

CONSTITUCIONALIZACAO DO DIREITO CIVIL

Venetia Hargreaves

Resumo: A constitucionalização do Direito Civil é fruto da fricção existente entre códigos novecentistas e um texto constitucional de evidentes tendências sociais. Para que esta tensão se resolvesse, tornaram-se necessárias conquistas metodológicas que possibilitaram a gênese de uma leitura crítica do Direito Civil tradicional, o Direito Civil-Constitucional. Este se ampara na possibilidade de filtragem da legislação infraconstitucional privada, que é cotejada e provada face aos princípios constitucionais. Tal filtragem é especialmente relevante na propriedade, no contrato e na família.

Palavras-chaves : Constituição, Sociedade, Função Social e Direito Civil.

Sumário: Introdução. 1. Códigos Liberais e Constituições Sociais. 2. Código Civil, Microsistemas e Centralidade Constitucional. 3. Princípios e Direito Civil-Constitucional. 4. Relações Existenciais e Patrimoniais. 5. Uma outra Constitucionalização do Direito Civil. 6. Efeitos Principais da Constitucionalização: A Função Social da Propriedade. 7. Efeitos principais da Constitucionalização: A Função Social do Contrato. 8. Efeitos Principais da Constitucionalização: O Afeto nas Relações Familiares. 9. Efeitos Principais da Constitucionalização: a Boa-Fé. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá por objetivo a identificação das causas, nuances e conseqüências do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Será identificada uma discrepância entre legislação e norma constitucional, bem como de que maneira a admissão de uma força normativa para a norma constitucional possibilitou um maior desenvolvimento de meios para a resolução deste conflito entre norma infraconstitucional privada e Constituição.

Para tanto, será feita uma análise do papel dos Códigos Civis nas legislações européias e brasileira, de modo a identificar nos Códigos Civis o método de imposição de uma realidade legislativa privada eminentemente burguesa e capitalista.

Após tal constatação, será efetuado um cotejo entre tais normas e as Constituições do Século XX, caracterizadas, quase que em sua totalidade, pela existência de cartas de direitos e

preocupações sociais pujantes. Desse conflito nascerá, por um lado, uma tendência desvalorizadora do Código Civil, e uma opção pelos chamados “microssistemas”, legislações setoriais, centradas no regramento de um determinado objeto, mas com preocupações sistemáticas um tanto quanto restritas. Por outro lado, a centralidade ocupada pelo Código Civil, propõe-se, pode ser preenchida pela Constituição, objetivando a filtragem dos valores liberais da legislação ordinária, adequando-os aos ditames de proteção da pessoa humana previstos nas cartas constitucionais.

Por conseguinte, a discrepância acima identificada e as possíveis soluções teóricas para a sua resolução nortearão o presente texto. Demais disso, será dada ênfase na análise de casos concretos nos quais tal conflito se manifestou, e foi resolvido de um modo ou de outro.

O estudo da constitucionalização do Direito Civil é plenamente justificado não apenas por se tratar de questão teórica relevante, que vem sendo abordada por uma série de autores, mas também porque, no que toca a certas questões, como se verá adiante, vem sendo utilizada como justificativa para a prolação de decisões judiciais que buscam suporte em paradigmas não convencionais.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sem que houvesse, em razão da natureza do próprio trabalho, recurso a métodos quantitativos.

1. CÓDIGOS LIBERAIS E CONSTITUIÇÕES SOCIAIS

Napoleão dizia que sua maior contribuição para o povo francês era o Código Civil, pois esta perduraria mesmo depois de sua morte (CANALEGEM, 1999). Realmente, tal pensamento se mostrou verdadeiro, uma vez que os Códigos Civis, dos quais é pioneiro o francês, representaram um meio eficiente de imposição de uma ordem burguesa em um mundo em transformação.

Nesta linha de pensamento, vale frisar quais seriam as três conquistas mais relevantes, trazidas por este modelo do Século XIX, mas que se espraiam até os dias atuais: a simplificação dos contratos, que perderam seu caráter formal e solene; a dessacralização da propriedade, que passa a ser bem comerciável livremente, sendo extintas todas as restrições existentes ao livre comércio de terras oriundas do regime medieval; e, ainda, a laicização do casamento, que deixa as mãos da Igreja Católica e passa ao controle do Estado, conforme o ensinamento de CANAEGEM (1999).

Não poderia deixar de ser assim também no Direito Brasileiro; o Código Civil de 1916 impunha realidade nem um pouco distinta daquela preconizada por Napoleão. A terra é o centro da riqueza, e os imóveis são o veículo adequado para a acumulação da mesma, sendo certo que a referência à função social da propriedade, tão relevante, não consta do Código Civil de 1916, tampouco referências à boa-fé e à função social da família e da empresa.

A família do Código Civil de 1916 é a família fundada no casamento, e o contrato é fruto de uma suposta liberdade naturalística de contratar, consolidada na máxima *pacta sunt servanda*, tudo dentro de um ideário estritamente liberal e burguês.

Todavia, a par da existência desta realidade codificada, como visto burguesa e liberal, há todo um direcionamento, no campo do Direito Público, em direção a uma transição relevantíssima para a compreensão do direito do Século XX: a do Estado Liberal para o Estado Social.

Como marcos, são sempre citadas as constituições mexicanas (1911-17) e da República de Weimar (1919), que inauguram as cartas de direitos como tônica dos regimes constitucionais sociais, reconhecendo um conteúdo mínimo de proteções do indivíduo diante do Estado. (BULOS, 2003).

O marco zero, portanto, para que se compreenda o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil consiste precisamente na compreensão deste pano de fundo, que ganha massa

crítica a partir de 1988: o século XX é marcado por este profundo descompasso entre códigos liberais e constituições sociais, que consagram valores de proteção à pessoa humana que não são contemplados nos textos codificados.

Do pensamento de MORAIS (1985), pode ser extraída a visão de que esse quadro origina uma necessária reviravolta. No seu clássico trabalho “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, identifica os elementos acima como causadores de uma imprescindível revisão dos parâmetros norteadores do Direito Civil.

2. CÓDIGO CIVIL, MICROSSISTEMAS E CENTRALIDADE CONSTITUCIONAL

Estabelecido o confronto normativo, será necessário rever a metodologia de aplicação do Código Civil e das próprias normas constitucionais.

Se os Códigos do Século XIX e início do Século XX representam um meio de veiculação de ideário burguês e patrimonial (em oposição ao mundo feudal que sucedem), devem ser aplicados de modo a não serem interpretados, como se faz com qualquer ideário ou petição de princípios. A subsunção e o positivismo surgem como métodos necessários para a implementação desta nova ordem, e irão obstaculizar, durante muito tempo, a apreciação das normas civis diante da legalidade constitucional.

Todavia, a própria atividade legisladora iria desempenhar papel fundamental na reapreciação destes ideais: quase que concomitantemente à edição do Código Civil, começam a surgir leis extravagantes, que não necessariamente consagram a sua principiologia. Como diz TEPEDINO (200), “O código civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, sem que fosse desmentido o sentido de unidade do Código Civil.”

Surgem, progressivamente, os chamados microssistemas, leis extravagantes que, como visto, adotam principiologia diversa do Código, preocupando-se, muitas vezes, com a tutela de alguém que tem interesses especialmente justificadores de resguardo (como o locatário, o consumidor, a criança e o adolescente...).

Na década de 1990, tal centralidade do Código está esvaziada em muito, sendo a vida contemporânea, neste momento recentemente passado, regulada muito mais pelos microssistemas do que pelo Código Civil.

Uma segunda premissa se faz necessária: sem que se dê plena eficácia às normas constitucionais, impossível a discussão sobre a constitucionalização do Direito Civil. Neste particular, os autores citam a obra de HESSE, “A Força Normativa da Constituição”, como marco necessário deste pensamento: a constituição, para além de seu conteúdo político-social, é norma jurídica de alta hierarquia, dotada de efetividade e capacidade de ordenação do sistema jurídico como um todo. A interpretação das normas constitucionais, no entanto, requer método distinto, e esta outra metodologia também é fundamental para que se tracem as premissas de uma constitucionalização do Direito Civil: não é possível a re-apreciação das normas privadas sem que se imponha uma interpretação principiológica do Direito. Por conseguinte, a existência de leis que fogem à ideologia novecentista, aliadas à renovação da metodologia de aplicação do Direito Civil e Constitucional, são passos necessários para a aludida constitucionalização.

3. PRINCÍPIOS E DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Também como premissa necessária, é vital a reconstrução de uma noção de sistema no Direito Civil. Como deixar de aplicar um artigo de uma Lei, validamente, sem que se entenda que a atividade desempenhada é propriamente *contra legem*?

Para tanto, para que tais operações sejam desempenhadas validamente, é necessário que o sistema jurídico seja concebido como um sistema de princípios (NEVES, 2002). O autor, em seu texto, afirma que existe um papel central para a Teoria dos Princípios no Direito Civil-Constitucional. Ao referir à Constituição, TEPEDINO e PERLINGERI referem também aos princípios, posto que toda interpretação constitucional é, por natureza, principiológica. NEVES (2002).

Além disto, o pensamento principiológico é fundamental para que se proceda a funcionalização dos institutos jurídicos, premissa inicial do método civil-constitucional. Mas como se dá esse fenômeno? NEVES (2002) cita o pensamento de CANARIS, autor alemão famoso por sua obra “O Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito”. Nessa obra, defende o autor alemão a idéia de que o sistema jurídico, para que se mantenha sua unidade e ordenação, deve ser obrigatoriamente entendido como um conjunto de princípios.

Para NEVES, (2002), os princípios são normas jurídicas com características especiais, a saber: - abstração - os princípios jurídicos são mais abstratos do que o das regras de direito; - as regras, por serem mais determinadas, comportam aplicação direta, enquanto os princípios, porque formulados de maneira vaga e indeterminada, dependem da mediação concretizadora dos legisladores e dos juízes, ou seja, têm estrutura de cláusula geral, destacando-se a ausência de conseqüente pré-fixado na norma jurídica; - papel estruturante do sistema de fontes do direito: - os princípios, pela sua natureza e finalidade, são as normas mais importantes do sistema jurídico; - conteúdo valorativo- não há princípios meramente formais ou funcionais, sempre os referidos vinculam valores centrais e caros ao ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade das regras.

Deste modo, a concepção do direito como um sistema de princípios possibilita a filtragem válida do ordenamento, podendo-se, em uma dada situação, entender um dispositivo infraconstitucional como contrário aos princípios, deixando-se de aplicá-lo.

Por exemplo, seria perfeitamente admissível, em homenagem ao princípio de proteção do direito à moradia, que, diferentemente do decidido em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 407.688 que se mantivesse o entendimento inicial, e, compatibilizando-se a Lei 8009/90 com a Constituição da República, reconhece-se a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, afastando-se a exceção prevista no art. 3º da citada lei ordinária.

4. RELAÇÕES EXISTENCIAIS E PATRIMONIAIS

Passa-se à pergunta mais difícil: traçadas as premissas, constitucionalizar o quê e para quê? A Constituição de 1988 consagra uma pletera de valores, sendo, muitas vezes, contraditória, em razão da própria experiência política da qual se originou o seu texto. Consagra a dignidade da pessoa humana, mas também a livre iniciativa. Protege a propriedade, mas determina que a mesma cumpra sua função social. O que privilegiar? Como proceder?

A constitucionalização do Direito Civil ampara-se, como visto, na dicotomia entre constituições sociais e códigos liberais, e dependeu, metodologicamente, do esvaziamento do papel “constitucional” do Código Civil, que passa a ser uma lei importante, mas como as demais, e também da evolução metodológica do Direito Constitucional.

Pois bem: dentro destas premissas, só há sentido em se imaginar uma constitucionalização do Direito Privado que reconheça um papel central do social. Daí que constitucionalizar o Direito Civil não é apenas reconhecer a força normativa da Constituição,

nem sua superioridade hierárquica: é, principalmente, reconhecer o caráter social da Constituição de 1988, pois nisto é a mesma dissonante em relação ao Código Civil.

Deve-se constitucionalizar, portanto, para beneficiar a pessoa humana e os interesses da sociedade, hierarquizando as relações existenciais e patrimoniais, com privilégio às primeiras.

Por exemplo: na apreciação das normas do Código Civil relativas à união estável, sempre se deve ter em conta as normas constitucionais que determinam a proteção da família, de modo que qualquer interpretação que leve à negação ou diminuição da importância e/ou dignidade deste tipo de família deve ser excluída.

E mais: se houver conflito entre situações existenciais e patrimoniais, atendem-se as primeiras, diante no caso concreto. PELINGIERI (2008). Em duas situações, especialmente, tais conflitos têm sido solucionados por meio deste caminho: na aplicação do princípio da função social da propriedade, e no da função social do contrato.

5. UMA “OUTRA” CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Por outro lado, as premissas acima não são as únicas possíveis quando se imagina uma virada “constitucional” do Direito Civil. É perfeitamente possível imaginar a legislação reproduzindo e plasmando o ideário trazido pela Constituição de 1988, e servindo ela, diretamente, como meio de concretização desses ideais.

Reconhecer-se-ia, como resultado, que a centralidade constitucional é situação transitória, fruto da aludida crise causada pelo conflito entre código liberal e constituição social. Uma vez resolvido o impasse com a adoção de um novo Código Civil, que se pautasse pelas mesmas premissas, a filtragem seria desnecessária, sendo reservada para momentos mais específicos.

Deste modo, se no pensamento de TEPEDINO (2008) é possível reconhecer um viés crítico em relação ao Código Civil de 2002, muito causado, é verdade, pelas idas e vindas decorrentes de sua turbulenta elaboração, sendo certo que continua o autor se apegando às idéias de PERLINGIERI (2008), e afirmando a centralidade da Constituição, também é possível reconhecer o segundo modo de pensar, especialmente nos autores de matriz realiana, como COSTA e BRANCO (2002), que, amparados em REALE, entendem ser o Código Civil de 2002 veiculador do ideário social, e nova *tabula rasa* para os aludidos valores, *in verbis*: “Mediante o recurso à função social instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos "objetivos fundamentais da República.”

Esta outra visão é também aceção possível da constitucionalização do Direito Civil: o pensamento civil-constitucional, de matriz perlingeriana, resulta em uma constitucionalização direta. O pensamento realiano, numa constitucionalização indireta. Na prática, tais visões em muito se aproximam, mas as diferenças existem: ao reconhecer no Código Civil uma “identidade constitucional”, fruto da afirmação dos três postulados realianos (operatividade, socialidade, eticidade), relega-se a segundo plano sua filtragem constitucional. Confia-se no Código Civil, ao menos em princípio.

No pensamento de TEPEDINO (2008) continua-se o eterno questionamento do conteúdo das Leis, quaisquer que sejam elas, inclusive o Código Civil, no qual não se reconhece nenhuma marca indelével, nenhuma identidade especial. A atividade de cotejo é mais intensa e mais crítica.

6. EFEITOS PRINCIPAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade sempre foi entendida como um direito de relevância especial. Este viés não escapou ao constituinte, que definiu *a priori* um conteúdo constitucional para a propriedade, que orienta todo o conjunto de normas atinentes ao referido direito, ocupando-se a Constituição da República de determinar que a propriedade atenderá sua função social, como previsto no art. 5º, XXIII.

Função porque a propriedade passa, a partir deste momento, a não ser mais um direito vazio, mas uma situação patrimonial apenas passível de proteção enquanto exercer um dado papel no ordenamento. Este papel é tomado em conta não individualmente, mas socialmente, daí a menção ao termo social. A propriedade de cada um está, em termos de titularidade, associada ao sujeito não por conta da utilidade que cada um dá à coisa (que não é relegada nem desimportante, mas que não serve de parâmetro central para esta regulação), mas tendo em vista a utilidade que a sociedade obtém de benefício a cada titularidade associada. Estes conteúdos podem ganhar várias concreções.

Qual seria a natureza da função social? TEPEDINO (2000), todavia, entende que este princípio permeia todo o Direito Civil, porquanto diante das colocações acima não se possa conceber propriedade sem que haja atendimento a uma série de interesses não-proprietários, que em muitos casos não se ampararão na micro-constituição econômica, mas em outros paradigmas perfilados pela Constituição da República (em especial, situações subjetivas existenciais: intimidade, liberdade, integridade, dignidade, etc.). Sendo princípio, norma jurídica de redação sintética e de aplicação e cogência variáveis, poderá a função social da propriedade admitir inúmeras concreções, cada uma com sua característica distintiva.

Tal princípio, verifica-se do texto de TEPEDINO (2000), poderia ter duas acepções básicas. A mais simples de se admitir seria que de tal funcionalização surgiriam limitações para o proprietário: a pergunta não seria apenas quem é o proprietário, mas também como a propriedade é exercida. Não se trata de mera absorção da idéia de abuso de direito – é muito

mais do que isso, é admitir que a propriedade, em especial a fundiária, deve ser exercitada não apenas sem que haja abuso, mas de modo que seu uso se reverta beneficemente para todos os atores da sociedade. Neste sentido a decisão que determinou que hospital suportasse a presença de profissional estranho aos seus quadros, de modo a dar cumprimento à função social da propriedade.

Assim, no Recurso Especial 27.039, julgado em 7 de fevereiro de 1994, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Resolução nº 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina, que possibilita que um médico, que não pertença aos quadros de uma determinada instituição hospitalar, lá entre, permaneça e assista seus pacientes. A instituição hospitalar alegou que pode limitar a permanência de pessoas em prédio de sua propriedade. No entanto, o Tribunal corretamente entendeu que esta propriedade deve atender a sua função social, e que, neste caso, tal limitação seria impossível, uma vez ferir os interesses existenciais dos pacientes e a liberdade de exercício profissional.

Em outros casos, é possível a ponderação entre interesse público e privado, afastando-se o segundo, em homenagem à função social da propriedade, como decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível 2009.002.32477, Relator Desembargador Antônio Saldanha Palheiro. Neste caso, determinou-se a imediata reforma de uma marquise, uma vez que a referida ameaçava desabar. Contra o fato insurgiu-se farmácia que funcionava no imóvel, que alegou perda de faturamento e fuga de clientela. Na decisão, os magistrados entenderam que deveria prevalecer a “função social da propriedade, que justifica a realização imediata da obra. interesse social e coletivo que deve sobrepor à mitigação da propaganda da pessoa jurídica.”

Outra questão mais palpitante é a admissão de uma tutela para um interesse não-proprietário, ou seja, seria ele alguém que daria função social à posse que tem sobre coisa alheia, e, apenas indiretamente, atenderia a função social da propriedade?

Assevere-se que a construção de um discurso sobre o interesse não proprietário vem alcançando grande projeção nas letras jurídicas nacionais e fluminenses: além dos trabalhos de TEPEDINO, dois textos elaborados por TORRES (2007) merecem destaque: sua tese de doutorado e recente texto em parceria com MOTA (2009). Ambos os textos consagram uma visão protetiva do interesse não proprietário, tutelando-se a posse que atende à função social, em detrimento da propriedade que não a atende.

Explica o autor (2007) que a tutela do interesse não proprietário atende a vários princípios, que a fundamentariam, em especial à ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade da propriedade; ao reconhecimento de que princípio de maior densidade e peso é o da dignidade da pessoa humana e, portanto, que informa que meio deve ser escolhido como adequado à sua concretização atendendo ao juízo de ponderação; à opção a ser feita no caso de haver alguma dúvida sobre qual o interesse a prevalecer, ou seja, aquele que atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana; à não-supressão do direito de propriedade, mas à sua compressão, característica que lhe é peculiar pela elasticidade que lhe é inerente; na prevalência da posse funcionalizada sobre a propriedade desfuncionalizada, pela exclusão da proteção possessória e reivindicatória, que passam a ser negadas ao proprietário que não dá função social ao bem.

Também neste mesmo sentido, observam-se tendências jurisprudenciais relevantes. Em alguns estados da Federação, o pensamento acima se encontra bastante cristalizado nos julgados. O destaque maior, todavia, deve ser dado a relevante decisão do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi julgada a questão da invasão que resultou na favela do Pulmann, em São Paulo (Recurso Especial nº 75.659, Relator Ministro Aldir Passarinho).

No caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o perecimento do direito de propriedade daqueles que não davam função social para o bem. Por outro lado, chancelou a situação dos

invasores que lá permaneciam, dando eles função social por meio da moradia. O fato de serem invasores não foi utilizado como fundamento da decisão prolatada, e sim a atividade dos não-proprietários e a contrastante inatividade dos titulares de direito, mas que haviam do ponto de vista fático se omitido. Afirmou o Ministro Relator que ocorreu “a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística”. Reconheceu, portanto, o surgimento de uma nova titularidade, de um interesse não-proprietário plenamente tutelável.

Por conseguinte, a densificação do princípio da função social da propriedade resulta em uma dupla consequência: deve o proprietário se utilizar do bem de modo adequado, cumprindo a função social – e o não uso, eventualmente, será coibido, em especial com a tutela do interesse não-proprietário.

Daí porque discorda-se da decisão do Supremo Tribunal Federal, que desconsiderou tais premissas e, em razão do atendimento de uma eventual “autonomia privada”, não reconheceu a necessidade de tutela do interesse do fiador, que em especial preenche a função social da propriedade por meio de sua moradia. Como atender o interesse do credor, e desconsiderar a função social da propriedade? Em tal decisão (Recurso Extraordinário 407.688), em especial no voto do Ministro Gilmar Mendes, assentou-se a visão de que a tutela na moradia pode e deve ceder diante do prestígio à autonomia privada, desconsiderando-se a verdadeira questão: não se deve privilegiar um direito à moradia (a saber, o do locatário) em desprestígio ao direito à moradia do fiador.

Faz-se aqui um parêntese: admitida no art. 6º da Constituição da República com a publicação da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, a proteção à moradia passou a causar sérias dúvidas doutrinárias, quer em razão de sua possível extensão, quer em razão da eficácia e sindicabilidade do decorrente direito. A sindicabilidade de tal direito e ainda de outros, de ordem constitucional, é complexa, não admitindo respostas prontas. No entanto, a moradia

constitui posse qualificada pela função social da propriedade, merecedora de tutela especial no ordenamento jurídico brasileiro. Por isto, a discordância perante o decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal.

7. EFEITOS PRINCIPAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Também no campo do contrato, a socialidade própria do novo Código Civil se manifesta de modo explícito. Assim, como preconizado pelo art. 421, a liberdade de contratar será exercida em conformidade com a função social. Tal assertiva, decerto, tem despertado grandes polêmicas quanto ao seu alcance e significado, é certo que, mesmo em manifestações doutrinárias mais antigas, anteriores ao Código Civil de 2002, deve-se frisar a inclinação da doutrina brasileira em reconhecer a necessidade de funcionalizar o contrato, para que fosse atendida a perspectiva social dos autores do projeto de Código Civil.

Desde o momento mais inicial, a doutrina brasileira identificou a aludida idéia com a extensão dos limites dos efeitos do contrato diante de terceiros, estendendo-se tal visão para outras conclusões a serem extraídas do princípio, tais como a conservação do contrato e o paradigma da essencialidade. Num primeiro momento, todavia, a concepção era apenas essa, de que a função social do contrato causaria uma oponibilidade dos pactos perante terceiros. NEGREIROS (2002).

Por oponibilidade pode-se entender a possibilidade de aplicação dos efeitos dos contratos para além do interesse ou responsabilidade *inter partes*, entre os contratantes, ou que tenham formalizado vínculo, ainda que não seja parte, com uma determinada relação contratual. Assim, rompe-se o modelo de que o contrato apenas vincula as partes que emitiram a vontade essencial para a sua formação, projetando a citada relação efeitos diante

de terceiros. Desse modo, mais do que um princípio-fim, seria um princípio-meio, uma vez que importaria na projeção dos efeitos dos demais princípios diante de um espectro maior de sujeitos, fundada sobremaneira na relativização do dogma da autonomia da vontade, fundamento maior da relatividade dos efeitos do contrato. NEGREIROS (2002).

Decerto que têm sido impostas exigências, não de todo desarrazoadas, para que um determinado conteúdo contratual seja oponível diante de terceiros. NEGREIROS (2002), por exemplo, não adota posição mais conclusiva, embora não prescindia de afirmar que em cada caso, de acordo com o papel que se dê ou não ao voluntarismo naquela situação, serão maiores ou menores os requisitos para a responsabilização do terceiro. Em um contrato de consumo, os requisitos serão menores; em uma relação puramente empresarial, serão maiores. Tais proposições, todavia, são incapazes de responder a questionamentos que naturalmente surgem, pois tal responsabilidade deve ter, idealmente, alguma espécie de balizamento.

SANTOS JUNIOR (2003) traz um requisito que parece chave para que se possa prosseguir: o conhecimento, reputado ou presumido. Não seria justo nem razoável que um terceiro pudesse ser responsabilizado por lesar contrato do qual não soubesse ou tivesse dever de saber. Assim, lembra-se o exemplo famoso de Zeca Pagodinho: seria possível a responsabilização da segunda cervejaria, porque sabia ou deveria saber. Por outro lado, um contratante, situado em outro local do globo, que desconhecesse o mercado brasileiro, não teria que conhecer tal avença, e não se poderia opor a ele o contrato.

Deve ainda ser abordada a questão do paradigma da essencialidade. Do ponto de vista estrutural, a aplicação do princípio da função social do contrato implica na revisão do conteúdo interno do contrato, além de expandir seus horizontes externos. Para tanto, invoca-se a idéia de que o contrato deve ser interpretado e retificado contemplando-se a parte que, por meio dele, atinge interesse mais tendente à promoção da dignidade da pessoa humana.

Esclarece NEGREIROS (2008): “Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável - assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão”. Logo, no bojo das relações contratuais, passa a existir ao menos a potencialidade de ponderação.

Por conseguinte, a aplicação do princípio da função social do contrato tem essas duas principais conseqüências: a admissão da oponibilidade e o paradigma da essencialidade. Como exemplo da primeira, a decisão abaixo, no qual se admitiu a oponibilidade do contrato “de gaveta” firmado por terceiro, que buscava obter a transferência do financiamento diante da instituição financeira, com quem não contratou.

A situação do financiamento imobiliário no Brasil tem melhorado a olhos vistos. Conquanto, durante os vários anos que se seguiram de instabilidade econômica, era escassa a oferta de crédito para aqueles que quisessem adquirir um imóvel próprio. Tal situação resultou no surgimento de uma enxurrada de contratos “de gaveta”, que consistiam, em verdade, em cessões de financiamentos originais, sempre realizadas sem que se cientificasse a instituição financeira. Tal possibilidade era franqueada pela validade reconhecida da cessão de compromisso de compra e venda, nos termos do Decreto-Lei 58/37, que desde então autoriza que esta se realize sem que haja autorização expressa do promitente vendedor.

No entanto, não se pode olvidar que o reconhecimento da validade de tais cessões de certo modo viola os interesses do promitente vendedor, e mais ainda, da instituição financeira, pois é certo que o crédito é concedido tendo em vista as circunstâncias pessoais do tomador.

Ponderando tais interesses, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de que tal cessão seja regularizada, pois a obrigatoriedade do contrato originário poderia ser mitigada, em homenagem ao princípio da função social dos contratos. Além disso, aplicando o paradigma da boa-fé objetiva, concluiu no sentido de que o Código Civil de 2002 inverteu

os valores e sobrepõe o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Logo, “hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.” (STJ, REsp 857548, Rel. Ministro LUIZ FUX). Trata-se de instigante utilização do princípio da função social dos contratos.

Como exemplo de aplicação da segunda teoria, há decisões que estendem coberturas não contratadas a usuários de planos de saúde, que necessitam de determinadas coberturas, com vistas à garantia de sua dignidade. Faz-se a ponderação proposta por NEGREIROS, optando pela defesa dos interesses do segurado, que depende do plano de saúde para a manutenção de sua vida.

Nos Embargos Infringentes 2009.005.00153, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que a negativa no fornecimento de material radioativo para a realização de procedimento médico, sob o argumento de que este não está expressamente previsto no contrato, deve ser afastada, pois tais contratos devem ser interpretados de modo mais vantajoso ao consumidor.

A função social do contrato, neste caso, permite que seja estendida ao consumidor cobertura não-contratada, operando assim uma redistribuição dos riscos, bem como uma modificação do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, decorrente da “abusividade da cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e a equidade.”

Da admissão da função social do contrato, portanto, resultam estas conseqüências, que reputamos as mais importantes.

8. EFEITOS PRINCIPAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A família, define o art. 226 da Constituição da República, é a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado. Mas como compreender as relações familiares? A família está restrita à tipologia prevista no citado art. 226, ou admite outros modelos, outras perspectivas?

DIAS (2008) e outros autores vêm capitaneando importante corrente de pensamento, no sentido de que as relações familiares, no sistema constitucional brasileiro, fundam-se no afeto, que seria traço distintivo das mesmas. Em suas palavras, “a família é um agrupamento cultural. Dispõe de uma estrutura na qual cada um ocupa um lugar, possui uma função. É a preservação do lar no seu aspecto mais significativo: afeto e respeito.”

Deste modo, em circunstâncias tais nas quais fosse possível identificar o afeto, estaria em conjunto e presente a família, podendo ser estendidas as especiais proteções existentes para esta célula social.

O modelo civil-constitucional que permitiu a revisão do conteúdo e dos efeitos dos contratos e da propriedade, também servirá, indubitavelmente, para que se estendam as proteções familiares para circunstâncias nas quais, *ab initio*, uma instância conservadora seria incapaz de reconhecer traços familiares. Por exemplo, no âmbito das relações homoafetivas. Algumas decisões pioneiras lhes reconheciam tutela, como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, REsp 238715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros.

Reconheceu tal decisão que a relação homoafetiva gera direitos e deve permitir a inclusão de “companheiro” como dependente no plano de saúde. Não se tratou de reconhecimento direto do caráter “familiar” deste tipo de relação, mas apenas da extensão de um efeito decorrente.

Todavia, ainda a maior parte das decisões ainda recalitra. Importante a admissão recente pelo Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, da existência de relações familiares homoafetivas, no Recurso Especial nº 820475, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Novamente, não se tratou de uma admissão direta da existência de família homoafetiva, mas sim do reconhecimento de que ao menos tal pedido deve ser conhecido e apreciado pelo magistrado da Vara de Família.

Os Ministros ao menos reconheceram que não há vedação legal para o reconhecimento de tal tipo de relação, pois os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, “desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres.” O legislador, disseram os Ministros, poderia ter proibido tal união, mas não o fez.

Se, em razão do disposto no art. 226 da Constituição da República, é possível correlacionar família e dignidade, como não admitir as uniões homoafetivas, como vem acenando o Superior Tribunal de Justiça?

Outra questão de mesmo jaez diz respeito à admissão de famílias simultâneas, ou seja, que existam ao mesmo tempo, duas entidades familiares horizontais compartilhando um mesmo indivíduo (normalmente o varão, mas não necessariamente ele). O Código Civil, no art. 1723, §1º, determina que apenas no caso de não-incidência dos impedimentos matrimoniais deve ser reconhecido o direito à constituição da união estável. No entanto, a própria redação do art. 1727 possibilita que se reconheça na família simultânea não uma modalidade de união estável, mas outra forma de família, capaz de ter uma caracterização e uma proteção próprias.

Tal admissão foi, infelizmente, rechaçada em julgamento recente, no Supremo Tribunal Federal. Entendeu o Tribunal que a pensão por morte que pensão de fiscal de rendas

deveria ser concedida apenas para sua esposa, que não poderia ser dividida entre a viúva e a mulher com quem manteve concubinato durante 37 anos. O Tribunal local determinou o rateio da pensão entre as duas mulheres, por considerar que havia paralelismo entre o casamento do fiscal e a união que mantinha.. Com a concubina teve onze filhos e com a esposa, nove.

O relator da ação, Ministro Marco Aurélio Mello, afirmou em seu voto que a Constituição Federal, no parágrafo 3º do artigo 226, diz que a família é reconhecida como a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Para o ministro, a união entre os concubinos não pode ser considerada estável. O relator lembrou que o artigo 1727 do Código Civil prevê que relações não eventuais entre o homem e a mulher – impedidos de casar - constituem concubinato. Segundo o voto, "a relação entre Valdemar e Joana não se iguala à união estável, e por isso não está coberta pela garantia dada pela Constituição Federal". Foi acompanhado pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Ricardo Lewandowski.

Em voto isolado, o Ministro Carlos Ayres Britto votou para manter a decisão do tribunal local. Segundo seu voto, "ao proteger a família, a maternidade e a infância, a Constituição Federal, em diversos artigos, não faz distinção quanto a casais formais – que ele chamou de 'papel passado' - e os casais impedidos de contrair matrimônio."

Ele negou provimento ao recurso do Estado, por entender que as duas mulheres tiveram a mesma perda, e estariam sofrendo as mesmas conseqüências sentimentais e financeiras. Tal polêmica se deu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 397762. Deveria ter prevalecido a visão do voto vencido, mais consentânea com a proteção da pessoa.

9. EFEITOS PRINCIPAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A BOA-FÉ.

A boa-fé tem, como defendido por NEGREIROS (1998), tem também fundamentação constitucional, que pode ser mesmo constatada através de uma argumentação *ad absurdum*. É virtualmente impossível imaginar um ordenamento jurídico que tutele a pessoa desconsiderando a proteção da boa-fé. Logo, é da essencialidade da cláusula de tutela da pessoa humana a boa-fé, que passa a ser um de seus componentes.

A boa-fé pode ser entendida em dois prismas, um objetivo e outro subjetivo: a boa-fé subjetiva coincide precisamente com o conceito decorrente do senso comum, qual seja, que cada um deve agir honestamente, manifestando intenções lícitas. Este agir bem-intencionado, entretanto, em muitos casos é totalmente insuficiente para que se controle o conteúdo das relações contratuais, de modo a que se proteja a pessoa e se afirmem os valores cristalizados na Constituição da República.

Para tanto, a boa-fé deverá ser tomada também em seu aspecto objetivo, que não se confunde com a perquirição das intenções das partes contratantes, nem da dos participantes de um determinado negócio ou relação. A boa-fé objetiva será a exigência de comportamento leal. Intenções e comportamento, evidentemente, não se confundem, sendo certo que há inúmeras circunstâncias nas quais as intenções e o comportamento não são coincidentes. Num exemplo bastante simplório, podemos imaginar a seguinte situação: um lojista remarca o preço de uma mercadoria, mas esquece de indicar esta alteração na prateleira onde a mesma se localiza. O adquirente pega a mercadoria na prateleira e rumo em direção ao caixa. Lá chegando, é informado pelo lojista que ele remarcou a mercadoria, e que o preço não é mais aquele.

Não se pode, em tal situação, afirmar *a priori* que o lojista esteja mal intencionado, e que tivesse o objetivo explícito de ludibriar os compradores. Mas diante do imperativo da

boa-fé objetiva, suas intenções passam a ser irrelevantes: a previsibilidade e a lealdade indicam que o preço marcado é o correto, não importando mais quais seriam as intenções do lojista no campo puramente especulativo. Resolve-se também, por meio de tal impositividade, o problema muitas vezes insolúvel, consistente em determinar quais as reais intenções dos contratantes, em um plano puramente ideal.

MARTINS-COSTA (2000) identifica três funções a serem desempenhadas pela boa-fé objetiva. Em primeiro lugar, a boa-fé seria um índice de interpretação do conteúdo dos contratos, permitindo que os comportamentos dos contratantes, cotejados com os *standards* comportamentais sociais, possam ser tomados como fonte válida de conteúdo normativo para os contratos. Em contratos atípicos, como o *shopping center*, tal assertiva permitirá o preenchimento pelo intérprete de relevante lacuna normativa, e, através da utilização de elementos metajurídicos, oriundos das relações mercadológicas, poderá este mesmo intérprete preencher o conteúdo dos contratos, que não tenha sido minudenciado pelo legislador ordinário.

A boa-fé também seria fonte de direitos para aqueles que a invocassem. Se um determinado fornecedor, em uma relação de consumo, confere gratuitamente um direito a um consumidor, depois não pode retirar tal direito, mesmo que mediante a afirmação de que tal prerrogativa foi concedida por engano. Tal exemplo é ilustrativo deste segundo papel: a boa-fé como fonte de direitos subjetivos.

Por fim, uma terceira função pode ser atribuída à boa-fé: ela vincula os contratantes, dando azo ao surgimento de deveres jurídicos dotados de sindicabilidade.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva, positivado no art. 422 do Código Civil opera inúmeras consequências, dentre as quais destacaremos algumas. Em primeiro lugar, a boa-fé projeta seus efeitos para os momentos anterior e posterior da existência contratual, aos quais chamaremos de fase pré-contratual e pós-contratual.

Desta feita, a conduta do contratante, na fase pré-contratual, das tratativas, será relevante tanto para a interpretação do contrato, quanto para a determinação de seu conteúdo. Em uma situação de vendas periódicas, estas vinculariam o comprador, como no famoso “caso dos tomates”, julgado em inúmeros acórdãos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul? A resposta é afirmativa. Em sucessivas safras, os plantadores de tomate do Rio Grande do Sul semearam e colheram frutos com características específicas, que atenderiam a demanda por tomates para a preparação de molho pela empresa CICA. Em uma determinada safra, o preço dos tomates tornou-se mais atrativo na Argentina. A empresa decidiu, então, não adquirir os tomates dos plantadores do Rio Grande do Sul, causando grandes prejuízos, em especial por se tratarem de tomates próprios para molho, e não para salada.

Entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a conduta reiterada da CICA era suficiente para que se inferisse que, de acordo com a boa-fé objetiva, seria razoável prever que nos anos subseqüentes ela compraria a safra. Agravando tal comportamento, com frequência a empresa fornecia sementes.

A boa-fé pode ser também identificada no momento subsequente à execução do contrato. Deveres como a garantia e a informação devem ser cumpridos, mesmo que adimplida a prestação contratual em sua totalidade.

Outra conclusão a qual se chega, adotando-se o princípio da boa-fé objetiva, é que além da prestação principal, existem, para os contratantes, deveres anexos ou laterais, que derivam diretamente do imperativo comportamental da boa-fé. Tal lista de deveres é exemplificativa, mas pode-se apontar, com facilidade, os deveres de segurança, cooperação, proteção, informação, lealdade, garantia, e tantos outros que compõem o conjunto de expectativas legítimas dos contratantes.

Por conseguinte, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 279273, Relatora Ministra Nancy Andrighi, que apesar de, no caso concreto, o *shopping center* nada cobrar pelo estacionamento do automóvel do usuário, deve, em razão da lealdade que norteia as relações de consumo, arcar com os danos decorrentes de furto ou dano ao veículo. Com efeito, não se contrata com o *shopping center*, especificamente, estacionamento de veículos. Trata-se de um acessório à frequência e às compras. Mas a lealdade surge como fonte do dever anexo, de sorte que seria absurdo imaginar um centro comercial dotado de estacionamento que não garantisse aos frequentadores nenhuma segurança.

Outro resultado relevante diz respeito à admissão de quatro figuras derivadas da boa-fé, que servem de controle aos comportamentos dos contratantes: a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque* e a proibição ao comportamento contraditório.

Como *supressio* entende-se o perecimento de um direito em razão do não-uso, em decorrência da boa-fé. Se alguém não se vale de uma prerrogativa, de modo a causar impressão concludente na outra parte contratante de que não mais dela se utilizará, é razoável supor que, em homenagem à lealdade, seja possível obstaculizar validamente o exercício do direito. Se um contratante, por exemplo, não reajusta uma prestação anual em vários anos seguidos, é considerado desleal e violador da boa-fé fazê-lo cumulativamente.

Na *surrectio*, surge uma faculdade em razão do comportamento reiterado. Deste modo, se algum contratante presta serviço não previamente avençado inúmeras vezes (como, por exemplo, manutenção), passa a ser exigível tal serviço. A lealdade assim impõe, e o comportamento concludente do contratante justifica o surgimento do dever jurídico decorrente da boa-fé.

Como *tu quoque* pode-se entender a hipótese na qual o contratante age de modo desleal, mas afirma que o outro é que o fez. Afirma existir uma deslealdade alheia, mas que é própria.

E, por fim, existe a proibição ao comportamento contraditório, na qual é negada eficácia a comportamento praticado por contratante, sem que o mesmo seja propriamente inválido ou ilegal. Apenas o segundo comportamento, dentro do parâmetro de lealdade estrita, é incompatível com o primeiro.

Deste modo, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois diz, em juízo, que expressamente admite a existência e validade do contrato, não pode negar, posteriormente, que o contrato inexistente e não a vincula, conforme decidido no Recurso Especial nº 95539.

Por todo o exposto, a proteção da boa-fé é central para a implementação de um novo paradigma para o Direito Civil, e para a afirmação de uma ordem Civil-Constitucional.

CONCLUSÃO

O Direito Civil Constitucional é método de interpretação do direito privado que exige constante reapreciação da atividade do aplicador do Direito. Se o que se pretende é a afirmação constante dos interesses existenciais e a efetivação das garantias constitucionais no âmbito das relações privadas, toda a maneira de se relacionar com a legislação deve ser diferenciada.

Como resultado, a aplicação principiológica e a constitucionalização do Direito Civil andam de mãos dadas, sendo impossível a implementação do segundo objetivo sem o recurso da primeira metodologia. Não é possível, por meio da mera subsunção do fato à norma, obter maior otimização da aplicação dos preceitos constitucionais. Deve ser interpretada a Constituição enquanto Constituição, qual seja, com os métodos considerados adequados pelo Direito Constitucional.

Em razão disto, os quatro exemplos selecionados representam uma feliz conjunção entre a adoção da prevalência dos interesses existenciais, com a metodologia principiológica, que demanda sempre a ponderação dos interesses envolvidos.

A Constituição projeta-se sobre a família, ampliando os horizontes da proteção da pessoa; projeta-se sobre os contratos, fazendo a imposição de valores como a lealdade e a função social do contrato; e projeta-se sobre a propriedade, que deve ser utilizada em benefício da coletividade.

Não há volta neste caminho, devendo-se apenas atentar para esta dupla necessidade: cuidado metodológico e apreço aos valores constitucionais, de modo a compatibilizar e afirmar, na vida privada, os valores mais caros à refundação da República Brasileira.

REFERÊNCIAS

CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889>.

Acesso em 1.mar.2010.

MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino (org). *Transformações do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os Princípios entre a Teoria Geral do Direito e o Direito Civil Constitucional*. In RAMOS, Carmen Lúcia Oliveira e outros (org.) *Diálogos sobre Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998.

SANTOS JUNIOR, E. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Para uma Constitucionalização do Direito Civil*, em *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (org). *Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Posse e a Propriedade: um Confronto em torno da Função Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.