I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza

Cláudia Franco Corrêa

Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-071-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

As contínuas metamorfoses sócio-econômicas e culturais que a contemporaneidade impõe às pessoas exige a ininterrupta atenção do intérprete do sistema jurídico, na busca de aperfeiçoamento das soluções possíveis diante das inquietações advindas das relações familiares, obrigacionais e nos problemas urbanos e agrários envolvendo a posse e a propriedade. Por isso, é indispensável o repensar crítico das relações privadas, ainda mais impactadas por fenômenos inevitáveis, como os decorrentes dos efeitos da pandemia, com forte repercussão sobre o aspecto econômico e a efetividade da função social dos institutos jurídicos. A presente obra contempla, além dos grandes temas mencionados, a análise da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos da sociedade da informação traz sobre as relações civis, fruto da evolução da evolução tecnológica a que chegamos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS EFEITOS NO DIREITO CIVIL: A CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS PRIVADOS EM CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL.

NEOCONSTITUTIONALISM AND ITS EFFECTS ON CIVIL LAW: THE CONCLUSION OF PRIVATE CONTRACTS IN ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTIONAL ORDER.

Raquel Joyce Araujo Da Silva Salgado [1]

Resumo

O presente artigo busca apresentar uma visão geral do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Aborda a importância do neoconstitucionalismo na aplicação dos institutos de Direito Civil, mas especificamente o exercício da vontade dos particulares na validade dos negócios jurídicos contratuais. Nesse sentido, a avaliação sobre a legitimidade do exercício da autonomia dos indivíduos na elaboração dos contratos passa a considerar elementos como a observância da garanta a sua função social, bem como a atuação da igual dignidade e da igualdade moral e jurídica dos participantes.

Palavras-chave: Direito civil, Direito constitucional, Constitucionalização do direito civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to present an overview of the phenomenon ofconstitutionalization of Civil Law. It addresses the importance of neoconstitutionalism in the application of civil law institutes, but specifically the exercise of the will of individuals in the validity of business contractual legal entities. In this sense, the assessment of the legitimacy of the exercise of the autonomy of individuals in the elaboration of contracts starts to consider elements such as the observance of guarantee their social function, as well as the performance of equal dignity and moral and legal equality of the participants.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil right, Constitutional right, Constitutionalization of civil law

---

[1] Bacharel em Direito e em Ciência Política. Pós-graduada em Direito, Estado e Constituição e em Regulação de Telecomunicações. Mestre em Direito. Especialista em Regulação de Serviços de Telecomunicações da Anatel.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito representa a convergência entre constitucionalismo e democracia. A Constituição, que outrora era considerada uma mera proclamação retórica de valores e diretrizes políticas, sem caráter vinculativo, hoje é, antes de tudo, verdadeira norma jurídica, que ocupa o topo da pirâmide normativa e decreta os fundamentos sobre os quais o Estado deve se erguer.

Por isso, os direitos fundamentais e a democracia se apresentam como os elementos legitimadores e estruturantes do Estado Democrático de Direito, representando uma das maiores conquista políticas da história da humanidade. O mais relevante aspecto da constitucionalização consiste na releitura de toda a ordem infraconstitucional à luz da Constituição. A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade jurídica pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

Assim, o Direito Civil, o Direito Penal ou Administrativo sofreram intensas mutações em seus mais elementares institutos e categorias jurídicas, os quais são remodelados pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário com vistas a adequá-los à Constituição, em especial, ao princípio da dignidade humana. A evolução do movimento constitucionalista, pulsante na centralidade da Constituição no sistema jurídico, de modo a não mais poder se falar, estritamente em "ramos" do Direito, na [5] medida em que todos esses "ramos" buscam seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Especificamente quanto ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, observa-se como reflexo do esgotamento do direito privado conduzido tão somente nos Códigos. A ascensão das Constituições, vertidas em diplomas consagradores dos direitos fundamentais e instrumentos de dirigismo Estatal, representa a tônica dessa transformação; ou seja, um Direito Civil que se percebe por meio das lentes do Direito Constitucional.

Nesse caminho, a Constituição passa a atuar como filtro axiológico por meio do qual se procede a leitura do Direito Civil, esse imantando, nessa axiologia, a realizar os valores da pessoa humana, insuflado por interesses existenciais.

E, nesse sentido, valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia passam a constar do rol de preceitos inerentes ao Direito

Civil; infundindo-lhe, por consequência, uma nova significação, a partir do reconhecimento, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Este trabalho aborda a questão da importância do neoconstitucionalismo na aplicação dos institutos de Direito Civil, mas especificamente o exercício da vontade dos particulares na validade dos negócios jurídicos contratuais. Para a consecução realiza-se primeiramente uma avaliação dos meandros histórico do neoconstitucionalismos, na sequencia a abordagem dos seus principais aspectos que alteram a visão sobre ordenamento jurídico. Em seguida, passa-se à apreciação dos impactos dessa visão sobre o Direito Civil. Finaliza-se com a análise sobre o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 aos contratos, com foco nos impactos quando da avaliação do exercício da autonomia dos indivíduos em celebrar contratos em conformidade com os valores constitucionais.

1. O Constitucionalismo

1.1. Bases históricas

O renascimento das cidades e o desenvolvimento de uma economia monetária proporcionou o surgimento de novas estruturas econômicas e sociais. O crescimento de uma nova economia baseada no investimento racional e num mercado internacional dependia de que fosse estruturado um único sistema jurídico que fosse previsível.

Assim, o surgimento do Estado Moderno pela via da monarquia absoluta nasce quase que naturalmente sob a ideia que somente um rei poderoso seria capaz de combater a Igreja, o Sacro Império Romano e as castas sociais do Medievo (senhores feudais). Em virtude dessa monarquia absoluta o Estado se unifica e passa a pretender o monopólio do Direito. Nesse momento da história, o Estado não enxerga na sociedade civil a capacidade de colocar limite aos seus direitos. O cidadão transfere todo o seu poder para o Estado lhe dizer, por meio das leis, como ele deve agir com relação ao outro.

Entretanto, após a formação desse Estado Absoluto, surge um novo movimento jurídico, social, político e ideológico, em que se almejava assegurar direitos e garantias fundamentais, bem como a separação dos poderes em oposição ao vivido no período absolutista reinante no Antigo Regime.

Nesse momento aflora-se a ideia de que valorização primordial do individuo, de sua

liberdade, que seriam direitos que não foram concedidos pelo Estado, mas que o individuo tem por si mesmo, direitos que caracterizam sua personalidade enquanto ser humano livre.

Neste ponto da história surge a pretensão de que o Estado seja o mais imperceptível possível, só se apresente quando a lei for desobedecida, na ideia de que a medida que o cidadão cumpre a lei, não deve ele sequer sentir a presença do Estado. Lança-se as bases para o surgimento do Estado Liberal.

Assim, no fim do século XVIII, com o advento das constituições – agora escritas e rígidas – dos Estados Unidos da América em 1787, e da França em 1791, o constitucionalismo moderno ganha seus contornos.

E foi nessa linha que o Estado Liberal permitiu o exercício do direito subjetivo permeado pelo individualismo exacerbado, no qual o exercício da vontade estava *a par* de qualquer balizamento de ponderações que se envolvem a consideração de interesses da coletividade.

Cabe destacar que nesse momento histórico a concepção dicotómica entre o Estado e sociedade fica nitidamente estabelecida. Ao Estado caberia tão somente o monopólio do espaço público. Consagra-se a ideia de que a esfera de intervenção no mundo dos valores políticos e da autoridade constituía sempre atuação pública, sendo apenas essa considerada ação voltada ao interesse público e esse era o nicho de presença do Estado.

Já a sociedade civil naquele momento passa ocupar-se do espaço da atuação privada, situado no mundo dos valores econômicos e relativo a áreas ou setores exclusivamente identificados com atuações de interesse privado. Dentro desta dicotomia, aos cidadãos não havia direcionamento jurídico no sentido de que suas ações tivessem que incluir a prossecução de interesses gerais da coletividade.

Até o século XIX e no início do século XX, o texto constitucional não passava de um conjunto de declarações políticas, destituídas de força normativa. Os direitos fundamentais individuais, por exemplo, necessitavam de leis para produzirem efeitos. Com exceção dos EUA, não havia controle de constitucionalidade pelo Judiciário e o princípio da supremacia da Constituição não passava de uma utopia.

Contudo, após o término da Segunda Guerra Mundial, surge a concepção de um neoconstitucionalismo. Esta nova concepção é o reflexo das mutações do direito constitucional no plano interno de cada Estado, a partir do pós-guerra[1]

---

[1] A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão

1.2. Neoconstitucionalismo

Conforme ensina Barroso, o surgimento desse novo constitucionalismo se deu após as barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial, cuja defesa dos seus principais acusados, no julgamento de Nuremberg, consistiu na invocação do cumprimento da lei e na obediência a ordens proferidas por superiores. Percebeu-se, assim, que não era mais possível defender a ideia de um ordenamento jurídico ausente de valores éticos, no qual a legitimação das normas fosse auferida apenas em seu caráter formal.

Os acontecimentos históricos indicaram a necessidade de uma reaproximação entre o direito e a moral e a volta dos valores éticos para a esfera jurídica. Nesse sentido, os princípios assumem importantes papéis nesse novo sistema, no qual a Constituição passa ao centro do ordenamento jurídico e a ser o critério de validade de todas as normas.

Inicia-se, assim, um debate doutrinário sobre a superação das teorias positivistas e a ascensão das teorias pós-positivistas do direito. Observa-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia (esfera axiológica) perdida no âmbito do positivismo.

Tal aproximação alinha-se ao postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo – ocorreu uma reaproximação entre direito e ética – a ideia moral de dignidade da pessoa humana erige-se à condição de princípio jurídico, tornando-se alicerce dos direitos fundamentais. O centro axiológico do sistema jurídico passa a ser a dignidade da pessoa humana, em franca superação da tradicional teoria positivista (Hans Kelsen), que entendia o fenômeno jurídico como fato, e não como valor.

Observa-se portanto a retomada da influência da Moral, da Ética e do primado da Justiça no Direito, de forma a concretizar os valores e princípios jurídicos que, muitas vezes, passam ao largo da lei.

Nessa perspectiva, a Constituição emerge como centro e fonte norteadora de todo o ordenamento jurídico, revelando o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, sobrepondo-se o formalismo da subsunção pela ponderação racional da norma, diante dos valores constitucionais.

Muda-se o paradigma de aplicação cega da lei, de modo que esta encontre seu

---

científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

fundamento de validade diretamente na norma constitucional, entendida assim, como as regras e princípios constitucionais, notadamente o catálogo de direitos fundamentais.

A força normativa da Constituição desmistifica a ideia de que o texto constitucional teria caráter meramente político, passando a possuir caráter vinculativo e imperativo como qualquer outra norma jurídica já detinha, podendo, em consequência, ser tutelada por mecanismos próprios de coação.

O certo é que esse modelo de constitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial dá as bases de um novo sistema de organização da sociedade: Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sistema de organização política, consolida-se a ideia de supremacia da Constituição. Além disso, os direitos fundamentais passam a ter eficácia plena e irradiante, sendo o Poder Judiciário aquele que dá a palavra final sobre a própria interpretação constitucional. Assim, o ordenamento unifica-se não apenas no sentido hierárquico, mas também no sentido material e valorativo.

Para ilustrar, na última década, importantes institutos do Direito Civil nacional foram interpretados e estruturados conforme preceitos e valores da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente podem ser citados, à luz do controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4272 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132 conferindo nova interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil vigente. A partir daí, foi reconhecida a união estável entre casais do mesmo sexo, excluindo qualquer significado do referido artigo que impedisse o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Avançando, mais recentemente, por meio do controle difuso de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos do Recurso Extraordinário n° 646.721 e do Recurso Extraordinário n° 878.694 deram nova interpretação ao artigo 1.780 do Código Civil. Com essa nova interpretação, a companheira ou companheiro participam da sucessão de seu par, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas mesmas condições se casado fosse.

Por todas as características que apresenta, como por exemplo, a centralidade e supremacia da Constituição, ruptura com o positivismo e reaproximação de Direito e Moral, entre outras, percebe-se que o constitucionalismo contemporâneo, vai além da limitação ao poder político, preocupando-se mais com a efetividade do texto Constitucional principalmente no que trata de direitos fundamentais da pessoa humana. Esta perspectiva está

acoplada a uma nova visão do Direito Constitucional face à sociedade atual, que é complexa e plural.

1.3. O neoconstitucionalismo no Brasil

No Brasil, especificamente, o marco histórico do movimento neoconstitucionalista é a promulgação da Constituição da República de 1988[2]. Com a sua promulgação, surge a Nova República destinada a instituir o Estado Social e Democrático de Direito em uma sociedade baseada no exercício de direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

A Constituição da República de 1988 foi um marco em questão de direitos fundamentais, ampliando-os consideravelmente, no intuito de dar-lhes a sua real importância no contexto social e jurídico. Cumpre salientar que, a importância da valorização a estes direitos, que decorrem da própria natureza do ser - humano, é o caminho a seguir, quando o intuito é assegurar a todos uma existência digna e igualitária. Cabe destacar que essa Carta não trouxe apenas uma modificação na sua estrutura formal, mas no ordenamento jurídico pátrio como um todo, como sustenta Sarmento:

> ... até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.[3]

Nota-se assim, que "sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil

---

[2] É bem verdade que algumas características do neoconstitucionalismo já podiam ser notadas antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, como o controle de constitucionalidade já existente desde os tempos de proclamação da República. Ademais, a Lei Fundamental de 1988.

[3] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009 P. 114.

passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração", conforme ensina de Luís Roberto Barroso.

> Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância a apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor .[4]

2. Neoconstitucionalismo e Direito Civil

2.1.Tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal.

Na era moderna essa proteção foi desenhada pela codificação civil liberal. Nesse sentido, o Direito Civil emoldurava-se dentro de Códigos, estando dentro deles positivadas as regras de relacionamento das relações privadas, constituídas como um sistema impenetrável a outros valores.

Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, visto que em seus bojo está intrínseca a proteção das trocas e a circulação de bens, e neste sentido seus principais institutos serem a propriedade e o contrato.

Ocorre que, nos Códigos estavam protegidos os considerados valores necessário a realização da pessoa dentre eles a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O que se construiu foi o fomento a proteção ao patrimônio, visto que por essa perspectiva o domínio incontrastável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.

---

[4] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em: 30/03/2020.

Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

Essa perspectiva de patrimonialização das relações civis tornou-se incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira.[5]

Quando se passa a análise das relações civis pela ótica do neoconstitucionalismo observa-se a necessidade de uma repersonalização no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

2.2. O neconstitucionalismo e a interpretação do Direito Civil

Não há mais que se cogitar em proteção de direitos fundamentais do indivíduo apenas em face do Estado, na medida em que se reconhece que os particulares, nas suas relações privadas, podem vir a praticar alguma ofensa a direitos fundamentais uns dos outros.

A constitucionalização do direito privado tem ampliado seu âmbito, de sorte a influenciar os três momentos principais da norma jurídica: sua criação/atualização pelo legislador; sua interpretação; e sua aplicação pelos magistrados. Essa influência pode ser especificada na necessidade de busca de formas de se conceder a maior eficácia possível às normas constitucionais aptas a fundamentarem as regras infraconstitucionais em que se fundem os interesses particulares em questão.

Assim, aos civilistas surge o desafio de ter a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, a partir dessa percepção é que deve ser analisado o patrimônio da pessoa e as relações jurídicas que a ele se relacionam. Isto é, impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que não podem mais serem vistos apenas como titulares de bens.

---

[5] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Em síntese, a condição primeira de adequação do direito à realidade, cada vez mais complexa, e aos fundamentos constitucionais passa necessariamente pela restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis.

Por essa perspectiva, na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Se antes havia a disjunção dessas esferas de avaliação; hoje o que subsiste é uma unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

Fato é que os negócios jurídicos baseiam-se em dois princípios cardeais do direito privado clássico, a autonomia da vontade e a propriedade. Diante dessa nova compreensão de um ordenamento único tais princípios cardeais devem serem utilizados de forma a repercutir positivamente na coletividade, sendo essa conformidade fundamental para a validade dos negócios jurídicos.

O inegável impacto dessa nova compreensão na formação dos negócios jurídicos, impõe aos particulares a observância dos valores constitucionais quando do estabelecimento de relações contratuais.

3. A disciplina dos contratos no Código Civil de 2002

Como visto no tópico anterior, todos os ramos da ciência jurídica passam a ter que ser estruturados com base nos preceitos e valores da Constituição, inclusive o Direito Civil que outrora era tido como o ordenamento puro e isolado das relações entre os particulares.

Como ensina Barroso constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, sendo hoje inegável o impacto da Constituição sobre o direito privado.

> O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina

civilista.[6]

Assim, o Estado, em se tratando de relações privadas, deixa de atuar de forma meramente negativa e passa a exercer uma função intervencionista, a atuação estatal volta-se a garantir que a função social seja observada nos institutos privados. Assim, a atuação do Estado seja pelo legislador, seja pelo julgador, visa pavimentar uma estrutura na qual as relações privadas protejam e atingiam objetivos sociais.

Um dos principais institutos do Direito Civil são os contratos, por meio dos quais cria-se um vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos de direito correspondido pela vontade, ou seja, é um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Cabe destacar que para o positivismo a *pacta sunt servanda* é tida como a estrita vinculação das partes às normas elaboradas no contrato, o pactuado é lei entre as partes, sendo o acordo realizado pelas partes ser respeitado sem qualquer ponderação. Entende-se ainda que por ser um negócio jurídico, requer, para sua validade, a observância dos requisitos legais (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei).

Ocorre que o Código Civil de 2002, por sua vez, em consonância com a Constituição Federal, dispôs o princípio da função social e solidária do contrato quando afirma que "*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*." (art. 421). E ainda, o parágrafo único, do artigo 2.035, estabelece que "*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*.".

O princípio da função social e solidária do contrato deve ser entendido como uma forma de limitar a vontade individual em consonância aos valores supraindividuais inseridos na Constituição, harmonizando-se, pois, com o ordenamento jurídico vigente. A função social e solidária do contrato tem eficácia tanto interna quanto externa. A interna compreende os seguintes aspectos: a proteção dos vulneráveis contratuais; a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual; nulidade das cláusulas antissociais ou abusivas; e o princípio da manutenção contratual. Quanto à função externa do contrato, está relacionado à proteção dos interesses difusos e

6 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 30/03/2020.

coletivos em nome do princípio da solidariedade e da eficácia do contrato perante terceiros, que têm legitimidade de invocar o contrato sempre que reflexivamente forem atingidos por seus termos.

O Código privado ainda previu, em seu art. 422, o princípio da boa fé objetiva: "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*".

O princípio da boa fé objetiva diz respeito aos deveres anexos que os contratantes devem ter para com a outra parte, tanto nas fases pré e pós-contratual quanto durante o contrato. Tais deveres estão implícitos no ordenamento jurídico e dizem respeito ao dever de informar, colaborar, lealdade, transparência, confiança e etc.

A adoção de princípios na disciplina dos contratos garante, a segurança jurídica aos contratantes, não só ao colocar ambas as partes em posição de igualdade, como também em saber que as cláusulas abusivas poderão ser anuladas pelo Judiciário.

Ou seja, essa nova teoria geral dos contratos gerará uma segurança jurídica maior às partes desfavorecidas. O que pode ser traduzido na leitura da repersonificação das relações civis, com fundamento inclusive no principio da dignidade da pessoa.

Assim, embora o acordado entre as partes deva ser respeitado diante do respeito que deva se dar ao exercício da autonomia dos indivíduos, na ótica da constitucionalização do Direito Civil, essa relação pactuada deve ser respeitada a medida que estiver de acordo com as normas constitucionais e os princípios constantes no ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, o princípio do *pacta sunt servanda,* que outrora era protegido de forma absoluto encontra uma nova leitura.

Ora, se o contrato faz lei entre as partes; e a lei tem de observar e ser lida de acordo com as "lentes da Constituição", é cediço que agora o princípio do *pacta sunt servanda* não pode mais ser entendido de forma absoluta.

Avaliando essa nova perspectiva a nova teoria geral dos contratos perde a sua característica oitocentista e formalista kelseniana e passa a valorizar o interesse público em nome da justiça social, a dignidade da pessoa humana, a efetiva vontade das partes pela tutela da confiança objetiva e da funcionalização do contrato.

Tal abordagem influencia inclusive na avaliação do alcance da autonomia dos indivíduos dentro do ordenamento. A defesa do exercício de uma autonomia da vontade plena, sem condicionantes além dos previstos no Código Civil, como pressuposto de respeito ao individuo ganha, assim, uma nova leitura.

Passa-se a abordagem do exercício de uma autonomia de vontade intrínseca aos

indivíduos para o exercício de uma autonomia privada quando se analisa a celebração de contratos.

A autonomia privada pertence ao *locus* da ideia de pressupostos de exercício da livre iniciativa, positivada na Carta Magna como um dos fundamentos da República brasileira. No entanto, essa livre iniciativa não ocorre mais ausente de limites, pois no seu exercício deve ser observada a sua função social, não podendo operar ao seu bel prazer.

Nesse sentido, observa-se a importância dos contratos serem avaliados segundo uma ótica que garanta a atuação da igual dignidade e da igualdade moral e jurídica dos participantes.

Assim, não pode o ordenamento igualar a manifestação da liberdade como se fosse a liberdade do individuo de tentar perseguir o maior lucro possível, pois os atos de autonomia tem fundamentos diversificados, a prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de a cada ato ou atividade dos particulares a luz desse princípio fundamental.

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa. Contudo, justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existências, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.

Dentro dessa perspectiva, o conceito de autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito, o contrato. A autonomia privada se exprime e deve ser avaliada em situações subjetivas existenciais.

Isso porque, a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. O poder da autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, por meio dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado e o ordenamento globalmente considerado, de outro.

Assim, a atenção se desloca do dogma da autonomia do ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. Desta forma, é preciso ter em conta que o ato de autonomia privada não é um valor em si, pode sê-lo e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento.

Portanto, o juízo de valor emitido sobre as relações contratuais deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para

alcançar o resultado perseguido são adequados à ordem constitucional.

Conclusão

Com Estado Social e Democrático de Direito surge à ascensão da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fato que impõe a conformação de todas as normas infraconstitucionais com os postulados constitucionais. Toda interpretação jurídica passa a ser também interpretação constitucional.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e a respectiva projeção das normas constitucionais por sobre todo o ordenamento jurídico deu azo ao que se denominou de constitucionalização do direito.

Na seara do direito privado não existe mais a clássica e rígida separação entre direito civil e direito constitucional, vez que este último passou a irradiar para todo o ordenamento jurídico, uma gama enorme de princípios que se tornaram vetores axiológicos capazes de produção, interpretação e aplicação das normas de direito infraconstitucional.

A tradicional divisão do Direito em público e privado, em sua atual conformação, perdeu fôlego. Assim, o critério baseado na utilidade preponderante da lei, que da parte do Direito Público preceituava a ordem e a segurança; e da parte do Direito Privado primava pela liberdade e igualdade formal, perdeu-se nessa quadra da história.

Ocorre que o Direito Civil passa por transformações. Sua evolução histórica reflete a interpenetração dos enunciados calcados notadamente dos influxos constitucionais em seus institutos, voltados ao paradigma da igualdade material e autonomia relativa, no exercício da liberdade.

Se de um lado, houve o esgotamento do modelo de Direito Privado plasmado em Códigos, de outro, a ascensão das Constituições, constituídas em diplomas consagradores dos direitos fundamentais e instrumentos de dirigismo Estatal, representou a tônica dessa transformação; ou seja, cria-se um Direito Civil por meio das lentes do Direito Constitucional.

Com a consagração dos direitos fundamentais no epicentro axiológico da Carta Política, o Direito Civil sofre um processo de repersonalização no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Tal orientação acaba por dar uma nova orientação a ordinária concepção de que as cláusulas contratuais criam lei entre as partes. Pelo toda já exposto, verifica-se não se encontra mais espaço no ordenamento para essa rígida proteção sobre o acordo celebrado entre as partes.

Tal posicionamento foi incorporado pelo Código Civil de 2002 que previu o princípio da função social e solidária do contrato como uma forma de limitar a vontade individual em consonância aos valores supraindividuais inseridos na Constituição. Também foi dada guarida expressamente a observância nos contratos o princípio da boa-fé objetiva, que diz respeito aos deveres anexos que os contratantes devem ter para com a outra parte, tanto nas fases pré e pós-contratual quanto durante o contrato.

Com essas alterações, o ato de autonomia privada que compreende a celebração de um contrato não é um valor em si, pode sê-lo e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento, mas especificamente dos valores axiológicos expressos na Constituição.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. A República que ainda não foi. In Luís Roberto Barroso e Patricia Perrone Campos Mello, A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 30/03/2020.

BRASIL. Novo Código Civil. Acesso em: 01/07/2018. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 01/04/2020.

DUARTE JR., Ricardo. *Uma breve análise sobre a teoria geral do contrato a partir do neoconstitucionalismo*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 12 set. 2011. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33407&seo=1>. Acesso em:

28/03/2019.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009 P. 114.

SILVA, Rodney Malveira. A nova ordem dos princípios de direito contratual. Disponível em: < http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/revistajuridica1/ANOVAORDEMDOSPRINCIPIOSDEDIREITOCONTRATUAL.pdf>. Acesso em:15/07/2018.

23