

A constituição do indivíduo e os princípios constitucionais nas relações privadas.

Carlos Alberto Rohrmann*

Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira**

Cidade/Estado: Belo Horizonte/MG

E-mail: carlosgrico@hotmail.com

leonidasmansur@yahoo.com.br

Recebido: 19/9/2014

Aprovado:30/10/2014

Sumário

1. Introdução. 2. As teorias obrigacionais e contratuais no direito civil brasileiro. 3. O direito civil e os princípios constitucionais. 4.As ações afirmativas e as relações contratuais. 5. Críticas ao direito civil constitucional. 6. O direito civil constitucional e suas cláusulas gerais.
4. Conclusão. Referências.

Resumo

O Direito Civil é um dos principais ramos do direito, vez que regula as mais importantes relações dos indivíduos. Relações contratuais, obrigacionais, familiares, uso e disposição de bens materiais, direitos ligados à pessoa humana e etc. Todas essas relações oriundas da lei civil sempre foram dotadas de características ditas patrimoniais, ou seja, o corpo jurídico civilista em sua gênese sempre iluminou todas essas relações à partir do viés patrimonial. Com a mudança das tendências de interpretação e foco da legislação civil muito se começou à discutir à repeito da modificação do pilar patrimonialista concedido aos direitos civis no intuito de tornar tal ramo jurídico compatível com a nova exegese legislativa. A mudança na interpretação da lei civil no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da denominada Escola de Direito Civil Constitucional que trouxe em seu contexto teórico uma aplicação direta dos postulados da Constituição Federal de 1988 à legislação civilista. Sendo assim, o

* Professor. Doutor por UC-Berckley- Coordenador Geral da Pós-graduação da FDMC.

** Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho, membro colaborador da OAB Jovem em Minas Gerais, Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, sendo pesquisador bolsista da FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais).

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.45-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

presente artigo tem como escopo relacionar as principais incidências dos princípios constitucionais na legislação civil, apresentando a teoria do Direito Civil Constitucional e todas as críticas trazidas a tal corrente.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais; Código Civil Brasileiro; Direito Civil Constitucional;

1 Introdução

A legislação civil em sua gênese sempre teve o escopo de regulamentar as relações entre particulares sendo considerada como um ramo do dito direito privado, justamente por regular as relações privadas. Nesse passo, o direito civil sempre teve como objeto de sua incidência o indivíduo e suas relações no campo social. O homem visto como ator social necessitava de um corpo legislativo que regulasse todas as suas ações sociais conferindo a ele valor legal. Sendo assim, todas as relações patrimoniais, familiares, obrigacionais, contratuais e mercantis, sempre foram regulamentadas pela norma civil, pois se constituem de atos praticados isoladamente pelos indivíduos em sua vida social.

As relações entre particulares sempre foram marcadas, dentro do denominado direito civil clássico por ter como foco principal o objeto da relação e suas consequências jurídicas para cada um dos polos. Com a mudança dos preceitos iluminadores do direito e com o foco voltado para a liberdade, igualdade e fraternidade dá-se início a uma nova interpretação da regulação jurídica das relações individuais. Portanto, retirou-se o foco do objeto gerador da relação passando-se a observar também os indivíduos e o seu envolvimento dentro de cada relação. A nova tendência hermenêutica da legislação começou a exigir do legislador e dos operadores do direito uma nova visão no que tange as relações particulares, vez que o homem foi projetado à frente da ordem econômica, social, legal e política.

Preceitos como a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e função social começaram a ser exigidos no momento da aplicação e interpretação da lei civil nas relações entre indivíduos. A legislação civil brasileira, nos ditames do Código Civil de 1916 trazia em si todos os preceitos patrimoniais sempre lançados à frente do indivíduo em suas relações. Ocorre que o advento da Constituição de 1988 exigiu uma consonância legislativa entre a norma privatista e os preceitos constitucionais, consonância essa trazida pelo Código Civil de 2002.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.46-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

Nesse diapasão, o presente artigo irá apresentar as principais ideias trazidas com a teoria da Escola do Direito Civil Constitucional no direito brasileiro explanando sobre os seus principais princípios bem como sobre a aplicação e identificação dos mesmos no ornamento civilista brasileiro. Será exposto, também, diversas críticas feitas à teoria da constitucionalização do Direito Civil brasileiro, logo o presente escrito é uma reflexão sobre a constituição do indivíduo e à aplicação dos princípios constitucionais.

2 As teorias obrigacionais e contratuais no direito civil brasileiro

Sílvio de Salvo Venosa (2014), em sua obra, Teoria Das Obrigações e Teorias dos Contratos leciona que “o homem é um ser movido pelas trocas que faz em sociedade, ou seja, o homem vive da relação social existente com outros homens”. Sendo assim, muitas são as relações feitas pelos homens em sociedade, ressaltando-se a divergência existente entre estes.

O direito surge em meio à relação entre os homens como um expoente que irá valorar tal relação. Portanto, necessário se faz o direito em meio à sociedade, vez que este será o organizador desta, sendo o seu pressuposto de existência. Nesse aspecto, leciona Venosa (2014) que “Direito é o ordenamento das relações sociais. Só existe Direito porque há sociedade (*ubi societas, ibi us*)”.

Partindo desse pressuposto, entre os homens existe um composto que muito interessa o direito: a relação. Ora, se não alcançado pelo direito esse composto será apenas uma relação, porém, se alcançado for, o que na maioria das vezes é, torna-se o que o direito denomina de relação jurídica. Essa relação jurídica será notória e regulada pelo simples fato do homem valorar todas as coisas que estão ao seu redor, até mesmo as relações sociais são valoradas pelo homem dependo esse valor da necessidade que o homem que se relaciona vê em seu objeto principal.

Sobre as relações do homem, ensina Venosa:

A relação jurídica estabelece-se justamente em função da escala de valores do ser humano na sociedade. A todo momento, em nossa existência, somos estimulados a praticar esta ou aquela ação em razão dos valores que outorgamos às necessidades da vida: Trabalhamos, compramos, vendemos, alugamos, contraímos matrimônio etc. (Venosa, 2014, pg.2)

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.47-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

Da lição do autor pode se dizer que a todo o momento o homem se relaciona juridicamente por mais simples que seja essa relação, ele a faz. Tal relação jurídica de comprar, vender, trabalhar, alugar dentre outras nada mais é do que uma obrigação traduzida em relação jurídica. Logo, a vontade de ter algo faz com que o homem utilize de sua liberdade para se obrigar perante tal necessidade.

Vista como parte da vida social humana as obrigações irão se manifestar das mais distintas formas, sendo uma delas a necessidade que o homem possui de contratar para suprir suas necessidades. Esse negócio jurídico que tem como escopo formalizar uma obrigação das partes envolvidas, formaliza os vínculos existentes entre as partes tornando mais visível a obrigação existente entre elas. Sendo assim, pode se definir os contratos como o instrumento utilizado pelas partes para manifestarem sua vontade acerca de determinada obrigação em nome de um objeto específico. Nesse diapasão, o ato de contratar em nome de um interesse comum gera obrigações para as partes contratantes o que requer fortemente regulação jurídica.

Posto isto, é importante salientar que por ser um ser social o homem contrata e gera obrigações o tempo todo em meio a sua vida social. Tais contratos e obrigações sempre foram vistos como relações privadas, maximizando o valor e o cumprimento das obrigações. O código Civil Brasileiro de 1916 regulava todos esses institutos da forma mais patrimonialista possível focando no objeto, no contrato e na obrigação se esquecendo de que por trás destes existiam dois indivíduos que nutriam essa relação patrimonial e jurídica.

O fato do indivíduo ser coadjuvante nas relações contratuais e obrigacionais foi considerado por muitos autores como algo que desumanizava o direito, pois deveriam ser analisadas as partes envolvidas, pois a existência de uma grande desigualdade entre elas faz da relação estabelecida liberdade para a parte mais favorecida e prisão para a parte menos favorecida.

O ordenamento jurídico brasileiro muda seu foco de hermenêutica cível com o advento da Constituição Federal de 1988, vez que tal diploma traz consigo um novo olhar sobre as relações jurídicas do homem considerando que o individuo deveria ser visto à frente da ordem econômica, social, política e legal.

O direito civil em sua ênfase sempre foi visto como o “a constituição do individuo”, sendo um ramo do direito que sempre velou pelos interesses particulares acima de tudo.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.48-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

Sempre se pensou que assim seria pelo decorrer da eternidade, pois o direito civil em suas longas primaveras sempre resistiu intacto á todas as influências contra ele postas.

Nesse sentido, sempre visto como um ramo isolado do direito, os direitos civis e seus institutos possuíam sua própria essência o que para muitos estudiosos foi perdendo sua força no decorrer dos acontecimentos humanitários. Um desses momentos ocorreu com o fim da segunda Guerra Mundial que mudou a formula utilizada para se traduzir a “constituição do indivíduo.” Valores como igualdade, dignidade, solidariedade se tronaram mais fortes e começaram a saltar à frente de qualquer outro valor ou instituto.

O ordenamento jurídico brasileiro foi embriagado por essas constantes com a luz da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto constitucional preceitos que inundaram todo o direito brasileiro, tanto que o código civil 2002 passou a ver de forma principal o individuo existente por detrás das relações jurídicas. O princípio da dignidade que se tornou corolário do Estado Brasileiro passou a irradiar o ordenamento pátrio de forma a surgirem outros princípios correlacionados. Portanto, as obrigações e os contratos firmados pelos indivíduos deixam de ser interpretados de forma meramente patrimonial e legal e passam a considerar o indivíduo e os valores do mesmo na relação estabelecida.

Nesse diapasão, a escola do direito civil constitucional é aquela que ilumina a ordem civil com os princípios constitucionais, ou seja, interpreta os direitos individuais do ponto de vista igualitário e humanitário, o que para alguns autores é uma forma de humanizar o direito. Nesse aspecto, o direito civil deixa de ser visto como a “constituição do indivíduo” e passa a ser visto como uma tradução dos direitos individuais que se vale da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da função social com o fito de projetar o indivíduo à frente da ordem econômica, social, política e legal.

3 O direito civil e os princípios constitucionais

A constituição da República Federativa do Brasil leciona em seu artigo 1º que:

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:

III - a dignidade da pessoa humana.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.49-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

A passagem constitucional citada demonstra que o Estado brasileiro tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Logo, deve promover tal dignidade a fim de se confirmar enquanto estado. Muito se discute atualmente sobre a hermenêutica correta a se aplicar na tradução da dignidade da pessoa humana. Definir de forma precisa tal princípio é um tanto quanto capcioso. No livro a Eficácia dos Princípios Constitucionais, escrito por Ana Paula de Barcellos, fica explícito a dificuldade existente de se determinar o conceito do princípio em comento:

A interpretação jurídica é uma atividade complexa, como não se cansam de registrar os autores que cuidam do tema. É isso porque, embora obedeça a determinadas regras, dentre as quais destaca-se a do limite das possibilidades semânticas do texto, a interpretação está longe de produzir resultados unívocos e, pior, o processo interpretativo, muitas vezes, não é capaz de apresentar-se com uma face lógica e transparente, compreensível ao menos, restando a impressão de um caminho tortuoso, obscuro e, principalmente, voluntarioso.(Barcellos, 2002, pg.141)

Diante do lecionado sabido é a dificuldade de se definir milimetricamente o que é a dignidade humana, mas sabe-se, também, da importância de tal princípio e, principalmente, sabe-se de sua característica propulsora de outros princípios. A dignidade da pessoa humana ilumina de forma direta diversos princípios dentro da ordem civil, entrelaçando estes como pressupostos caracterizadores do ser digno. Como exemplo pode ser citado o direito ao nome, que confere ao indivíduo uma especificação lhe dando mais dignidade. O direito ao nome iluminado pela dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um direito individual e passa a ser um propulsor de dignidade, fazendo valer um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Outro princípio que é estipulado pela CRFB/88 é o da solidariedade social, tal princípio vem consagrado no artigo 3º, que em sua inteligência diz: “**Art. 3º** *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

A passagem supra demonstra os objetivos do Estado brasileiro tendo a solidariedade como um destes objetivos, sendo assim ao se pensar este princípio deve-se voltar ao mesmo ponto de partida que rege as obrigações e contratos, o homem não vive sozinho, sendo necessário se relacionar com os demais, o que torna imprescindível a existência de um

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.50-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

relacionamento solidário. Ademais, a solidariedade social exige que todos os cidadãos sejam responsáveis pelos objetivos do Estado atuando de forma mais justa e equânime.

Assim, como a dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade social atua como fonte iluminadora do direito civil brasileiro, como se torna perceptível no direito de família quando se fala da solidariedade familiar, princípio dito derivado da solidariedade social que leciona que todos da sociedade devem contribuir para um ambiente familiar apropriado e saudável.

Sobre a aplicação da solidariedade social na ceara cível leciona Maria Helena Diniz (2013), que “o princípio da solidariedade social, está ante a função social da propriedade e dos negócios jurídicos, a fim de conciliar as exigências da coletividade com os interesses particulares”.

A citação posta corrobora totalmente com a filosofia do direito civil constitucional, ou seja, a necessidade de se observar o todo dentro das relações particulares. Nesse contexto chega-se a um dos mais importantes princípios constitucionais aplicados ao direito civil, que mais gera discussão, o princípio da função social.

O princípio da função social é consagrado no artigo 5º, inciso XIII, da CRFB/88 que leciona:

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:

XIII- A propriedade atenderá a sua função social.

O inciso do dispositivo constitucional expresso elucida que a função social surge na Constituição de 1988 como um limitador da propriedade, porém, assim como a dignidade humana, o princípio da função social, também, não foi conceituado e até mesmo delimitado.

A importância de tal princípio no direito contemporâneo é de grande importância, vez que atinge até mesmo o direito comercial quando surge a figura da função social da empresa. No direito civil a função social iluminará os direitos reais e também irá se configurar um importante princípio na teoria geral dos contratos. Com o intuito de corroborar com o alegado anteriormente, dar-se-á foco ao princípio da função social aplicado aos contratos.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.51-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

O artigo 421 do Código Civil Brasileiro elucida a função social dos contratos como um freio á liberdade de se contratar, ou seja, limita a autonomia da vontade dentro dos contratos. Silvio Salvo de Venosa leciona sobre o assunto, o seguinte:

Quando da codificação moderna, cujo maior baluarte é o Código Civil Francês de 1804, a chamada liberdade de contratar tinha um cunho essencialmente capitalista ou burguês, por que o que se buscava, afinal, era fazer com que o contrato permitisse a aquisição da propriedade. Como corolário, o princípio da obrigatoriedade dos contratos possuía o mesmo mister. (VENOSA, 2014, pg. 413).

Na contemporaneidade os contratos são vistos por outra vertente, vertente esta que visa atender o objeto social dos contratos. Sendo assim, o contrato seja ele qual for deve atender ao interesse social não sendo o interesse privado colocado de forma suprema ao interesse particular. Em sua obra, Venosa, uma vez mais, leciona nesse sentido, aduzindo que:

O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão. (VENOSA, 2014, pg. 413).

Visto isso, determinada fica a importância da função social dos contratos que servirá como um “freio” à autonomia da vontade evitando abusos entre as partes contratantes. A função social dos contratos como medidor da atuação impede o encargo excessivo há uma das partes e busca equilibrar a relação obrigacional e contratual de forma a consolidar todos os princípios até então mencionados.

Toda essa extensão constitucional dentro da lógica privada leva as mais diversas teorias que buscam fazer se concretizar os princípios constitucionais mencionados na ordem social. Uma dessas teorias É denominada de ações afirmativas, que assim como os princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da função social tem o intuito de equilibrar as

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.52-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

relações obrigacionais e contratuais evitando o máximo a igualdade entre as partes envolvidas na relação jurídica.

4 As ações afirmativas e as relações contratuais

Ações afirmativas são soluções apresentadas dentro das relações contratuais com o intuito de reduzir as desigualdades existentes entre as partes. Toda essa sistemática é idealizada pelo fato de ser o contrato o reflexo de contexto econômico, ou seja, um reflexo do capitalismo. No decorrer da história sabido é que o contrato sempre foi visto como uma forma de circular riquezas, vez que é a partir dele que são geradas as mais diversas obrigações.

Sendo um reflexo do capitalismo os contratos sempre existiram ligados diretamente ao fim ultimo denominado lucro. Sendo assim o famoso pressuposto contratual *pacta sunt servanda* que faz do contrato lei obrigatória entre as partes foi uma forma de ligar ainda mais os atores da relação jurídica. Nessa perspectiva, cabe ressaltar que o fim último do contrato sempre foi o lucro, não se pensando na dignidade humana e quiçá na função social.

Porém, em tempos de constitucionalização dos direitos civis muito tem se buscado implementar dentro das relações particulares as chamadas ações afirmativas com o intuito de serem eficazes os princípios constitucionais. Sendo assim, muda-se o foco de análise de um contrato, ou seja, seus aspectos formais deixam de ser elementos preponderantes para sua interpretação. Diante das ações afirmativas elementos éticos e morais tornam-se fundamentais para uma interpretação constitucional de um contrato.

Sendo assim, a mudança do foco na interpretação de um contrato muito contribui para a consolidação da dignidade humana, da boa-fé, da função social e da solidariedade social. Diante desse novo olhar sobre as relações contratuais os padrões éticos e morais tornaram-se relevantes para a formação, execução e interpretação das relações contratuais.

Tal visão contemporânea sobre as relações contratuais se justificam na necessidade de se igualar as partes contratantes, vez que na maioria das vezes uma das partes se sobrepõe à outra tornando para parte inferior a relação contratual mais onerosa. Ora, não se pode valer de um instrumento obrigacional para violar a igualdade estipulada na Carta Magna, um contrato deve observar os limites da função social e da solidariedade social, para se e somente se ser considerado justo.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.53-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

5 Críticas ao direito civil constitucional

Visto como um direito iluminado pela solidariedade social e pela dignidade da pessoa humana, o direito civil constitucional traria para os seus adeptos um novo delinear nas relações privadas. O professor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, define que o objetivo dessa nova “roupagem” do Código Civil seria transportar a barreira existente entre o direito constitucional e o civil:

Pela perspectiva civil-constitucional, as novas fronteiras do Direito Civil seriam transpostas pelo *ser* e pelo *social*, em detrimento do *ter* e do *individual*. Adaptando-se ao comando constitucional que preza a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social (art. 3º, incisos I e III, respectivamente), o *novo Direito Civil* caracteriza-se por estar imbuído de novos valores, a orientarem o legislador, o magistrado e o indivíduo em suas relações intersubjetivas. (JÚNIOR, 2006, pg. 72)

Em face do apresentado muitas são às críticas a essa nova visão da regulamentação do Código Civil à vida privada e seus atos. É compreendido que tal ideia como até aqui exposta, tomou amplitude e atingiu os mais distintos estudiosos e aplicadores da legislação civil no Brasil, porém existem apontamentos à serem observados nessa nova visão de Direito Civil.

À crítica feita à Escola de Direito Civil Constitucional apresentada por Rodolpho Barreto Sampaio Júnior parte do pressuposto de três aspectos fundamentais, seriam eles: a teoria geral do direito e a primazia das constituições, a desigualdade social existente no Brasil e a regulamentação de matéria civil pela Constituição de 1988. Tais fundamentos críticos são apontados pelo autor para demonstrar quais fatores contribuíram para a expansão da ideia do novo direito civil, que rapidamente foram aderidos por aplicadores do direito e consagrados na jurisprudência. Nesse diapasão, o autor ao elencar dois fundamentos que favoreceram a expansão do direito civil constitucional tem o fito de alertar para fatores não muito refletidos antes de considerar tal posicionamento sólido, o que geraria uma insegurança jurídica.

Em seu primeiro fundamento, Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, leciona que a clássica compreensão existente na teoria do direito sobre a hierarquia das leis seria um dos propulsores dessa corrente Brasil a fora, vez que tal entendimento coloca à Constituição em primazia sobre as demais leis sendo considerada uma norma fundamental, que ao modelo de Kelsen, ocuparia o topo da pirâmide ordenando seguimentos às demais leis. Tal posição

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.54-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

demandaria uma necessidade de integração e adequação das leis demais à constituição. Salienta-se que tal posição não é uma crítica à teoria apresentada e sim uma demonstração de que tal teoria, por tão bem aceita que é, tornou-se bem recepcionada por toda a doutrina, como lecionado pelo autor supramencionado:

Se é certo que vários estudos indicam a maior estabilidade dos códigos civis diante das constituições, não é menos correto afirmar que nem por isso se lhes confere imunidade à ordem constitucional. Por esta razão, a tese da necessária subordinação do Código Civil de 2002 à Constituição da República de 1998 não é recebida com hostilidade pela doutrina. (JÚNIOR, 2006, pg. 75)

Já o segundo fundamento seria baseado na desigualdade social existente no Brasil, o que tornaria mais forte o discurso de aplicar nas relações privadas as ideias de solidariedade e de dignidade como forma de amenizar tal desigualdade que assola o Brasil. Sendo assim, ter relações privadas baseadas na solidariedade social seria uma forma de demonstrar a importância de se preocupar com o próximo, logo a própria legislação exige tal comportamento o que poderia contribuir para a diminuição das desigualdades.

Como terceiro fundamento pode se mencionar o fato da Constituição Federativa do Brasil ser competente por legislar matérias pertencentes por essência de outros diplomas legais. Tal situação aqui mencionada como um dos fundamentos à crítica da Escola do Direito Civil Constitucional deve ser somada aos outros dois fatores. Nesse sentido, leciona o Professor Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Acrescentando-se a esses dois fatores a disciplina, pela Constituição da República de 1988, de matérias que substancialmente nela não deveriam estar incluídas, como é o caso, *e.g.*, do artigo 226, parágrafo 6º, que chega ao extremo de tratar do prazo necessário para a conversão da separação em divórcio, não é de se estranhar a disseminação da ideia da constitucionalização do Direito Civil. A necessária conclusão a que se poderia chegar é a de que a Constituição da República transferiu para a esfera pública matérias antes sujeitas ao domínio privado e, por conseguinte, este se subordinou aos princípios constitucionais. (JÚNIOR, 2006, pg. 75)

Nesse diapasão, os fundamentos propulsores da Escola de Direito Civil Constitucional sendo somada a capacidade dada a Constituição trouxe uma publicização de questões tratadas unicamente no direito privado, vez que se encontra no texto constitucional matérias de

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.55-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

exclusiva legislação do direito civil, o que desvirtuaria a essência da Constituição Federal de 1988:

(...) No entanto, esta inclusão representa menos a publicização daqueles institutos do que a falta de técnica legislativa do legislador constituinte, ou a deficiência de sua própria noção de constituição. (JÚNIOR, 2006, pg. 75)

A passagem elucida leva ao refletir sobre tal situação e faz concluir que a distinção entre público e privado é de fato uma distinção difícil de se fazer de forma matemática. Porém alguns institutos são por essência regulados pela constituição e outros pelo Código Civil. Tal essência não impede que tais institutos transfiram-se de “morada legislativa”, porém a simples transferência não é capaz de alterar a essência de um direito. Sobre esse aspecto o professor idealizador da crítica em comento exemplifica tal questão se valendo de direitos cívicos que foram constitucionalizados, como por exemplo, os direitos da personalidade, pelo que se expõe:

Não é o caso, porém, dos direitos da personalidade ou do Direito de família. A despeito de disciplinados pela Constituição de 1988, a sua simples localização topográfica não transfigura a sua natureza jurídica. Uma regra procedimental não perde a sua natureza por estar inserida no Código Civil, do mesmo modo que a disciplina, na jurídica da família e da propriedade pelo texto constitucional não levou tais domínios para órbita pública. Conferiu-lhes, sim, relevo constitucional, mas não absorveu a sua natureza essencialmente privada. (JÚNIOR, 2006, pg. 75)

Diante do todo exposto, percebe-se que o cerne da crítica apresentada à Escola de Direito Civil Constitucional encontra-se no que tange a essência dos direitos tratados no Código Civil. Acredita-se que a interpretação do direito civil deve sim seguir a busca pelo alinhamento à Constituição Federal de 1988 desde que tal alinhamento não retire a característica privada desses direitos com o escopo de substituí-la por uma essência pública. A natureza jurídica dos direitos elencados no Código Civil não deve ser altera em nome de uma constitucionalização, ou seja, os direitos civis continuam sendo civis e pertencentes ao universo privado das relações do homem, porém devem encontrar reforço na Constituição. Nesse passo, a nova hermenêutica trazida aos direitos cívicos deve ser tida no sentido de que os mesmos são reafirmados pela Constituição os reforçando ainda mais e não que tais direitos migraram para a esfera pública.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.56-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

Por fim, sobre o tema, cita-se o que conclui o autor até aqui utilizado sobre a Escola de Direito Civil Constitucional no Brasil:

(...) quando se aplica o mesmo raciocínio em uma sociedade desigual e excludente, o que se verifica é o risco de, sob o manto da dignidade da pessoa humana, utilizar-se a ordem provada de uma forma contrária à sua real natureza libertadora, impondo-se aos particulares obrigações que não eram suas, transferindo-lhes atribuições do Estado e positivando obrigações morais. (JÚNIOR, 2006, pg. 76)

6 O direito civil constitucional e suas cláusulas gerais

O Código Civil de 2002 optou em suas diretrizes legais por se valer das chamadas cláusulas gerais, ou seja, conceitos positivados cuja definição e extensão não são definidos pela ordem normativa. Sendo assim, as cláusulas gerais possuem o intuito de conceder maior influência da realidade social e da jurisprudência da tomada de decisões pelos magistrados. Nesse aspecto, as cláusulas gerais trazem em seu contexto o que se caracteriza um sistema aberto, ou seja, o Código Civil de 2002 ao valer-se de cláusulas gerais torna-se um referencial legislativo para aquele que diz o direito permitindo que esse adapte à legislação da melhor forma possível ao caso concreto.

A utilização das cláusulas gerais levanta dois pontos a se debater, um positivo e outro negativo. Aquele se caracteriza na possibilidade de reconstrução do direito e melhor adequabilidade deste à realidade social, permitindo sua construção a cada novo anseio social que surgir. Reconhecendo a incapacidade que a legislação possui de abordar todas as questões sociais as cláusulas gerais permitem aos Juízes uma melhor adequação da lei ao caso concreto o que supriria uma potencial deficiência causada pela incapacidade do legislador em conseguir reunir em um diploma legal todas as necessidades sociais, além de manter o texto legal sempre atualizado e condizente com a real situação social. Porém, existe um ponto negativo embutido no uso da cláusula geral, tal ponto é a insegurança jurídica.

Ordenamentos fechados com legislação severas que definem precisamente seus preceitos estão mais propensos à segurança é o que afirma Rodolpho Barreto Sampaio Júnior ao citar Claus-Wilhelm Canaris dizendo que “evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.57-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

previsões normativas firmes””. Logo, segundo Canaris um sistema que adota as cláusulas gerais está mais vulnerável, vez que expõe seus institutos à condições de maior insegurança.

Porém, cabe ressaltar que nem todos os institutos consagrados em um ordenamento devem ser vistos de forma tão severa, pois merecem um olhar mais brando do ponto de vista equidade. Sendo assim, contemporaneamente sabido é que dependo da situação que se analisa a equidade deverá prevalecer à segurança jurídica em nome da justiça, vez que a lei poderá ser injusta. Nesse diapasão, três são os elementos que devem ser analisados pelo direito dentro de uma ordem normativa, são: a lei, a justiça e a segurança jurídica. Deverá existir a ponderação entre lei e justiça com a finalidade de garantir a segurança jurídica, que poderá ser relativizada pela equidade, mas que não deverá ser colocada de lado.

7 Conclusão

Com as efetivas mudanças dos paradigmas sociais no que tange a interpretação dos clássicos institutos legais pode se considerar válida a necessidade de estabelecer sobre as relações particulares um olhar constitucional regado por princípios que valoram o homem em sua integralidade. As ideias da Escola de Direito Civil Constitucional são ideias que merecem ser aplicadas no intuito de tornar o direito civil brasileiro cada vez mais evoluído e condizente com a nova ordem civil. Embriagar as relações obrigacionais e contratuais com princípios como a dignidade da pessoa humana, função social e boa-fé é buscar uma melhor aplicabilidade do direito pátrio focando na busca efetiva pela equidade.

Porém, é de se ressaltar, que tais institutos mandamentais, devem apenas nortear as relações particulares, ou seja, devem ser invocados em face ao caso em concreto evitando o ônus em excesso para apenas uma das partes envolvidas. Nesse passo, a Escola de Direito Civil Constitucional é de grande valia para o aprimoramento da aplicação da constituição do indivíduo, mas não se pode esquecer dos apontamentos críticos levantados pela doutrina, vez que o direito civil não pode ser descondensado para a formação de um novo ramo do direito.

Nesse diapasão, o direito civil deve se valer, nos casos necessários, dos princípios constitucionais com o fito de chegar ao seu fim último, qual seja: regular de forma democrática os conflitos existentes nas relações particulares. Logo, não se pode negar que a ordem civil brasileira é iluminada pela Constituição Federal de 1988 e seus preceitos e princípios, mas, porém, não pode se defender a radical aplicação de tais preceitos na ordem

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.58-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

jurídica civil. Um ordenamento jurídico coeso e coerente deve conseguir harmonizar todas as suas normas componetes, observando o devido campo de aplicação de cada uma. Como exposto, neste escrito, a constitucionalização do direito civil e a derradeira aplicação dos princípios constitucionais nas relações obrigacionais e contratuais deve observar os fatores incidentes sobre a boa exegese na norma, tais como o fator social. Por fim, a elaboração de tal estudo possibilita concluir a grande mobilidade no direito civil na contemporaneidade, o que por si só denota sua crescente e habitual evolução.

Abstract

The Civil Law is one of the main branches of law, it regulates the most important relationships of individuals. Contractual relations, dividend, family, use and disposal of material goods, rights linked to the human person and etc. All these relationships arising from the civil law were always provided with said property characteristics, the civil law body in its genesis always lit all these relationships from the equity bias. With changing trends of interpretation and focus of civil law too began to discuss about the modifying the patrimonial pillar granted civil rights in order to make such a legal branch compatible with the new legislative exegesis. The change in the interpretation of civil law in Brazilian law occurred through calls Constitutional Civil Law School, which brought in its theoretical context a direct application of the postulates of the Federal Constitution of 1988 to the civil law. Therefore, this article is scoped to relate the main impact of constitutional principles in civil law, with the theory of Constitutional Civil Law and all the criticism brought to such a current..

Keywords: Constitutional Principles; Brazilian Civil Code; Constitucional Civil Law;

Referências

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Rio e Livraria Francisco Alves, 1975.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.59-60	2014
---	-----------	-------	---------	------

CASSALI, Guilherme Machado. **O Princípio da Solidariedade e o Artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 12/01/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HESS, Conrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editor: Sergio Antônio Fabris, 1991.

JÚNIRO, Rodolpho Sampaio. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro**. Tese de Doutorado, publicada na forma E-book. Disponível em: http://books.google.com.br/books/about/Da_liberdade_ao_controle_os_riscos. Acesso em: 10/12/2014.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.60-60	2014
---	-----------	-------	---------	------