

O FENÔMENO DA PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA *THE PHENOMENON OF PUBLICIZING THE CIVIL LAW IN CONTEXT NEOCONSTITUCIONALISTA*

Kristal Moreira Gouveia¹; Priscila Moreira Gouveia²; Juliana Pereira e Silva³

RESUMO: Considerando as recentes mudanças operadas na esfera de Direito Privado pela constitucionalização de seus institutos, busca-se, através do presente trabalho, contextualizar o fenômeno de Publicização do Direito Civil no âmbito de Neoconstitucionalismo. Os contornos do Direito Privado vêm remodelando-se desde o fim do Liberalismo, de modo a tomar forma um Estado interventor das relações entre particulares, em prol de uma qualificação constitucional das regras. Princípios passaram de meros norteadores da lei a condições validadoras da mesma. Desse modo, a autonomia da vontade, antes intocável por disposições de Direito Público, passou a ser flexibilizada a fim de atender a função social e interesses de terceiros. No presente estudo, tenciona-se compreender as mudanças que vêm ocorrendo no Direito Civil, especificamente, ao ser tocado pela Constitucionalização do Direito privado. Tal análise faz-se imprescindível para compreender os novos rumos da codificação civil e as consequências desta mudança de paradigma na liberdade privada. Através de pesquisa bibliográfica e método dialético de estudo, far-se-á este paralelo entre os ramos Público e Privado, resgatando aparato no contexto histórico de evolução do constitucionalismo. Pretende-se, ainda, esmiuçar os institutos do Direito Civil que nasceram ou pereceram com estas mudanças conceituais e assim alcançar uma compreensão da formação e consequências da publicização do Direito Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Publicização; Direito Civil; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: Due to the recent Private Law's alterations caused by the constitutionalisation of its concepts, this piece of work intend to contextualize the phenomenon of Civil Law being Publicized at the Neoconstitucionalism context. The Private Law's frames have been redesigned since the end of Liberalism, in such way it has been appearing an private relationship's intervener State, aiming to constitutionally qualify the rules. Principles have gone from plain leaders of Law to validity conditions of it. In that way, the will autonomy, before untouchable by Public Law dispositions, gotten flexibilized intending to attend the social function and third's interests. In the present study, we tend to understand the changes that have been happening at Civil Law, precisely about the Private Law's constitutionalisation. Such analysis is made unnecessary to understand the new ways of civil codification and its consequences at the private freedom.

¹ Faculdade Paraíso do Ceará – FAP/CE; kristalmoreira@hotmail.com

² Faculdade Paraíso do Ceará – FAP/CE

³ Faculdade Paraíso do Ceará – FAP/CE

Through bibliography research and dialectic method, this parallelism about Private and Public Law, rescuing apparatus in the historical context of constitutionalism evolution. It's intended, yet, to understand Civil Law concepts that have been affected by these changes.

KEYWORDS: Public; Civil Law; Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

O mundo jurídico está em constante movimento. A história, política e concepções culturais inovam, extingue ou remodelam preceitos antes tidos como imbatíveis na legislação nacional. A chegada do Estado Social e da visão neoconstitucionalista de Direito quebrou uma concepção meramente patrimonialista e de arrojado individualismo que perdurava como consequência do regime liberalista.

Nesse contexto de dinamicidade bastante favorável à consecução da finalidade do Direito, foi gerada a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Ambos os documentos trouxeram mudanças revolucionárias para conceitos que antes pareciam sedimentados. A liberdade privada passou a qualificar-se com o revestimento constitucional de seus institutos. A atual constituição trouxe amplo rol de direitos fundamentais e normatividade cogente, não mais se tratando de mero documento político de caráter indicativo.

A força imensa trazida pela Constituição não recepcionou extensa gama infraconstitucional, causando uma verdadeira remodelação dos dispositivos legislativos da mesma. Nesse contexto, tornou-se insustentável o antigo Código Civil de 1916 que trazia um caráter de exacerbado patrimonialismo, deixando a desejar no tocante à consecução de fins sociais.

Social. Esta palavra engloba e reflete o âmago dos princípios que embasariam as novas mudanças legislativas. A função social da propriedade, a função social dos contratos e a constitucionalização de vários dispositivos viriam a mudar a ordem jurídica de maneira a redirecionar seus objetivos finais.

A este passo, o Código Civil sofreria inúmeras alterações, de modo a acompanhar o caráter público que cada vez mais passou a mesclar-se com o privado, quebrando aquela ideia de autonomia da vontade absoluta e Estado Mínimo que se mostraram ineficazes uma vez que não atingiram os anseios de igualdade idealizados.

Dadas estas considerações, apresentar-se-á o contexto histórico, cuja compreensão não se faz prescindível, do constitucionalismo para que possa compreender-se as sequelas e consequências que deram luz à atual norma jurídica. Uma vez compreendido o neoconstitucionalismo, será possível esmiuçar os fenômenos da constitucionalização do Direito

Privado e a Publicização do Direito Civil e assim, entender que mudanças fáticas foram realizadas na legislação infraconstitucional e suas bases constitucionais.

METODOLOGIA

Para consecução do presente trabalho, foi realizado o tipo de pesquisa bibliográfica. Através desse gênero, puderam-se analisar obras de diversos autores sapientes sobre o tema, compilando as informações atinentes ao panorama que se procurava traçar das áreas de Direito em estudo. A pesquisa bibliográfica permite a obra de conceitos já estabelecidos por renomados estudiosos, garantindo o alicerce adequado e embasamento teórico confiável para que se possa desenvolver raciocínios decorrentes e questionar-se a respeito da concordância ou discordância das ideias destes doutrinadores.

Fazendo uso desse método, pôde-se reunir o maior número possível em tempo hábil de escritos sobre temas precisamente e adjacientemente relacionados ao tópico principal. Após essa reunião, pôde-se prosseguir na análise dos mesmos e esmiuçar as posições doutrinárias, garantindo raízes teóricas para formulação de conclusões.

Esta formulação só pôde ser atingida devido ao uso do método dialético. Este método permite que se dialoguem diferentes conceitos e disciplinas, de modo a obter-se o enriquecimento do conteúdo. Percebe-se, então, que a interdisciplinaridade foi abordada por este método dialético no presente trabalho, uma vez que houve mixagem de conceitos do Direito Civil, Direito Processual, Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e História com o fito de garantir o enriquecimento das conclusões. Ora, se uno o conhecimento e o Direito em si, entendeu-se que nada mais coerente do que garantir o diálogo entre diferentes disciplinas viventes na grande seara do Direito, para abranger de forma mais ampla os resultados tencionados.

Garante-se, ainda, com o método dialético, a coesão e coerência de ideias; Uma vez que o encaixe de conceitos diferentes os explica reciprocamente, demonstrando bases mais sólidas para as afirmações a serem expostas no findar deste trabalho.

Foram utilizados, ainda, os métodos explicativo, descritivo e analítico. Através do explicativo, puderam-se pincelar institutos e fatos históricos que deveriam ser esclarecidos para que se fosse possível apresentar de maneira contextualizada o tema principal, relativo ao fenômeno da publicização do Direito Civil. Já o método descritivo, permitiu que fosse feito o esmiuçar de institutos jurídicos acima descritos, analisando-se, através do método analítico, esta

coletânea de informações e fatos do mundo do Direito, com profundidade o suficiente para buscar sua essência e relacioná-los ao tema proposto.

Este conjunto de metodologias combinado e dialogando entre si permitiu que através dessa pesquisa bibliográfica, se pudesse atingir um resultado teórico explicativo sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Neoconstitucionalismo – Um apanhado histórico

As discussões pertinentes à nova modelagem de relações privadas num âmbito constitucional decorrem do fato de atualmente a ordem predominante possuir contornos do Estado Neoconstitucional. No entanto, muito se galgou até solidificar-se a ideia de Estado Social ao redor do qual se orbita, atualmente, o mundo jurídico. O neoconstitucionalismo é descendente ainda jovem de um longo período de positivismo, que ainda hoje possui sequelas em certos dispositivos legais e orientações jurisprudenciais e doutrinárias. Para compreender esta influência, é necessário antes aperceber-se do momento histórico do qual desaguou esta doutrina.

O *ancien régime*, época marcada pela predominância da vontade do Judiciário, havia estabelecido uma estrutura autoritária onde o poder dos juízes se sobrepunha a qualquer viés de legalidade. O ilimitado “poder de julgar” criara uma situação de insegurança jurídica, onde a lei pouco ou nada podia para interferir significativamente nas decisões jurisprudenciais – fonte principal da qual bebia a aplicação do Direito.

Historicamente explanando o tema, faz-se necessário resgatar o fato de que, como explica CAPPELETI:

Os cargos de juízes anteriores não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com ideias conservadoras e próprias de poder instituído, e para conseqüente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares.⁴

Neste contexto de arbitrariedade, a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu viria para limitar o poder do Judiciário ao passo que tencionava fortificar o legislativo. Factualmente, a teoria de Montesquieu, que era uma resposta direta aos abusos do *ancien régime*, buscaria

4CAPPELETI, M. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça social”**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.20, p.268.

neutralizar o poder criativo do julgador, limitando sua função à de mero aplicador da lei. Uma função quase mecânica, diga-se de passagem.

Não obstante as consequências tirânicas que esta supervalorização legalista resultaria, como se pode perceber, o espírito do novo regime que havia de surgir era o de Liberdade. Através da Revolução Francesa e da Revolução Americana, então, nasceria o Estado Liberal: Desatado das amarras do absolutismo, este buscaria garantir a liberdade individual, valorizando o homem e trazendo à tona a 1ª Geração de Direitos Fundamentais.

O Estado Liberal, através do constitucionalismo clássico, vigorou do Século XVIII ao início do Século XX. Seu objetivo era cessar a pessoalidade do antigo regime e para tanto, elevou a princípio norteador a igualdade formal. Esta igualdade formal só poderia ser conseguida através do enrijecimento das leis. Não mais cabia ao aplicador dosar à seu bel prazer a aplicação das mesmas. A lei, agora, tratava-se de dispositivo fechado à interpretações.

Entendeu-se, após a experiência traumática do Estado Novo, que a super-rigidez da lei e não interferência dos outros Poderes era a única maneira de garantir esta almejada igualdade formal. Uma vez tratando a todos da mesma maneira, e aplicando-lhes os mesmos dispositivos legais, a resultante seria a possibilidade de isonomia de tratamento e igualdade entre os tutelados pela ordem jurídica. Esta era a filosofia do Liberalismo.

Para efetivação da liberdade almejada, o Estado Liberal entendia que as relações privadas deveriam ser protegidas de interferências arbitrárias do Estado. Desse modo, criou-se uma concepção de intervenção mínima do Estado nas relações privadas: Um estado mínimo. Houve, então, uma supervalorização do individualismo marcada pela ideia de autonomia da vontade, onde as relações dos particulares estariam protegidas ao máximo contra qualquer arbitrariedade ou influência estatal. Caberia às partes dos negócios jurídicos regular a respeito dos mesmos. As relações privadas tomaram contornos cada vez mais individualistas, e no que toca ao Direito Civil, especificamente, as determinações relativas aos contratos dependiam inteiramente da vontade das partes.

Era nisto que consistia a autonomia vontade: A concepção de que cabia às partes regular os termos de suas relações contratuais, não cabendo ao Estado a possibilidade de intervir diretamente nas mesmas, contanto que não houvesse proibição clara na lei. Não existia, realmente, um aparato principiológico constitucional que criasse diretrizes para estas relações privadas. Reflexo disso é o Código Civil de 1916, marcado à ferro pelo princípio do *pacta sunt servanda*. Este determinava que o contrato gere lei entre as partes.

Em outras palavras, o princípio norteador das relações de Direito Civil do modelo liberalista era o de que as partes devem vincular-se ao contrato, como se lei fosse. A

relativização do contrato era um instituto que coibia qualquer alteração pós-contratual, não importante se algum terceiro pudesse ser prejudicado por consequências contratuais. Esta determinação era desdobramento imediato do *pacta sunt servanda*.

Como se pode perceber, não existe um caráter coletivista neste princípio. O que garante, somente, é segurança jurídica entre as partes. Percebe-se através desta análise que o caráter do Direito Civil predominante no Estado Liberal era predominantemente privado. O constitucionalismo tocava muito pouco as relações entre particulares, que se limitavam a seguir formalmente o que ditava o Código Civil. Não havia, portanto, um controle social ou sequer a concepção de que estas relações interessavam à coletividade como um todo. As sequelas do Estado absolutista eram fortes e uma intervenção estatal maior que mínima trazia lembranças do arbitrário Antigo Regime.

No entanto, com o tempo pôde-se perceber que este Estado Liberal não era o suficiente para suprir os anseios sociais. O positivismo não funcionava idealmente, pois a sociedade para a qual o Direito existe não é uma sociedade ideal. O Direito, portanto, não é uma disciplina matemática, não pode ser aplicado maquinalmente.

O positivismo cria na lei como fórmula e acreditava também que quando houvesse a subjunção do caso concreto nesta, a solução seria idealmente formulada. Desse modo, o juiz seria mero aplicador de fórmulas e sabe-se, atualmente, que infelizmente não se pode simplificar assim a ordem jurídica.

Certeiramente aponta PAULO BONAVIDES ao expor:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletariadas da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens.⁵

A igualdade formal, como o próprio nome diz, era meramente formal. Não funcionou, pois a sociedade divide-se em parcelas diferenciadas, expostas cultural e contextualmente a circunstâncias extremamente diversas e que pluralizam suas necessidades. Aplicar os mesmos dispositivos para todos, sem restrição, não se demonstrou um método gerador de resultados eficazes. Trata os desiguais igualmente, portanto, não resultou satisfatoriamente. Tendo em vista a evolução doutrinária e ideológica, passou a buscar-se uma maneira de proteger mais realisticamente os direitos humanos.

5 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.188.

Com o contexto histórico da 1ª e da 2ª Guerra mundiais, o positivismo começava a galgar para seu fim. O Estado Social já apresentava contornos de interventor e o advento dos Direitos Fundamentais de 2ª Geração, que buscavam a igualdade material, ou seja, de fato, marcaram esta fase transitória que foi o Constitucionalismo Moderno.

Libertando-se finalmente das amarras do Positivismo, o Estado de Direito alcançou com o Constitucionalismo Contemporâneo onde ocorrem as duas grandes mudanças na visão jurídica da norma constitucional que influenciariam posteriormente os campos de atuação do Direito Privado e Público: A visão da constituição como norma jurídica dotada de imperatividade e o surgimento de uma jurisdição constitucional.

Sucintamente, o que estas duas ideologias desdobram é a concepção da Constituição como Lei Maior. Ou seja, não mais um documento meramente político e sim conjunto de normas de caráter diretivo e imperativo a qual toda a legislação infraconstitucional estará hierarquicamente abaixo. Ou seja, a lei depende de consonância com a constituição para ser válida. Os princípios constitucionais passaram a ser condição para a validade da legislação; Orbitando, assim, toda a legislação que viesse existir em torno dos princípios normativos da Ordem Constitucional.

A partir desse ponto, abriram-se alas para o nascimento do Neoconstitucionalismo, que revolucionaria definitivamente as sequelas deixadas pelo positivismo. Esta nova era, a do pós-positivismo, buscava um equilíbrio entre jusnaturalismo e o positivismo. Não bastava mais a norma ser proclamada pela autoridade competente.

Tal como não bastava mais que estivesse formalmente perfeita. O critério de justiça constitucional, a partir de então, passou a condicionar toda a produção legislativa e aplicação da mesma. Institutos esses que passaram a estar passíveis de controle de constitucionalidade, caso contrariassem a Lei Maior.

Com o Neoconstitucionalismo, é importante ressaltar, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais expandiram-se significativamente e tomaram as rédeas das regras. Não mais cabia somente à legislação infraconstitucional estabelecer regras próprias de atuação. No mesmo viés, não cabia mais ao particular regular com integral autonomia da vontade sobre suas relações privadas independentemente da influência principiológica pública e coletiva.

A partir do Neoconstitucionalismo, todas as relações jurídicas qualificaram-se pela constitucionalidade. Esta constitucionalidade, como supramencionado, era revelada através de princípios. No entanto, os princípios não são claros e fechados como as regras. São normas abertas dependentes da interpretação crítica do aplicador da lei para manifestarem, assim, o verdadeiro anseio da Carta Magna.

No mesmo sentido, explicita MARINONI: “O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como conformação da lei”.⁶

Como consequência, inevitavelmente a esfera privada foi imediatamente atingida por estas mudanças. A função social das relações foi despertada e todo ato ou negócio jurídico passou a ganhar relevância coletiva.

Quebrou-se a ideia de individualismo e passou a buscar-se uma consonância entre público e privado que quase misturou os conceitos entre si, como se verá a seguir.

A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL VERSUS A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A priori, faz-se mister delinear a distinção entre a Publicização do Direito Civil e a Constitucionalização do Direito Privado, que por vezes confundem-se. Uma vez enquadrado no contexto neoconstitucionalista supramencionado, o Direito geriu estes dois fenômenos que partem do mesmo fundamento jurídico, mas apresentam-se e repercutem de maneiras diferentes:

Enquanto a Constitucionalização do Direito Privado trata do processo de validação do direito positivo privado nos fundamentos de ordem constitucionais, na publicização do Direito Civil observamos a interferência legislativa concreta de fundamentos do direito público para alterar, qualificar e até extinguir dispositivos do Código Civil.

Este último pôde ser amplamente observado da redação do novo Código Civil de 2002, onde a função social da propriedade – que também ganhou proteção constitucional – pincelou os dispositivos do Código. Desse modo, por publicização compreende-se o processo de intervenção estatal no âmbito legislativo. É este fenômeno que tem tornado a linha que separa o Público e Privado tão tênue: Uma vez que é através do mesmo que se observa uma interferência dirigista forte e intervencionista por parte do Estado.

Este instituto só pôde tomar forma e aplicabilidade devido ao próprio conceito de Estado Neoconstitucionalista, que ao instalar-se quebrou a ideologia de Estado Mínimo como melhor encaminhamento a fim de alcançar uma situação de isonomia e autonomia legítimas.

6 MARINONI, L.G. **Teoria Geral do processo. (Curso de processo civil; v.1)** – 3º ed.rev.e atual. Tir – São Paulo dos Tribunais, 2008. p.48.: Editora Revista

Já a constitucionalização do Direito Privado possui raízes mais sólidas e profundas, pois age como a busca pela adequação do Direito Privado aos propósitos Constitucionais através da fundamentação daquele nos princípios destes. De forma pertinente, explica Paulo Lobo:

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.⁷

Ainda nas palavras de PAULO LOBO: “a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal.⁸”.

Como visto, é preciso salientar que a constitucionalização da normatização das relações civis não se trata de um critério hermenêutico formal, uma vez que se trata de verdadeiro critério de validade para a norma civil. A constitucionalização do Direito Privado encontra fundamento na noção de Estado Social e Neoconstitucionalismo. A evolução da Constituição ao topo da pirâmide hierárquica e seu reconhecimento como norma cogente e norteadora da legislação infraconstitucional, gerou uma situação onde todos os ramos do Direito estariam submetidos a este critério de validade absoluto, um verdadeiro controle constitucional.

O que se formulou, portanto, não se trata de uma inclinação legislativa à norma privada seguir os fundamentos constitucionais; Ou sequer da ideia do privado tornar-se público. Tanto o público como privado imprescindem da coadunação com a norma constitucional para tornarem-se válidos e aptos a enquadrarem-se na atual norma jurídica Constitucional.

Pari passu, pode-se entender a Publicização do Direito Civil como uma consequência, em grande escala, do novo poder normativo constitucional. Através deste último fenômeno, disciplinas inteiras foram retiradas da esfera civil, passando a criarem-se outros ramos que tratassem especialmente das mesmas: O direito do trabalho, o direito do consumidor, etc.

Isso ocorreu porque a proteção neoconstitucional entende como mencionado supra, que a isonomia necessita de tratamentos diferenciados para equilibrar as relações entre sujeitos cujos poderes naturalmente são desproporcionais. Para tanto, ramos específicos foram criados para tutelar, de modo específico e especial estas relações, modificando, assim, a estrutura do Código Civil.

7 LÔBO, P.L.N. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 4 nov. 2012.)

8 Ibidem.

A ROUPAGEM CONSTITUCIONAL E A PUBLICIZAÇÃO PRESENTE NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Dentre as mudanças trazidas pela chegada do Estado Social, destacam-se os últimos 30 anos por compreenderem o interregno em que foi promulgada a Carta Magna de 1988 e editado o “novo” Código Civil de 2002.

Não obstante o caráter patrimonialista do Código de 1916 tenha continuado a revestir as bases que enraizaram a redação do mesmo, o caráter constitucional vem arraigado axiologicamente em princípios, agora ordenadores, das disposições desta lei. Como cita HAINA GUIMARAES:

Se o Código não se moldar à leitura constitucional, enquanto base axiológica e normativa da tecitura jurídica vigente e vinculante deverá ser retirado do ordenamento, por não receptividade constitucional ou inconstitucional superveniente.⁹

Muito embora a área pertinente à família do Diploma Civil - precisamente devido a seu caráter extra patrimonial - tenha sofrido radicais reformulações com a reedição do Código, atermos-nos à área patrimonial e à consequência dessa qualificação axiológica nos dispositivos normativos do Diploma Legal. Tal decisão dá-se em virtude de ser esta a porção a sofrer mais mudanças conceituais em seus axiomas. O âmbito de família possui caráter cultural bastante acentuado, sendo de predomínio pessoal e não patrimonial. Já a propriedade e os contratos são assuntos inseridos na tutela jurídica que possuem forte cunho patrimonial, sendo a adição de uma qualificação pública mudança bastante significativa para os mesmos. Uma vez esclarecidos os motivos para a escolha dos objetos das seguintes considerações, exploremos, os viés do atual Direito Civil que tratam da Propriedade e dos Contratos.

A função social da propriedade é conteúdo relativamente novo nos diplomas legais. A constituição de 1988, com suas muitas inovações, trouxe codificado este conceito que antes não existia expressamente e com força cogente tal. Dê-se vista aos dispositivos da Carta Magna que expressam sobre o tema:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais
CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁹GUIMARÃES, H.N. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/5814>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

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;¹⁰

Com a redação acima, a Carta Magna trouxe a função social da propriedade com o fito de direito fundamental. Por propriedade, se esclarece que se fala aqui de propriedade privada, uma vez que explanar a função social da propriedade estatal seria redundante. Com esta óptica social sob a propriedade privada, entende-se que não basta atender aos interesses do particular um determinado imóvel. Precisa haver uma consequência benéfica para a coletividade, ou seja, uma função social.

A propriedade é considerada a condição essencial para a manutenção da dignidade humana. O acesso e direito à mesma foi historicamente conectado à idéia de existência digna na sociedade. Isso ocorre porque existe a visão da propriedade como garantia de liberdade humana contra a intrusão dos Poderes Públicos. Um dos direitos mais sagrados do homem, portanto, e que por este fato recebe uma atenção constitucional especial.

Com o advento do constitucionalismo moderno não houve mais o que se falar em concepção privatista da propriedade, portanto. Ao contrário, o fato de tal direito ser reconhecido imprescindível e definidor da situação digna humana o levou a uma concepção pública que transcende o uso particular que pode-se vir a fazer da mesma.

Passou a falar-se, assim, em *finalidade* da propriedade. Ora, se há de falar-se em viés coletivo da propriedade, restou consequência imediata a visualização da mesma com o fito de realizar uma finalidade coletiva. Por finalidade social da propriedade, entende-se que esta há de exercer uma função que não beneficie só ao particular, como dito acima. A propriedade está diretamente relacionada com a economia e o meio ambiente. A terra é recurso escasso que divide-se em porções privadas e públicas e socialmente percebe-se mal dividida, uma vez que grande parte da população não a possui em seu rol de direitos alcançados.

Devido a esses fatores, entendeu-se que dado este direito de ter propriedade, algo deve ser feito para contribuir com a ordem social. Não pode-se haver propriedade ociosa, que não cumpra uma função mesmo que indiretamente benéfica socialmente, econômica, de movimentação estrutural urbana ou que devido ao abandono mostre-se propícia a fatos jurídicos ilícitos.

No mesmo molde de raciocínio, existe o instituto da desapropriação, que fornece ao Estado a prerrogativa de dadas certas circunstâncias de interesse público privar o particular de

10BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 XXXX . In: <https://www.planalto.gov.br/>

sua propriedade, visando o bem social. No entanto, este se trata de outro ramo e no que toca nosso tema é importante ressaltar que foram essas disposições constitucionais que deram fitos às mudanças no Código Civil relacionadas ao direito da propriedade.

Ora, de maneira pertinente aponta MARTINS COSTA:

Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar -, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos ‘objetivos fundamentais da República.’¹¹

Seguindo para o Código Civil, percebe-se que os valores de funcionalização da propriedade encontram-se expostos no mesmo através de cláusulas gerais. Estas indicam o espírito da norma e do princípio a ser aplicado no caso concreto, podendo ainda ser visualizadas em dispositivos específicos.

Visualize-se abaixo o dispositivo trazido pelo Diploma Legal de 2002 que expõe uma das cláusulas gerais que abordam certamente este tema:

Novo Código Civil:

Da propriedade em Geral

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

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

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

§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”¹²

11 MARTINS-COSTA, J. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2002. p.144.

12 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: <https://www.planalto.gov.br/>

No tocante à funcionalização dos contratos, esta se apresenta como consequência mediata da ideia de função social da propriedade. Neste sentido, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA:

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um *repensar da função social da propriedade*, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana.¹³

As relações contratuais, até então, possuíam o condão de vincular os contratantes apenas entre si e nos termos do acordado quando da contratação. Desse modo, o *pacta sunt servanda* imperava na relação contratual, não existindo possibilidade de revisão devido à fatores externos. Esta estrutura contratual refletia diretamente a busca pela autonomia da vontade, onde a intervenção do Estado não era admissível.

Com as mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo este sistema foi quebrado e nasceu a concepção de que o contrato torna-se inócuo caso desrespeite direito de terceiros ou a própria dignidade humana de uma das partes. O Estado tornou-se interventor no caso de acordos de vontade onde existia clara submissão de poderes mediante situação desproporcionais. Os contratos de adesão, outrora imbatíveis em sua estrutura passaram a ser passíveis de anulação de cláusulas, inclusive *ex officio*, caso fosse verificado o abuso de direito por uma das partes ou cláusulas que as fizessem renunciar seus próprios direitos.

A flexibilidade da relativização dos efeitos do contrato foi outra consequência direta, uma vez que segundo a função social, a sociedade em si não poderia ser prejudicada pelo efeito entre essas duas partes. Esta flexibilização trata da possibilidade de indenização a terceiro por dano causado pelo contrato entre duas outras partes. Este instituto quebra a relativização absoluta que trazia o condão de somente condicionar as partes contratantes pelos efeitos do contrato em questão.

Dado o explicado, dê-se vista ao dispositivo do Novo Código Civil que faz alusão direta a esta inovadora função social contratadora:

Novo Código Civil
Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.¹⁴

13 GAGLIANO, P.S., FILHO, R.P. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos**, tomo 1: teoria geral. – 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.13.

14 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. In:<https://www.planalto.gov.br/>

Como se pôde aferir, não mais é suficiente a vontade das partes de contratar ou sequer a legítima propriedade do particular. O atual Código Civil é permeado de publicização e constitucionalização desde se suas cláusulas gerais a seus institutos de aplicação direta ao caso concreto.

CONCLUSÃO

Através do estudo realizado, pôde-se observar que a atual ordem jurídica infraconstitucional está não só limitadas, mas direcionada até em seus institutos mais básicos às diretrizes constitucionais do Estado Social. A era do Neoconstitucionalismo que atualmente regula o mundo jurídico estabelece que a força normativa da Constituição funciona também como qualificadora de normas.

Dessa maneira, as normas de Direito Civil passaram a revestir-se de roupagem constitucional, não existindo mais uma visão patrimonialista limitada à vontade das partes. O interesse coletivo precisa ser respeitado para que as normas possuam validade e eficácia no meio social.

Neste âmbito a constitucionalização do Direito Privado e a publicização do Direito Civil vêm operando mudanças cada vez mais significativas na legislação aplicada. Por fim, percebe-se que o Novo Diploma Legal de 2002 está permeado em suas disposições diretrizes desse novo entendimento axiológico de Direito Civil. Demonstrando, assim, que o Neoconstitucionalismo leva o legislador e aplicador do Direito a uma realidade cada vez menos individualista que objetiva criar uma intercessão benéfica entre o favorável a uns e favorável a todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** XXXX . In: <https://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: <https://www.planalto.gov.br/>

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.188.

CAPPELETI, M. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça social”**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.20, p.268.

GAGLIANO, P.S., FILHO, R.P. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral.** – 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.13.

GUIMARÃES, H.N. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 9, n. 475, 25 out. 2004](#) . Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/5814>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

LÔBO, P.L.N. **Constitucionalização do Direito Civil.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 4, n. 33, 1 jul. 1999](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 4 nov. 2012.)

MARINONI, L.G. **Teoria Geral do processo. (Curso de processo civil; v.1)** – 3.ed.rev.e atual. Tir – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.48.

MARTINS-COSTA, J. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p.144.