise do petróleo, o desenvolvimento dos governos neoliberais e o processo de globalização econômica. Esse novo paradigma propõe o retorno de um Estado mínimo, aos antigos moldes liberais. Segundo Chomsky, “[...] os grandes arquitetos do Consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião” (2002, p. 22).

Desta feita, a teoria neoliberal produz conseqüências políticas, econômicas e jurídicas. Porém, também encontra fortes críticas e oposição de diversos segmentos da sociedade, principalmente, aqueles setores ligados aos movimentos sociais. No entanto, o Estado Contemporâneo, ainda, mantém como seu objetivo maior de concretizar o Bem Comum, por meio da manutenção de direitos sociais.

Portanto, podemos considerar que o Estado Social destacou-se pela garantia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Conforme Bonavides, “[...] no Estado liberal do século XIX, a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos), ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo” (2003, p. 204).

Ademais, o Estado Social possibilitou o processo de publicização do privado, ou seja, impulsionou a intervenção do Direito Público no Direito Privado. E, ainda, propiciou as bases para a fundamentação da Constitucionalização do Direito Civil, o que analisaremos adiante.

1.2. A superação da clássica dicotomia Direito Público X Direito Privado

As influências que as normas constitucionais têm exercido sobre o Direito Privado possibilitaram os diversos dos estudiosos do direito a afirmarem que, atualmente, não há mais espaços para a clássica divisão do direito em ramos público e privado (VELTEN, 2006, p. 422).

Com a promulgação do Código Civil de Napoleão e o apogeu do Estado Liberal, o Direito Privado caracterizou-se como um “[...] grande sistema de regras que regulavam as relações entre os indivíduos, a grande constituição privada, que resumia as concepções de liberdade, sistema e organização” (GSCHWENDTNER, 2006, p. 79).

Nesse contexto, o Direito Civil ocupava-se somente em regular a vida do cidadão, de seu nascimento ao *post mortem*, sem sofrer qualquer tipo de interferência das normas de direito público, as quais apenas disciplinavam os interesses estatais e os poderes políticos. Neste sentido, pode-se considerar que neste período não havia a interpenetração entre Direito

Público e Direito Privado, tendo em vista que os Códigos Civis da época não permitiam espaço a atuação do magistrado ou, ainda, as normas de Direito Público.

O autor Gschwendtner avalia que os Códigos Civis deste período eram considerados os diplomas legais mais importantes dos Estados, mais do que as Constituições, as quais, constituíam-se apenas como manuais organizativos do Estado (2006, p. 80).

Entretanto, com o surgimento do Estado Social, em contraposição ao modelo de Estado Liberal, de caráter intervencionista e garantidor dos direitos sociais, delineiam-se os movimentos para se conferir uma função social aos institutos jurídicos.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, o Direito Privado constitui-se como um sistema mais abrangente de proteção, desprovendo-se de suas características liberais patrimonialistas e individualistas.

Desse modo, a divisão entre Direito Público e Direito Privado não encontra mais razão para sua manutenção, tendo em vista que se relacionam em um espaço complexo em que se confundem seus elementos. Tal mudança de paradigma pode ser observada, segundo Luiz Edson Fachin, na

“recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em seu sentido concreto e pleno) e menos ao redor do patrimônio em si mesmo”, sendo que “fenômenos como constitucionalização de institutos de base do direito civil, superando, ao menos em parte, a artificial dicotomia entre o universo jurídico público e o santuário privado clássico, apontam para esse repensar presente na repersonalização, fundamento antropocêntrico do direito civil para eclipsar os dogmas do oitocentista civilístico. (1998, p. 317).

Outrossim, Gustavo Tepedino, destaca que a *summa divisio* do Direito Público e do Direito Privado não deve ser mais considerada, visto que atualmente ocorre a “interpenetração do direito público e do direito privado”. (2003, p. 19) Assim, a influência que o texto constitucional passou a exercer sobre o Direito Civil provocou a interpenetração do Direito Público e do Direito Privado.

Portanto, o Direito Público e o Direito Privado não guarnecem atualmente uma divisão evidente, porém se relacionam em um complexo em que se confundem seus elementos.

1.3 A constitucionalização do Direito Civil

É cediço afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 tenha se originado sob a influência dos paradigmas do Estado Liberal. As doutrinas liberais primavam pela proteção de um modelo de Direito Privado de cunho individualista e patrimonialista. Nesse aspecto, Ramos relata:

Foi este paradigma, inaugurado com a codificação francesa, o adotado pelo Código Civil brasileiro em 1916. No texto francês, como no direito pátrio, a autoridade do Estado se conciliava com a soberania do indivíduo, com sua autonomia, decorrente do contrato social, que, no domínio econômico e dos contratos mantinha o Estado numa neutralidade estática, ignorando as desigualdades econômicas, aplicando o regime de igualdade de todos, fortes e fracos, perante a lei, cuja consequência foi fazer com que a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégios dos fortes, baseado numa ética individualista. (2000, p. 5).

No entanto, com o advento da sociedade de massas, as pressões populares em oposição à exclusão social, resultante das políticas oriundas do Estado Liberal, desencadearam no estabelecimento do Estado Social. Segundo Gehlen, “[...] o Estado Social de Direito se revela como fórmula de compromisso entre os Estados liberal e socialista. E esta nota bem característica se reconhece no caráter programático apresentado por suas constituições” (2002, p. 180).

No Brasil, num primeiro momento, foram aprovadas legislações extracodificadas para contemplar as demandas sociais. Todavia, com o estabelecimento do Estado Social de Direito, a partir da Constituição de 1934, desfaz-se a unicidade do Direito Privado.

Ademais, surgem diversas leis de caráter excepcionais que passam a tratar de matérias não abordadas no Código Civil. Assim, referidas legislações são denominadas de leis especiais.

O surgimento dessas novas fontes de direito, para Tepedino, provocaram uma inversão hermenêutica, valorizando-se as leis especiais (condomínio em edificações, locação, parcelamento de solo urbano e outros), em relação ao Código Civil, o qual se tornou um sistema fragmentado, hora complementado pela constelação de microssistemas estabelecidos (1989, p. 77).

Segundo Perlingieri,

Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. (2002, p. 6).

O conjunto legislativo extravagante encontrou sua unidade, não mais no Código Civil, mas sim na Constituição, que apresenta em seu texto princípios gerais regulamentadores, os quais consolidam as ações intervencionistas do Estado Social no âmbito das relações privadas. Neste cenário, os institutos típicos de Direito Civil foram integrados ao sistema

constitucional.

Conforme Gomes: “[...] houve um franco esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada, pela imigração para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, tais como a propriedade, a família e a própria autonomia privada” (1984, p. 166).

Diante desse contexto, desenvolve-se o ideário de defesa e sobrevalorização do interesse social, no qual, “todo e qualquer instituto jurídico somente tem razão de ser a partir do momento em que existe em função do ser humano” (GSCHWENDTNER, 2006, p. 159). Consoante, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seus diversos dispositivos legais, aborda:

[...] um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente – tendo em vista que estas garantias, como regra, não se tornaram efetivas no cotidiano dos cidadãos e na operacionalização do direito – a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial dos excluídos. (RAMOS, 2000, p. 15).

Nesse sentido, tendo em vista a incidência de valores constitucionais na norma civilista, a partir da priorização dada pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade e seu livre desenvolvimento, ocorre uma “despatrimonialização” do Direito Privado.

Para Perlingieri,

Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça. (2000, p. 16).

Assim, a Constituição assume sua função ante a hierarquia do ordenamento jurídico, estabelecendo e submetendo aos demais ramos do direito, regras e princípios gerais.

Conforme Stolze,

[...] a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária. (2005, p. 54).

Desta maneira, a Constitucionalização do Direito Civil constitui-se numa releitura à luz do texto constitucional dos institutos do Direito Civil. O doutrinador Lôbo, atribui que a Constitucionalização do Direito Civil, deve ser compreendida “[...] como inserção

constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, sendo mais do que um critério hermenêutico formal” (2008, p. internet).

Assim, o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil implica na interpretação das normas de Direito Civil como reflexo das normas constitucionais. O Direito Civil transforma-se de “[...] atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada” (MORAES, 2008, p. internet).

Tal transformação altera a ótica patrimonial, proprietária e produtivista, tornando-se prioritários no âmbito do Direito Civil os valores existenciais privilegiados pela Constituição. Desta forma, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 deve ser promovido pelo intérprete, à necessária conexão axiológica entre o codificado e a Constituição (GSCHWENDTNER, 2006, p. 97).

Isso porque, o Código Civil de 2002, originou-se a partir de um projeto de lei dos anos 70 que, apesar dos avanços, foi promulgado com deveras deficiências e anacronismos.

Na lição de Moraes, o Código Civil de 2002

[...] ainda carrega em si diversas normas permeadas pelo arcaico espírito individualista e patrimonialista e, assim, sua aplicação exige ainda maior cuidado: enquanto a explícita vetustez do Código de 1916 mantinha o intérprete em constante alerta quanto à necessidade de adequação das normas inferiores à legalidade constitucional, a aparência de novidade do Código de 2002 pode fazer com que o cotejo com as normas constitucionais pareça menos imperioso. (2006, p. 11).

Para tanto, a superação dos paradigmas patrimonialistas do Código Civil de 1916 e a solução das ambigüidades presentes no Código Civil de 2002, permeiam a aplicação direta dos princípios constitucionais, sob uma ótica solidarista e personalista.

Nesse sentido, no próximo capítulo, abordar-se-ão os princípios orientadores do Código Civil de 2002, bem como, os princípios constitucionais preponderantes as relações privadas.

2. Novos princípios do Direito Civil contemporâneo

Os princípios são conceitos que designam as idéias que fundam as premissas de todo um sistema. Para Miguel Reale, “toda forma de conhecimento científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem um dado campo do saber” (1995, p. 299).

Segundo o referido autor, os “[...] princípios constituem verdades fundantes de um sistema de conhecimento, admitidas seja por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, seja por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos necessários à pesquisa e à práxis” (REALE, 1995, p. 299).

Por sua vez, os princípios do direito, constituem-se como sendo os fundamentos normativos da Ciência Jurídica, adotados por determinada sociedade ou cultura como pilares da convivência social (MELO, 2000, p. 79). Para Ronald Dworkin, os princípios devem ser tratados como direito e que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal (*apud* MELO, 2000, p. 79).

Nesse diapasão, os princípios gerais do direito privado são inspirados em princípios fundamentais do direito, os quais, conforme Tercio Sampaio Ferraz Jr., “[...] representam uma reminiscência do direito natural como fonte” (1988, p. 223). O sistema jurídico de direito privado tem por pressuposto a existência de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, integrantes de princípios basilares e estruturais da ciência do direito (GURGEL, 2006, p. 12).

Assim, num primeiro momento, efetuaremos a análise de diretrizes ou princípios fundamentais que, segundo Miguel Reale, foram a base para a elaboração do Código Civil de 2002. Em seguida, abordaremos os princípios constitucionais aplicados às relações privadas, frutos do processo de constitucionalização do Direito Civil.

2.1 Princípios orientadores do Código Civil de 2002

A promulgação do novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10.01.2002, marca a superação da lógica tradicional de proteção patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916. O Código Civil aponta para a participação de valores éticos no ordenamento jurídico, os quais se constituem por meio de princípios.

Neste aspecto, Miguel Reale contextualiza os principais pressupostos dessa nova realidade do ordenamento jurídico:

Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade do século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que os meios de informação são muito mais poderosos. (1999, p. 179).

Desta forma, o Código Civil, passa a ser fundamentado por diretrizes norteadoras de seu

arcabouço legal. O civilista, Reale, baseia-se em “[...] três pilares sobre os quais se firmam a essência do novo Código Civil: a sociabilidade, a eticidade, e a operabilidade” (2006, p. internet). Tais pilares constituem-se como os princípios fundamentais que inspiraram à elaboração do novo Código Civil brasileiro, os quais serão abordados a seguir.

2.1.1 Princípio da sociabilidade

O princípio da sociabilidade caracteriza-se como um dos aspectos mais marcantes do atual Código em vigor, uma vez que privilegia os valores coletivos sobre os individuais, sem perda do valor fundante da pessoa humana. Este princípio reflete-se a partir dos conflitos sociais que impulsionaram a formação do Estado Social, em detrimento do Estado Liberal, conforme já analisado.

O professor Reale ensina que:

O “sentido social” é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do ingene Clóvis Bevilacqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais [...]. (2008, p. internet).

Dentre os dispositivos legais abordados no Código Civil fundamentados pelo princípio da sociabilidade, vemos exemplos nas normas referentes aos contratos em geral e propriedade e sua aquisição.

O “sentido social” está presente, dentre outros, no artigo 421, o qual declara a função social do contrato: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Neste mesmo sentido, destaca-se o disposto no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Quanto à posse foram superadas as disposições unívocas de posse de boa-fé e a de má-fé, sendo que o Código passa a considerar a natureza social da posse da coisa para dirimir o prazo de usucapião. Consoante com o disposto no artigo 1.238 que versa:

Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual, servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

O mesmo sentido social encontra-se presente no disposto nos artigos 1.239 e 1.240 do Código Civil:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possuir como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Também podemos observar a influência do princípio da sociabilidade no texto normativo do artigo 1.242, o qual dispõe que “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Por fim, cabe ressaltar, o caráter inovador apresentado pelos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem a injustamente a possua ou detenha. [...];

§4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houveram realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico.

§5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

2.1.2 Princípio da eticidade

O princípio da eticidade tem por fundamento o valor da pessoa humana como fonte do Direito. O referido princípio possibilita chegar-se a concreção jurídica mais justa e equitativa, por meio de critérios ético-jurídicos.

Para Reale, o princípio da eticidade, presente no Código Civil de 2002, “[...] confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto” (2006, p. internet).

Todavia, os princípios da sociabilidade e da eticidade possuem as mesmas origens históricas. Segundo a doutrinadora, Judith Martins-Costa, estes dois princípios “[...] constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social

são fundamentalmente éticas, assim com as normas éticas têm afinidade com a socialidade” (2002, p. 131).

Por essa razão, o princípio da eticidade rompe com o rigorismo formal, adotado pelo Código Civil de 1916, no qual imperava a resolução de conflitos por meio de preceitos normativos expressos, “[...] para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de comunicação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade” (REALE, 2006, p. internet).

Os pressupostos concernentes ao princípio da eticidade podem ser observados em diversos artigos do Código Civil de 2002,

[...] como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização de pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como mandamento de equidade, seja, ainda, como dever de proporcionalidade. (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 133).

Finalmente, podemos encontrar exemplos do princípio da eticidade no disposto nos artigos 113, 187 e 422 do mesmo Código:

Art.113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

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.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

2.1.3 Princípio da operabilidade

O princípio da operabilidade visa propiciar a realização do Direito e de disponibilizar condições para sua operação. A operabilidade “[...] busca dar praticidade ao Código ao criar normativas e facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito e, para isso, o primeiro cuidado, pelo que esclarece o professor Reale, foi eliminar dúvidas que vêm persistindo” (CAVAGGIONI, 2006, p. 466).

Dessa forma, podemos considerar que se torna indispensável à operabilidade da norma, tendo em vista que será evitada uma série de equívocos e de dificuldades quanto a sua interpretação e aplicação.

Todavia, o princípio da operabilidade, também conduz a redação de determinadas normas jurídicas que “[...] são normas abertas, e não cerradas, para que a atividade social, em

sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo por intermédio da estrutura hermenêutica, complemento natural da estrutura normativa” (CARVALHO FILHO, 2003, p. 56).

Nesse sentido, a doutrina acrescenta o princípio da concretidade ou concretude, o qual se manifesta de forma implícita no princípio da operabilidade. Conforme Reale, tal princípio consiste:

Na obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação concreta. (2006, p. internet).

Outrossim, podemos encontrar exemplos do princípio da operabilidade no disposto nos artigos 575, parágrafo único e 1.240, § 1º:

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ele venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

2.2 Princípios constitucionais de Direito Privado

Os princípios constitucionais, garantida a hierarquia das normas, são os mais relevantes e caracterizam-se por condicionarem a criação, interpretação e aplicação do Direito. Segundo o doutrinador, José Afonso da Silva, os princípios constitucionais “[...] são regras básicas do ordenamento jurídico constitucional. Constituem a síntese de todas as demais normas da Constituição. Aquelas são matrizes destas, e estas se revelam como desdobramentos daqueles” (2002, p. 19).

Nesse contexto, Bonavides considera que “os princípios constitucionais, uma vez postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento, isto é, se convertem em *norma normarum* (norma das normas), em normas-chaves de todo o sistema jurídico” (2003, p. 261).

Por sua vez, o Código Civil de 2002, apesar de seus avanços, ainda apresenta influências, em determinadas normas, da ótica individualista e patrimonialista do Código

Civil de 1916. Desta maneira, torna-se imperioso a aplicação direta dos princípios constitucionais para a solução das ambigüidades presentes no Código de 2002.

Portanto, é o processo de constitucionalização do Direito Civil que vai impor a aplicação direta dos princípios emanados da Constituição de 1988 as relações privadas, tais como a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a função social. Estes princípios, de maior amplitude, desdobram-se em diversos princípios informadores do Direito Civil contemporâneo, porém estes mais específicos (MORAES, 2009, p. 9).

Dessa forma, as normas de caráter especificadamente privatistas podem ser verificadas no texto constitucional, quando este faz menção à família, à propriedade, aos direitos sujeitos a reparação por meio da responsabilidade civil e aos meios de comunicação. Consoante ao tema, destaca Tepedino (2003):

Os textos constitucionais, paulatinamente, definem 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.

Nesse aspecto, a Constituição, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) como fundamentos da República; a justiça e solidariedade da sociedade (artigo 3º, inciso I) como objetivos da República; a função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII) e outros temas de caráter privado, impôs aos operadores do direito a guarnição dessas premissas como imperativas na aplicação das normas infraconstitucionais de direito privado. (SOARES, 2006, p. 445)

Todavia, o processo de constitucionalização do Direito Privado não se procede somente, por meio da recepção, em sede constitucional de matérias que anteriormente eram abordadas no Código Civil. O fenômeno apresenta maior magnitude e caracteriza-se numa releitura do Código Civil e à luz da Constituição.

Os institutos de Direito Privado, tais como a propriedade, contrato, família e empresa deverão ser redefinidos a luz dos princípios constitucionais. Neste contexto, destaca Moraes:

Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico. (2006, p. 15).

Por fim, a força normativa da Constituição e o caráter vinculante de seus princípios impulsionaram o processo de constitucionalização do Direito Privado. Este processo além de

retirar o Código Civil do centro do sistema, também provocou profundas mudanças na “[...] ordem jurídico-privada, que passou a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais” (SARMENTO, 2004, p. 129).

Considerações finais

No plano constitucional, com a Carta Magna de 1988, o Direito Civil clássico sofreu profundas transformações. Toda a ordem jurídica infraconstitucional passa a ser depreendida sob o foco da Constituição, a fim de realizar os valores nela estipulados.

Dessa forma, com o objetivo de por fim aos conflitos sociais e preservar o Estado democrático de direito, há o estabelecimento de um Direito Civil Constitucional, baseado em uma nova ordem de idéias, voltadas para a aplicação dos princípios constitucionais. Tal fenômeno é consequência de uma nova realidade econômico-social, na qual, os padrões tradicionais foram drasticamente alterados.

Todavia, na medida em que o ordenamento jurídico caminha de uma unidade para uma pluralidade de direitos, na qual, a Constituição propiciou uma transformação do sistema civilístico, necessita-se um saber jurídico que realmente atenda as necessidades da sociedade atual. Segundo Wolkmer, uma perspectiva interdisciplinar revela que a inter-relação fragmentada do legal não é mais vista como anárquica e que é perfeitamente admissível viver no mundo de juridicidade policêntrica (1994, p. 14).

Desse modo, conforme Noronha, o Direito constitui-se como uma ferramenta que pode provocar ou estimular mudanças na sociedade, e não apenas um instrumento para sua conservação (1994, p. 25).

Referências

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico** – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. 4ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003

CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas: neoliberalismo e ordem social**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COMPARATO, Fábio konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itassu A. **História Moderna e Contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Scipione, 1994.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O Socialismo Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Ensaio, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: contém análise comparativa dos códigos de 1916-2002**. São Paulo: Saraiva. 2005.

GSCHWENDTNER, Loacir. **A Constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos. O Breve Século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Mundo Jurídico**. São Paulo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 8 jan. 2008.

LOWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen**. São Paulo: Cortez, 1998

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

MORAES, Maria Celina B. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br>. Acesso em: 7 jan. 2008.

_____. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Função do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A constituição e o código civil**. São Paulo. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

_____. **O novo código civil**. São Paulo. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. São Paulo: Edições Ouro.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Nova Propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, p.77, abr./jun. 1989.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.