A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS EFEITOS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE CIVIL LAW AND ITS EFFECTS

Andrey Felipe Lacerda

Resumo: O presente estudo tem por escopo principal analisar a mudança de paradigma do direito positivista para o pós-positivista ou neoconstitucional e seus impactos sobre o direito privado. A partir dos fundamentos constitucionais busca-se demonstrar as transformações ocorridas nos institutos basilares do direito civil, precipuamente no que diz respeito à propriedade, contrato e economia.

Palavras chave: direito civil, constitucionalização

. **Abstract:**This study aims, to analyze the paradigm shift of science law from positivism to post-positivist or "neoconstitucional" and those impacts on private law. From the constitutional foundations the article seek to demonstrate the changes that occurred on the basilar institutes of civil law, mostly with regard to property, contract and economy.

Key Words: civil law, constitucionalization.

Sumário: 1 (Neo)constitucionalismo e Ubiquidade constitucional; 2 A norma e suas espécies; 3 Supremacia e filtragem constitucional; 4 O direito civil constitucionalizado; 5 Aplicação; 5.1 Função Social da Propriedade; 5.2 Função Social do Contrato; 5.3 Intervenção do Estado no Domínio Econômico; Conclusões.

Introdução

Considerando as grandes transformações ocorridas nos modelos de Estado constituídos após a segunda guerra mundial, os quais se estruturaram a partir das determinações e valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, busca-se a partir do presente estudo demonstrar como o direito privado se reorientou para manter a conformidade com a norma fundamental.

Assim, a primeira parte do trabalho é destinada a apresentar a mudança do paradigma positivista para o pós-positivista (neoconstitucional), tecendo considerações

acerca do conceito de norma e suas espécies: regras e princípios, bem como de supremacia e força vinculante da constituição.

A segunda parte é destinada a analisar o direito civil constitucionalizado e suas implicações teóricas sob quatro enfoques: (i) tipificação de institutos de direito privado na Constituição; (ii) alteração do conteúdo da autonomia privada; (iii) personalização do direito civil; (iv) eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

Por fim, na terceira parte o objetivo é demonstrar a aplicação prática destas mudanças, principalmente nos campos da propriedade, do contrato e da atividade econômica.

1 (Neo)constitucionalismo e Ubiquidade constitucional

Os efeitos do segundo pós-guerra transformaram a concepção do constitucionalismo contemporâneo de tal sorte que parte da doutrina nacional e estrangeira tem denominado o fenômeno de "neoconstitucionalismo", ou "neoconstitucionalismo(s)". O reconhecimento da força normativa e vinculante da constituição, a opção por um sistema de regras e princípios, a filtragem constitucional, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante, bem como a superação do positivismo e do método exclusivamente silogístico, são exemplos deste novo cenário.[1]

Na acepção de Daniel Sarmento:

> O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido

[1] CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid:Trotta, 2003.SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2009.__. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In: BARROSO, Luis Roberto. "Temas de Direito Constitucional - Tomo II. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". 7ª Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003. SARLET, Ingo Wolfgang." A Eficácia dos Direitos Fundamentais". 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ALEXY, Robert. "Teoria dos Direitos Fundamentais". São Paulo: Malheiros, 2008.

> designado como "neoconstitucionalismo". Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.[2]

O modelo teórico neoconstitucionalista, constrói-se a partir da compreensão de três marcos fundamentais que refletem a mudança de paradigma e a evolução do direito constitucional, são eles o histórico, teórico e o filosófico[3]·. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do 2º pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Já no Brasil, o processo de redemocratização impulsionado pela promulgação da Constituição da República de 1988.

Conforme Luís Roberto Barroso:

> A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.[4]

O marco filosófico é caracterizado pela síntese de duas correntes: (1) A do jusnaturalismo e da filosofia do direito natural, cujo fundamento compreendia a crença em princípios jurídicos universalmente válidos que traduziriam direitos inerentes à própria natureza humana, fundamentando-se como ordem supra legal; (2) e sua antítese o positivismo, cujo fundamento era a norma hipotética fundamental, derivada do poder

---

[2].SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.10.

[3] .BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[4] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

mais eficaz, que determinava a validade do direito por meio de um sistema escalonado de regras sem a preocupação com o conteúdo da norma.

No pós-positivismo há uma reformulação da teoria da norma e os princípios passam a ter outra função no sistema jurídico. Assim, o constitucionalismo contemporâneo atribuiu força normativa à Constituição, a qual deixou de ser considerada apenas um documento essencialmente político, destinado a orientar a produção legislativa.

2 A norma e suas espécies

Inicialmente, é necessário fixar o conceito de norma, para então analisarmos a suas espécies, já que este novo conceito implica num dos principais efeitos do direito constitucionalizado. Normas, portanto, são produtos da interpretação dos textos. Exemplo: as normas gramaticais que podem ser extraídas a partir da leitura de um livro. A norma contém um "dever-ser". Como tal, estabelece como deveria ser uma situação. Contrapõe-se às descrições, que se destinam a analisar a realidade como ela é. O direito destina-se a estabilizar expectativas de comportamento que não se adequam às frustrações, devendo ser estabilizadas de modo normativo. Isto é, seleciona comportamentos a partir dos dados da experiência e atribui caráter deontológico a esses tipos de comportamento, os quais deverão ser observados por todos, sob pena de uma consequência jurídica.

Nesse sentido, Friederich Müller ao discorrer sobre normatividade, norma e textoda norma, afirma que a normatividade pertence à norma segundo o entendimentoveiculado pela tradição, isto é, não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, do funcionamento efetivo e da atualidade concretado ordenamento constitucional, perante motivações empíricas em sua área de atuação. Assim, não há como fixar todo o sentido da norma apenas em seu texto.

Inocêncio Mártires Coelho sintetiza:

> Além disso, conclui Müller, mesmo no âmbito do direito vigente anormatividade que se manifesta em decisões práticas não estáorientada, linguisticamente, apenas pelo texto da norma jurídicaconcretizada; muito pelo contrário, todas as decisões

> sãoelaboradas com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e subsídiosdo direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textosque não são nem poderiam ser idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem[5]

Da interpretação surge um dever-ser, ou seja, uma norma. Há três modalidades básicas de "dever-ser", conhecidos como modais deontológicos: dever, permissão, proibição. Em geral, a maior parte das normas está ligada a um desses casos, embora existam outras modalidades, inclusive no âmbito dos direitos fundamentais, que permitam algo a alguém ou imponham dever a outros.

Essa distinção entre texto e norma é extremamente importante na metódica atual ese coloca como verdadeiros topos na literatura jurídica. A "nova hermenêutica jurídica" tem como dogma a não identificação entre texto e norma, logo não há no ordenamento jurídico, soluções prontas e acabadas para cada problema.

A norma, portanto, é produzida pelos interpretes[6]. Interpretar o direito é uma relação enteduas expressões: a primeira que porta uma significação que é o objeto da interpretação; e a segunda, denominada interpretação. O texto é um signo e para ter significado carece da ação de um sujeito cognoscente. Assim, o Professor e ex-ministro Eros Grau, costumava utilizar um exemplo analógico muito elucidativo para este fenômeno, diz ele que as artes são ou alográficas, a proza e a pintura são tipos de arte autográfica, no sentido de que para obter emoção estética não se necessita da intermediação de um intérprete. Lê-se um poema e frui-se, olha-se um quadro e obtêm-se imediatamente emoção estética. A completude da obra de arte se dá tão só pela ação do artista que escreveu ou pintou. Nas artes alográficas, para obter emoção estética necessita-se da mediação de um intérprete, a música e uma peça de teatro são apenas textos, ainda que se saiba ler uma partitura ou uma peça, a completude da arte não se transmite apenas pelos escritos, é necessária aação do artista, que dá vida a este tipo de arte.

O eminente ex-ministro defende, nessa estrutura, que o direito é alográfico, porque o texto normativo não se completa apenas no sentido expresso pelo legislador.

[5]MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pg129.

[6]Que não são apenas os juízes, mas todos os atores processuais.

Segundo ele, a "completude" do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete, constituindo assim, a norma.

A definição é extremamente importante, uma vez que ao retirar do texto em si apenas o início e o limite do seu caráter normativo, considerando-o completamente adquirido apenas após o processo interpretativo, torna-se compreensível que um enunciado comporte uma ou várias normas (fenômeno que ocorrena interpretação conforme a Constituição), bem como é possível obter uma mesma norma mediante aglutinação de diferentes enunciados normativos (diálogo das fontes), ou ainda, uma norma sem necessidade de recurso a um texto escrito. É o que ocorre em sede de atribuição desentido a preceitos fundamentais. Mediante um procedimento interpretativo dialético constrói-se uma norma para tutelar um direito fundamental, a exemplo do que ocorreucom o direito a união homoafetiva no Brasil, em 04/06/2011, por meio da ADI 4277 eADPF 132 reconhecendo, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo.

A distinção entre regras e princípios é particularmente importante para a compreensão da aplicação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, pois não obstante a intensa carga axiológica a que estão submetidas todas as normas que garantem esses direitos, algumas assumem forma de regra, outras de princípio. Cabendo ao interprete identificar se é o caso de imposição de algo definitivo, ou se é o caso de posições jurídicas a serem realizadas na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

A perspectiva adotada no presente trabalho é a preconizada por Robert Alexy e Virgilio Afonso da Silva, onde "o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem"[7]. No caso das regras, garantem-sedireitos ou se impõem deveres definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, sãogarantidos direitos ou são impostos deveres prima facie[8].

---

[7]SILVA, Virgílio Afonso da**. Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

[8]"Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter*prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamentodefinitivo,* mas apenas *prima facie.* Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra- razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não

Entende-se que princípios são "mandamentos de otimização" isso significa que são realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário do que acontece com as regras, que operam de forma binária observando a lógica do "tudo ou nada" (*all or nothing*), isto é, ou são subsumidas aos fatos ou não são aplicadas. Se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo, devendo ser realizado totalmente caso a regra seja aplicável ao caso concreto, pois tratando-se de regras é possível que haja uma exceção, ou ainda, que fatores externos a tornem inaplicável. Por exemplo: a regra que proíbe a retroação da lei penal e sua exceção (retroagir sempre para beneficiar o réu art. 5º, XL da CRFB). Já no caso da atipicidade da conduta, pode-se falar em inaplicabilidade da regra, mesmo tendo ocorrido o fato por ela prescrito.

Tratando-se de princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, pois, via de regra, essa realização é apenas parcial. Isso ocorre porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente. Nessa linha é que se diz, que ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. O objetivo é sempre chegar ao grau máximo de realização do direito, no entanto, esse patamar dificilmente é alcançado seja em virtude das condições fáticas[9], ou jurídicas ideais.[10]

No caso das regras, verifica-se que sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto, sendo na maioria das vezes aplicada em abstrato por meio de subsunção do fato à norma, enquanto que aos princípios aplica-se o sopesamento. Isso não significa que regras não careçam de interpretação para serem aplicadas, pelo contrário, toda norma é produto de uma interpretação, seja ela uma regra ou um princípio. A aplicação se dá sobre o produto da interpretação dos textos, dispositivos e da realidade fática, portanto, não é o texto que define a espécie normativa.

---

dispõem da extensão de seu conteúdo em face de suas restrições e das possibilidades fáticas."-ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.103.

[9]Por exemplo: ausência de recursos suficientes no fornecimento de certos medicamentos para a realização máxima do direito à saúde)

[10]Possível colisão com outros princípios, ausência de regulamentação.

3 Supremacia e filtragem constitucional

Atualmente, não há como se aplicar o direito de forma válida sem que se faça alusão à Constituição da República, além das grandes questões, ela também influência a resolução de pequenos conflitos; é invocada em quase todas as disputas judiciais, no Congresso Nacional, na doutrina especializada dos diversos ramos do direito e, até mesmo, para encampar bandeiras ideológicas.

A ideia de supremacia da Constituição atravessa o seu próprio conceito polissêmico, analisada sob seus aspectos formais verifica-se que é a lei fundamental do Estado brasileiro, situada no ápice do ordenamento jurídico, conferindo validade a todas as outras espécies normativas. "Na qualidade de norma primária sobre a produção jurídica a Constituição tem importantes funções: (1) identifica as fontes do direito; (2) estabelece os critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determina a competência das entidades que revelam normas de direito positivo"[11]

Portanto, trata-se de um conjunto de normas, que regula a organização, o funcionamento e as competências de um Estado, assim como os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Sob o aspecto material deve ser compreendida como uma aquisição histórica da sociedade que pretende regular, pois "positiva" importantes conquistas sociais, opções políticas fundamentais e estabelece fins a serem atingidos. Nesse sentido, diz-se que a Constituição traz em seu conteúdo as diretrizes mais importantes de uma comunidade, protegidas por um procedimento mais rigoroso de alteração.

Nessa esteira José Afonso da Silva pontifica:

> Da rigidez emana, como primordial conseqüência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É em fim a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização

[11]CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003, p. 693.

> de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado.[12]

Nessa perspectiva, ao voltar-se para produção normativa, a Constituição também adquire força normativa, isto é, capacidade de vincular e de conformar condutas, dando segurança às expectativas de comportamento. Assim, é compreendida como "ordem-quadro da República", pois o caráter indeterminado de muitas de suas normas obriga o legislativo, o executivo, o judiciário, bem como toda a sociedade civil a preencher e concretizar o seu conteúdo de acordo com conjectura que se apresente.

Nas Lições do ilustre J.J. Gomes Canotilho:

> A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um "valor declaratório"," uma natureza de simples direção política", um caráter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis. (...)
> Se a constituição é uma lei como as outras, em alguma coisa se distingue delas. O caráter *aberto* e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação *criativa e concretizada a* dos "intérpretes da constituição", começando pelo *legislador* (primado da competência concretizada a do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizado desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão que dirige, superintende e/ou tutela a administração pública.[13]

Atualmente é prática comum utilizar argumentos de ordem constitucional em praticamente todos os processos judiciais, seja na área civil, penal, trabalhista, previdenciária etc. O fenômeno não se restringe apenas aos processos judiciais, pois fomentam os debates parlamentares, reivindicações da sociedade civil, ideologias de grupos minoritários e até mesmo omissões estatais.

Para Daniel Sarmento "a constituição tornou-se ubíqua". Ao referir-se a ubiquidade constitucional o autor conduz a ideia de onipresença da Constituição Federal, ou seja:

> [...] a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil. Isto porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é

[12]SILVA, José Afonso da**. Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

[13]CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003, p.1150.

> apenas a lei fundamental do Estado. Ela é a lei fundamental do Estado e da sociedade. Nenhum ramo do Direito escapa completamente às suas malhas. Se, por um lado, a pluralidade e complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea continuam justificando e demandando uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro, há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e teleológica ao ordenamento.[14]

Assim, outro efeito fundamental da constitucionalização corresponde à "filtragem constitucional", que impõe a releitura de antigos institutos a luz da Constituição, resultando muitas vezes em mudanças de paradigmas nos mais diversos ramos do direito. No campo direito privado observamos o fenômeno da "personalização[15] do direito civil", que deslocou o eixo de proteção do patrimônio para a pessoa humana, de outro lado, no campo do direito público, verifica-se a crescente atuação do estado regulador de serviços público (transportes, saúde, bancário etc..) antes ocupados exclusivamente pelo setor privado, bem como a releitura dos atos administrativos em face dos direitos fundamentais. Assim, institutos constitucionais passam a permear o campo privado, como por exemplo, a função social da propriedade e do contrato, bem como a necessidade de se observar a boa-fé objetiva em atos e negócios jurídicos privados e, ao mesmo tempo, institutos de direito privado permeiam as relações entre Estado e cidadão, como ocorre com a garantia dos direitos de personalidade. Nesse sentido, também há de se destacar a ruptura da dicotomia público x privado, como um dos efeitos da constitucionalização, bem ilustrada por Eugênio Facchini Neto:

> De qualquer sorte, do ponto de vista jurídico, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera-se nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com particulares, e consequentemente abrindo mão de instrumentos autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

---

[14].SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113.

[15]"A publicização do Direito Privado, com uma maior intervenção estatal nas relações privadas; a constitucionalização do Direito Privado, com a absorção de matérias privadas na Constituição e a necessária leitura de todo o Direito Privado à luz dos ditames constitucionais e, enfim, a repersonalização do Direito, que restaurou a primazia da tutela da pessoa em função da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante das ordens jurídicas, são os fenômenos que importaram na mudança paradigmática que efetivamente recoloca a pessoa enquanto ser dotado de dignidade como sendo a finalidade e a função dos ordenamentos jurídicos" CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre: 2008.

> Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão "função social da propriedade" somente apareça na carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente no código civil – arts. 421 e 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei nº 6.404-76 – Lei das S.A. – arts. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser diciplinada não mais como simples instituição – a "menor célula da sociedade" – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como "ninho", e não como simples nó, na evocativa imagem de Michelle Perrot), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais). Também percebemos outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo dos negócios jurídicos e na obrigação e na obrigação legal de contrata (hipótese, por exemplo, do art. 39, inc. IX, do Código de Defesa do Consumidor). Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado.*[16]

4 O direito civil constitucionalizado

A intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, propiciada pelo modelo do *Welfare State*, deixou como legado a consciência de que a autonomia da vontade não é absoluta, sendo produto da conformação entre a liberdade e a igualdade dos cidadãos, assim, para que se possa construir uma sociedade livre, justa e solidária é necessária à presença do Estado.

No entanto, a história também registra que o grau desta intervenção deve ser moderado, uma vez que o ente soberano é incapaz de gerir com eficiência uma economia planificada, uma vez que ela obedece a uma racionalidade própria voltada para o lucro. Ademais, a experiência também revela que o paternalismo excessivo

[16] FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.* In. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.48.

prejudica o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Nessa senda, optou o legislador constituinte por inserir na norma fundamental institutos basilares do direito privado: família, propriedade e contrato, sendo que o fez de forma aberta e indeterminada, utilizando cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e mandamentos de otimização, justamente para adequar, conforme o tempo e a conjuntura, o nível de intervenção na esfera privada. Temos, então, o fenômeno da constitucionalização do direito privado.

O fenômeno apresenta mudanças substancias sob quatro enfoques: (i) tipificação de institutos de direito privado na Constituição; (ii) alteração do conteúdo da autonomia privada; (iii) personalização do direito civil; (iv) eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

A positivação de institutos como da liberdade associativa (art. 5º, XVII), representatividade sindical (art. 8º), impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º XXVI), direitos autorais (XXVIII), direito de herança (art. 5º, XXX) dentre outros, denota a preocupação do constituinte originário em salvaguardar determinadas instituições essenciais ao regime democrático, cuja função é limitar o poder do Estado. Porém, no que tange a prescrições como as do art. 1º, IV (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Art. 3º, III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais), art. 3º, I (construir uma sociedade livre, justa e solidária), art. 170 (A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios), art. 5ºXXIII (a propriedade atenderá a sua função social) e Art. 226. (A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado) a situação jurídica é outra, tendo em vista que os dispositivos permitem a valoração de todo o direito privado em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos se irradiam por meio da dimensão objetiva[17],

[17]A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na linha de Ingo Wolfgang Sarlet, conduz à ideia de que estes não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a se apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores, objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado. Ademais, como desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma verifica-se a *eficácia irradiante*, (*Ausstralungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, que pode ser considerada, ainda que com ressalvas, semelhante à técnica hermenêutica da interpretação

fundam, portanto, uma nova ordem pública alinhada aos fundamentos e objetivos fundamentais da República[18].

Através destas prescrições constitucionais, verificamos conforme as lições de Gustavo Tepedino, que o conteúdo da autonomia privada é transformado substancialmente em seus aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que concerne ao aspecto subjetivo, observa-se que o legislador optou por proteger grupos de pessoas vulneráveis e não apenas um sujeito de direito genérico, o que implicou na fragmentação do direito civil, isto é, no surgimento de microssistemas e estatutos como o CDC, ECA, Estatuto do Idoso etc., como consectário da igualdade material. Já no que tange ao aspecto objetivo, as mudanças se voltam para a necessidade de proteção de novos bens jurídicos ante as novas ameaças à pessoa humana, oriundas da evolução científica e tecnológica, tais como a identidade genética e os dados pessoais. Por fim, quanto à forma, constata-se que a própria elaboração dos atos jurídicos antes voltada para a segurança patrimonial, hoje encontra limitação na redação de cláusulas mais objetivas e claras, de forma a proteger o aderente hipossuficiente das chicanas contratuais.

A personalização do direito civil, como já explicitado linha acima, deslocou o eixo de proteção do patrimônio para a pessoa, assim os institutos de direito civil devem ser relidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Gustavo Tepedino:

> À luz do princípio da dignidade da pessoa humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psico-física, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), moldam a atividade econômica

conforme a Constituição. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[18] Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico.* In. .SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) *"A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

> privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.[19]

Com efeito, cabe ressaltar quea descoberta da personalidade humana como aspecto inerente à natureza do homem e fundamental para sua qualidade de vida despertou a necessidade de tutelar alguns desses valores através do direito. O reconhecimento da subjetividade do indivíduo, por Sigmund Freud, possibilitou o reconhecimento de elementos intrínsecos à pessoa necessários para garantir a felicidade humana, os quais não poderiam ser ignorados pelo direito. A honra, a reputação, a imagem, o nome, a afetividade, a sexualidade, a religiosidade e a integridade psíquica como um todo, são alguns dos elementos que formam essa identidade e a subjetividade humana, sendo protegidos tanto pela Constituição como pela nova codificação civil.

Assim, a categoria dos direitos de personalidade é formada por um sistema híbrido de proteção[20] da pessoa, seja frente ao Estado ou a outros particulares. Isso significa que são conjugados os efeitos da proteção constitucional diferenciada dos direitos fundamentais, notadamente oriunda da supremacia constitucional, da aplicabilidade imediata (art.5º, § 1º) e da proteção do núcleo essencial (art. 60,§ 4º), com os efeitos da proteção do código civil, concernentes à possibilidade de reparação por dano moral (art. 12 e21 cc 186 e 927), invalidação de atos e negócios jurídicos ofensivos (arts. 166 e 171), revisão ou reparação por lesões contratuais (arts. 421 e 422), bem como a tutela inibitória ou de remoção do ilícito (art. 461, §§ 3º, 4º e 5º do CPC). Logo, em virtude do artigo 5º, § 1º da Constituição, garante-se uma proteção hierarquicamente superior**,** por força do artigo 60, §4º, IV, conferindo aos direitos de personalidade o poder de derrogar prescrições ofensivas decorrentes do direito ordinário e de limitar a intervenção restritiva e desproporcional do particular em seu âmbito de proteção.

Por fim, como efeito da constitucionalização do direito civil, verificamos possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), que para além da interpretação conforme a constituição e do próprio processo legislativo destinado a conformar tais direitos, manifesta-se nas relações em que o Estado é

[19] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico. In. .SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 316.

[20] Cf. MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria hibrida dos direitos de personalidade. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

estranho. Ressalte-se que esta não é uma "zona de conforto'", constituindo um tema atual, prático, relevante e de intenso debate.

Os direitos fundamentais surgem com a função precípua de limitar o poder do Estado e garantir ao cidadão um espaço de liberdade e autodeterminação, entretanto, atualmente observamos que os grandes violadores desses direitos são atores não estatais, ou seja, grandes conglomerados e organizações transnacionais que se desenvolvem a margem de qualquer prescrição normativa estatal. A globalização derrubou as fronteiras do mundo e abalou as forças do grande leviatã, hoje incapaz de proteger integralmente seus súditos. Não obstante os grandes avanços tecnológicos e científicos conquistados, voltados à satisfação de necessidades humanas vitais, verificamos que o progresso nos trouxe também novos problemas e desafios.

Não é só no âmbito internacional que se observa uma "ameaça horizontal"[21] aos direitos fundamentais, pois em uma sociedade pluralista como a brasileira, formam-se, inevitavelmente, nos espaços livres deixados à autonomia privada, corpos intermediários de poder, tais como as empresas dos meios de comunicação, instituições financeiras, oligopólios, sindicatos, federações e outros que desempenham importantes funções na vida social, gozando de forte poder político-econômico e que alcançam posições de barganha frente ao individuo e, até mesmo em relação ao Estado. Nestes casos, é notória uma relação de "assimetria nas relações jurídicas" que se apresentam sob o manto da autonomia de vontade, mas que, na verdade, denotam uma relação de dominação, que ameaça tanto os indivíduos quanto o próprio Estado.

De outro giro, atualmente também existem situações, no campo das relações entre particulares, em que não há esta assimetria acentuada, mas que tem por objeto direitos fundamentais, eventualmente restringidos ou até mesmo "renunciados" pelas partes. Aqui cabem diversas indagações: seriam válidos atos negociais de disposição de direitos fundamentais? Cabe ao Estado intervir? Pode o particular invocar a proteção diferenciada dos direitos fundamentais para anular um contrato?

No que concerne à aplicabilidade das normas de direitos fundamentais a particulares, verifica-se que a doutrina não é uníssona havendo adeptos da

[21] SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

inaplicabilidade, da aplicabilidade direta e, ainda, os que defendem a aplicabilidade indireta e, também uma corrente que defende uma espécie de eficácia prima facie.

Preliminarmente é necessário distinguir os conceitos de eficácia das normas de direito fundamental, seus efeitos e sua aplicabilidade, para que se possa atingir maior solidez conceitual. Aplicabilidade, embora conexa à ideia de eficácia, com ela não se confunde. É perfeitamente possível que uma norma eficaz, porque apta a produzir efeitos, não seja aplicada a determinada relação jurídica e não produza efeito algum. Porém, não produzir efeitos em uma determinada relação em nada altera a eficácia da norma[22].

A ideia de aplicabilidade exige um complemento: "aplicar algo"; "aplicar a que"; "aplicar algo a que tipo de relação?" Nesse sentido é que se diz que "a CLT é aplicável aos trabalhadores com vínculo de emprego nos termos dos seus artigos 2º e 3º" ou "não se aplica o regime geral de previdência aos servidores públicos com regime próprio". Note-se que, decidir sobre aplicabilidade envolve sempre uma conexão entre fatos e normas. Aplicabilidade é, portanto, um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia (aptidão para produzir efeitos). Norma aplicável é aquela que é dotada de eficácia **e** cujo suporte fático se conecta com os fatos do caso concreto, trata-se de uma relação conjuntiva.

Essa noção de aplicabilidade se torna fundamental ao analisarmos o disposto no art. 5 º, § 1º, da Constituição Federal: "§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Isso não quer dizer que as normas de direitos fundamentais se aplicam a qualquer tipo de relação jurídica, o parágrafo citado apenas faz menção a eficácia dos direitos fundamentais (no sentido de que não há exigência de interposição legislativa). Não há qualquer alusão a situações fáticas em que se deva ou não aplicar as normas.

Na visão de Virgílio Afonso da Silva:

> Há aqui, em minha opinião, uma confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção e efeitos e seu âmbito de aplicação. O texto constitucional, que dispõe que os direitos

[22] SILVA, Virgílio Afonso da**. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

> fundamentais terão aplicabilidade imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já.[23]

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que *"*o constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os permaneçam letra morta no texto da Constituição."[24]Dessa noção de aplicação imediata do § 1º do artigo 5º da Constituição, se extrai a moderna concepção de eficácia plena de todos direitos fundamentais, independentemente de seu status preponderante de defesa ou prestacional. Logo, diante da aplicabilidade imediata, não há que se falar em mediação legislativa para implementar direitos fundamentais.

Pois bem, feitos os apontamentos iniciais cabe proceder à análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, quer-se dizer que, são aplicados sem que haja qualquer intermediação, ou seja, obedece a mesma lógica da aplicação de defesa do cidadão frente ao Estado.

A opção pelos efeitos diretos foi desenvolvida na jurisprudência alemã, por Nipperdey em 1957, então juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que defendia uma aplicação direta das normas de direitos fundamentais, sem a necessidade de uma interpretação por meio de cláusulas gerais, para ele, direitos fundamentais tem caráter absoluto, assim, determinou com base no princípio da igualdade, que homens e mulheres deveriam ter a mesma remuneração. No STF, a questão foi ventilada no RE 158.215, onde a Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, optou por expulsar alguns de seus associados sem observar regras estatutárias relativas ao procedimento de exclusão, bem como sem ofertar qualquer possibilidade de defesa. Segundo o Ministro Marco Aurélio: "a garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública" razão pela qual não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. Outro caso de aplicação direta foi objeto de apreciação no RE 161.243, em que foram negados alguns benefícios do plano de carreiras da empresa *Air France* a um funcionário brasileiro, discriminando empregados não-franceses. Assim, o STF entendeu que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, afirmando que a "discriminação que

---

[23]. SILVA, Virgílio Afonso da**. A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.57.

[24]SARLET**,** Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 264.

se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso (...) é inconstitucional.

Essa posição pressupõe que os direitos fundamentais são dotados de eficácia plena, inalienáveis e irrenunciáveis. A aplicação direta pode em determinadas situações, implicar na ruptura da estrutura da autonomia privada pondo em risco todo o funcionamento do direito privado, além de que não considera que em ambos os lados podem ser titulares do mesmo direito fundamental (liberdade contratual) em colisão (por exemplo, numa relação contratual isonômica).

Não é essa a proposta da nova dogmática, a filtragem constitucional não pretende protagonizar uma "panconstitucionalização"[25] ou "constitucionalização de tudo", pois isso seria extremamente antidemocrático. Uma aplicação direta, em nosso sentir, deve se reservar para casos de notória assimetria jurídica e violação ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, onde não há outros instrumentos suficientes à proteção do hipossuficiente, pois caso fossem produzidos efeitos diretos, indistintamente a todos os casos, haveria cerceamento da liberdade individual, bem como a quebra de estrutura do direito privado.

A proposta de eficácia indireta foi formulada inicialmente por Dürig, surgiu da apreciação do caso Luta, em 1950, ocasião em que o Sr. Luta defendeu em uma conferência de produtores de cinema o boicote a um filme (*UnsterblicheGeliebet* – Amantes imortais) produzido por um cineasta que, na época do regime nazista, havia produzido filmes de conteúdo antissemita e diversas propagandas para o regime. Inconformado, o cineasta ajuizou ação de reparação de danos em face do Sr. Lüth, que por sua vez argumentou estar amparado pela livre manifestação do pensamento. A decisão reconheceu o direito à liberdade de expressão, mas com fundamento numa cláusula geral de bons costumes inserida no BGB: "aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem fica obrigado a indenizá-lo". Assim, o tribunal reconheceu a violação a uma ordem objetiva de valores que se manifesta indiretamente na codificação civil, por meio de cláusulas gerais.

[25].SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113.

O modelo de aplicabilidade indireta, das normas de direitos fundamentais aos particulares preconiza apenas uma produção indireta de efeitos por meio da reinterpretação do direito infraconstitucional, ou seja, pela "filtragem constitucional", proporcionada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e recepcionada por conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios setoriais do próprio direito privado. Assim, parte do pressuposto do reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições democráticas ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um caráter absoluto nas relações privadas, pois se assim não fosse, o direito privado perderia sua razão de ser. Um total domínio do direito constitucional implicaria, internamente, em contradição, pois a própria ideia de constitucionalização fundamenta-se na garantia da liberdade em face do poder soberano. Portanto:

> Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas *por intermédio* do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos *efeitos indiretos".* Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõem a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais.*[26]

Os direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 possuem múltiplas funções, protegem bem jurídicos igualmente fundamentais e apresentam peculiaridades diversas a depender da situação fática normatizada, portanto, não nos parece adequado optar por um ou outro modelo de forma apriorística. Nesse sentido, somente as circunstâncias de cada caso concreto podem oferecer os parâmetros necessários para se definir o grau e a intensidade da intervenção estatal. Entretanto, existem critérios que auxiliam esta tarefa tais como: a assimetria das relações de poder, a proporcionalidade e a concordância prática.

Destarte, verifica-se que um modelo constitucionalmente adequado é o da eficácia *prima facie*, posição adotada por Ingo Wolfgang Sarlet que pontifica:

---

[26]. SILVA, Virgílio Afonso da**. A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

> A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípios, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada (...)"[27]

5 Aplicação

Diante do novo paradigma do direito civil, capitaneado pela sua Constitucionalização, decorrem mudanças significativas que não são restritas apenas ao campo teórico. Assim, sob a força normativa e irradiante da Constituição da República, institutos como a propriedade e o contrato sofrem limitações de ordem pública cogente, bem como a própria atividade econômica desenvolvida pelo setor privado.

5.1 Função Social da Propriedade

A propriedade é instituto de caráter político, filosófico e econômico. Sob a perspectiva política verifica-se que as ordens jurídicas podem reconhecê-la ou não, na medida em que optem por um modelo comunista ou liberal, sendo certo que estruturarão o sistema jurídico em razão desta opção política fundamental. Sob o aspecto filosófico, a propriedade pode denotar um direito natural do homem, isto é, um direito que preexiste a própria formação do Estado, cabendo a este respeitá-la. Modernamente, a filosofia vem apresentando conexões com a biologia, o que tem se denominado de bioética, nesse sentido a propriedade seria algo inerente à evolução da espécie humana (determinismo biológico), que necessita de um território e de bens para se desenvolver. Já no que diz respeito à leitura econômica do instituto a propriedade

[27] SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

seria a representação de uma unidade de troca, ou seja, o elemento que faz as riquezas circularem.

Sob o aspecto jurídico nossa Constituição diz que a propriedade é um direito fundamental e, antes de tudo, um meio para que se realizem os objetivos da República:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Entretanto, não se trata de um direito absoluto, já que sob nossa ordem Constitucional inexistem direitos absolutos. A Propriedade, inicialmente já foi condicionada pelo legislador constituinte originário, que pré- estabeleceu o atendimento a sua função social e, eventualmente, o direito de propriedade, mesmo cumprindo sua função social poderá ser ainda mais restringido em confronto com outros bens jurídicos em conflito num caso concreto.

Para que a propriedade atenda a sua função social, o particular deve exercer o seu direito em consonância com as finalidades econômicas e sócio-ambientais, de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar, das águas (art. 1228CC). A Constituição da República traz parâmetros para verificar se a função social é cumprida tais como:

Aproveitamento racional e adequado da propriedade (art. 186, CRFB):

- Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente
- Observância das disposições que regulam as relações de trabalho

- Exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores

A teoria do abuso de direito também nos dá noção da função social da propriedade

> 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.

Trata-se do exercício irregular de um direito, que tem os seguintes parâmetros: fim social ou econômico, boa-fé, bons costumes, denota a idéia de ato emulativo (*aemulatio*) os quais podem ser compreendidos como os atos praticados pelos indivíduos com a intenção manifesta de causar prejuízos a outrem, lícitos no conteúdo, mas ilícitos quanto ao exercício.

Segundo João Álvaro Quintiliano Barros

> O fator determinante da diferença entre o abuso de direito e ato ilícito é a natureza da violação a que eles se referem. No *ato ilícito* a violação é observada quando o indivíduo afronta diretamente um comando legal, levando-nos a crer que o aludido comando contém previsão expressa da conduta praticada pelo indivíduo. Já no *abuso*, o sujeito aparentemente estaria agindo no exercício de seu direito. Contudo, na configuração de tal hipótese, o sujeito se encontra violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico.
>
> Nas duas possibilidades supra descritas, o sujeito se encontra inserido no plano da antijuridicidade, sendo que, ao praticar o ato ilícito o mesmo estaria a violar os limites lógico-formais, enquanto que ao praticar o ato abusivo violaria os limites axiológico-materiais.[28]

O enunciado n. 414 aprovado na V jornada de direito civil do Conselho Nacional da Justiça Federal baliza a aplicação da cláusula geral, irradiada pela dimensão objetiva do princípio da solidariedade.

> 414 – Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido

[28]BARROS, José Álvaro Quintiliano. Abuso de Direito. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/6944/abuso-de-direito acessado em 15.06.2013

> processo legal e proteção da confiança, eaplica-se a todos os ramos do direito.[29]

5.2 Função Social do Contrato

Já no contrato, verificamos que o postulado do *pacta sunt servanda* sofre mitigações me virtude da função social do contrato**.** Nesse sentido, o contrato não deve mais ser interpretado exclusivamente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando em consideração o contexto social e os direitos de personalidade que envolve o objeto do contrato. A doutrina moderna classifica o instituto quanto a sua eficácia interna e externa:

A eficácia interna da função social dos contratos foi reconhecida pelo enunciado n. 360 do Conselho da Justiça Federal/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil e, conforme o instituidor Flávio Tartuce, tem cinco aspectos principais:

> Proteção dos vulneráveis contratuais – O CDC protege o consumidor, a CLT protege o trabalhador e o CC/2002 protege o aderente em dois dispositivos (arts. 423 e 424). O primeiro comando enuncia que havendo nos contratos de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, será adotada a interpretação mais favorável ao aderente. [...] Vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio – o que pode motivar a anulação (arts. 156 e 157, CC), a revisão (arts. 317, CC) […] Proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade – não pode prevalecer o conteúdo do contrato que traz claro prejuízo à proteção da pessoa humana [...] Nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas […] Tendência de conservação contratual, sendo a extinção a última *ratio*[30]

Na Jurisprudência encontram-se exemplos da aplicação prática da eficácia interna da função social dos contratos:

> Apelação Cível 1.0024.04.420663-9/001
> Relator(a): Des.(a) Alvimar de Ávila
> Data de Julgamento: 10/05/2006
> Data da publicação da súmula: 14/06/2006
> Ementa: EMBARGOS DO DEVEDOR - FATO SUPERVENIENTE E IMPREVISÍVEL - ONEROSIDADE EXCESSIVA Possível se apresenta a resolução do contrato diante do evidente rompimento da

[29] Disponível em: http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdfacessado em 15.06.2013.

[30] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – volume único. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 494.

> base do negócio jurídico e da superveniente onerosidade excessiva das prestações atribuídas à contratante, inviabilizando uma troca econômica justa e vislumbrando-se uma grande vantagem para a contratada.
>
> Voto n° 2049
> Agravo de Instrumento n° 994.09.282224-7
> Agravante: GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LIMITADA
> Agravado : DAVI VITORIO SEGATO
> Juiz: Rodrigo Sette Carvalho
> Vara de Origem: 3aVara Cível da Comarca de Atibaia
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Internação de emergência. Prazo de carência. Menor, com 10 meses de idade, com seguros sintomas de H1N1. Limitação à 12 horas. Restrição inadmissível, com prevalência da hipossuficiência, da tutela da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato. Precedentes jurisprudenciais favoráveis, não se desconhecendo posicionamentos contrários.
> Recurso improvido. (11.03.2010, DJSP 16.04.2010)

A eficácia externa, por sua vez, foi reconhecida pelo enunciado n. 21 do CJF/STJ, da I jornada de Direito Civil.

> 21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.[31]

Ainda conforme Flávio Tartuce, os dois aspectos principais da eficácia externa concernem à proteção dos direitos difusos e coletivos: "função sócio ambiental do contrato", encontrada também na lei de licitações 8.666/93 em seu art.3º, onde é estabelecido o objetivo de desenvolvimento sustentável, bem como a tutela externa do crédito – possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros, ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato, a exemplo da norma insculpida no art. 608, CC, que determina àquele que aliciar pessoas obrigadas por contrato escrito a prestar serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos da prestação de serviços, há, portanto, responsabilidade do terceiro aliciador que desrespeita a existência do contrato aliciando uma das partes, a exemplo do que aconteceu entre um renomado pagodeiro e uma cervejaria de grande porte.

Por fim, o autor arremata:

[31] Disponível em: http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdfacessado em 15.06.2013.

> Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
>
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.
>
> Ora, o comando legal é primaz por três aspectos primordiais: 1º) A norma enuncia que o principio da função social dos contratos é preceito de ordem pública. Como consequência, cabe sempre a intervenção do Ministério Público e conhecimento de ofício pelo juiz. Por tal constatação merece críticas a súmula 381 do STJ que veda ao juiz conhecer de ofício da abusividade em contratos bancários. A súmula em questão viola claramente o princípio da função social dos contratos e a regra em comento. 2º) O dispositivo coloca a função social dos contratos ao lado da função social da propriedade, dando fundamento constitucional à primeira. Em suma, pode-se dizer que a função social dos contratos está baseada na função social da propriedade, constante do art. 5º, XXII e XXII, da CF/1988, como queria Miguel Reale. Em reforço, afirma-se com convicção quea função social dos contratos está estribada nos princípios constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I).[32]

5.3 Intervenção do Estado no Domínio Econômico

Durante o século XVIII a sociedade regrava-se pelo paradigma do Liberalismo cuja filosofia era típica da classe burguesa, que necessitava se libertar do poder fiscal (expropriatório) exercido pelo Estado para sustentar os demais estamentos (nobres, cleros e servos). Os burgueses eram os cidadãos dos burgos (cidades) que detinham o poder econômico (meios de produção), mas não o poder político, que era concentrado no monarca. Assim, financiaram a ciência e a filosofia da época para que atendessem aos seus interesses. Sob a doutrina de Rousseau, a liberdade seria um direito natural do homem e a este incumbiria promover e defender seus interesses, logo, ao Estado não caberia interferir ou regulamentar a economia, cabendo-lhe apenas uma postura de mero garantidor da segurança e da propriedade, para que as trocas se realizassem sob a lei da oferta e da demanda *laissez faire, laissez passer.*

Devido ao processo desenfreado de industrialização do século XIX, os burgueses assumiram o controle total dos meios de produção e passaram a explorar a

[32] TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – volume único. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 498/499.

grande massa da população constituída precipuamente de operários, sem atentar para as condições desumanas a que eram submetidos. A concentração de renda gerou a exclusão social e a revolta do operariado, ensejando a eclosão de movimentos sociais capitaneados pela filosofia de Karl Marx, propulsor da ideia de governo sem classes e socialização da propriedade privada. Destarte, a intervenção do Estado passou a ser mais intensa variando de acordo com a posição politica assumida, chegando, em alguns casos (URSS-Cuba), ao seu extremo, onde não havia livre concorrência e propriedade privada, sendo da competência estatal toda a produção e circulação de bens e serviços.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão (DESC´s) terminam por exigir uma prestação positiva do Estado na satisfação de necessidades básicas (saúde, educação, assistência social, proteção do trabalho), o que gerou custos muito altos para Estado e terminou por demonstrar sua ineficiência de gerar riquezas, considerando que foi falho em atender os princípios da igualdade material.

Após o 2º período entre–guerras e com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, os Estados passaram a adotar novos modelos institucionais, considerando a ineficiência dos extremos anteriores e a alta carga ideológica que dividia os homens, surge através da síntese dialética entre os dois paradigmas antecessores, o modelo de Estado contemporâneo, o qual comporta o paradoxo Liberal x Social e Constitucional x Democrático, que constitucionalizou parcela do direito privado e privatizou parte do direito público, orientado sempre pela promoção da dignidade da pessoa humana em suas múltiplas dimensões. Logo, é desta tensão constante que é formado o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Para que haja liberdade e igualdade e, para que sejam atingidos os objetivos fundamentais da República, o Estado deve intervir **no** e **sobre** o domínio econômico, sem que haja usurpação da função de circulação de bens e serviços. Assim, Segundo Eros Roberto Grau o Estado intervém no campo privado de três formas (i) intervenção por absorção ou participação; (ii) intervenção por direção e (iii) intervenção por indução.

> Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A

> *intervenção,* pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente *atuação em área de outrem.*[33]

Segundo Eros Roberto Grau quando o Estado intervém "no" domínio econômico, existe atuação em duas modalidades: Intervenção por absorção ou participação– Quando o Estado o faz por absorção, ele assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica (sentido estrito), por exemplo, no regime de monopólio do petróleo. Quando o faz por participação, o Estado assume apenas parcela dos meios de produção e/ou troca atuando em regime de concorrência com o setor privado (empresas públicas e sociedade de economia mista).

Já na modalidade de atuação "sobre" o domínio econômico, há atividade de regulação sejam: Intervenção por direção – O Estado exerce pressão "sobre" a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos (Agências reguladoras, controle de preço, defesa da concorrência, proteção do consumidor). Intervenção por indução – O Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância com as leis de mercado (taxa de juros, isenções fiscais, concessão de crédito, aumento/redução de tributos, spreads bancários)

Conclusões

1. Apesar das mudanças de paradigmas, verifica-se que não há, propriamente, um "neo" constitucionalismo, pois as funções permanecem as mesmas (limitar o poder, garantir a liberdade dos cidadãos e repartir competências).

2. A Constitucionalização do direito civil denota sua função precípua: proteger bens jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana e grupos de vulneráveis frente ao poder político e econômico.

3. A autonomia privada sofre limitações cogentes, precipuamente nos institutos da propriedade, do contrato e da própria atividade econômica como um todo, em virtude

[33]GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91.

da nova ordem pública, mas existem espaços onde o direito público não pode intervir (contrato isométrico) sob pena de desestruturar o sistema.

4. Na aplicação horizontal dos direitos fundamentais o mais adequado é optar por uma eficácia direta prima facie, utilizando o critério da assimetria para verificar a intensidade da proteção e da intervenção estatal.

Artigo aprovado em 26/08/2014 : Recebido em 14/05/2014