A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A DEGENERAÇÃO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA.

Lucas Trompieri Rodrigues¹

SUMÁRIO:

1. Consideração iniciais; 2. A constitucionalização do direito privado; 3. As cláusulas gerais e os princípios; 4. A constitucionalização excessiva; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO:

Estudos se desenvolvem a respeito da aplicabilidade de cláusulas gerais e princípios por magistrados, sendo a discussão relevante para o desenvolvimento deste artigo que abordará a constitucionalização do Direito Privado e, por conseguinte, a aplicabilidade de princípios, cláusulas gerais e valores constitucionais em toda a ordem jurídica, inclusive em face da seara privatista. Instrumentos típicos da área constitucional passam a ser utilizados no direito privado para respeito à unidade do sistema jurídico. Mas cabe trazer posição crítica ao movimento, no sentido de moderação, dilema que envolve decisões judiciais que podem se desprender do contexto fático a ser analisado. Poder-se-ia amparar irracionalidades ou arbítrios, em processos hermenêuticos baseados em normas de baixa densidade, mesmo que de patamar constitucional, aptos a cercear indevidamente a autonomia de indivíduos.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado; Primazia constitucional; Arbítrio; Autonomia individual.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE DEGENERATION INTO AN EXCESSIVE CONSTITUTIONALIZATION

ABSTRACT:

Studies are underway regarding the applicability of general clauses and principles by magistrates, and the relevant discussion for the development of this article will address the constitutionalization of Private Law and, therefore, the applicability of principles, general clauses and constitutional values in all order, including in the private area. Typical constitutional instruments are now used in private law to respect the unity of the legal system. But it is important to bring a critical position to the movement, in the sense of moderation, a dilemma that involves judicial decisions that can be detached from the factual context to be analyzed. Irrationalities or arbitrariness could be supported in hermeneutic processes based

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF. Advogado. Professor Universitário. E-mail: Lucastrompieri@gmail.com.

on low density norms, even if constitutional, capable of unduly restricting the autonomy of individuals.

Keywords: *Constitutionalisation of private law; Constitutional primacy; Discretion; Individual autonomy.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A autonomia da vontade, dentro do Direito Privado, assume o patamar de demonstração da liberdade da pessoa humana, o que ocorre, tradicionalmente, por meio de contratos. Com a constitucionalização do Direito há a prevalência da normatividade constitucional na ordem jurídica. O campo das relações privadas, por exemplo, que não era abarcado de forma tão decisiva pela Constituição, em período anterior ao fenômeno, passa a sofrer sua influência direta.

A legislação ordinária, em especial o Código Civil, costumava ser a linha mestra, o caminho da disciplina privatista. Trata-se de marco do Estado Liberal. Com o Estado Social, a Constituição avança perante a ordem civil, disciplina economia, mercado, o âmbito trabalhista etc. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “o Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais”².

No entanto, o advento do Estado Social, por si, ainda não garantia o primado da Constituição. Argumentos no sentido da ausência de eficácia imediata da normatividade constitucional eram postos, nada mais do que uma negação do valor jurídico dos enunciados por dependência desse conjunto normativo constitucional a um trabalho legiferante do legislador ordinário. Nos termos da doutrina, pode-se nomear tal interpretação como a eficácia indireta do texto maior quanto à vinculação aos seus comandos, haveria a necessidade de normas infraconstitucionais para concreta aplicabilidade³.

O abandono da mencionada ótica ocorre com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com suas cláusulas gerais e princípios, o nascimento de um “sentimento constitucional”. A Constituição como norte de todo o Direito. Então, o Direito

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 junho 2019.

³ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

Privado se reestrutura com base em valores constitucionais, em especial a solidariedade e a dignidade.

Abordar-se-á esse primado da Constituição perante o Direito Privado. O que ocorre com o reconhecimento da força normativa vinculante da Constituição. A escolha do tema se relaciona ao fato de que a constitucionalização do Direito Privado permite discussões sobre a relação que se estabelece entre a Constituição e a ordem privada, de modo a considerar, por exemplo, a aplicabilidade de princípios constitucionais em relações privadas e sua relevância, bem como possibilita a exposição de posição crítica delineada sobre a alcunha do constitucionalismo excessivo, expressão adotada por Luís Roberto Barroso, que representa um âmbito de indevida limitação da autonomia privada dos cidadãos, processo atrelado a decisões judiciais tomadas com base em normas semanticamente abertas, distantes dos contextos fáticos levados à análise do julgador, que podem acarretar em indevidos subjetivismos, solipsismos⁴.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Apontar a Constituição como ápice e centro de uma ordem jurídica, dotada de valor jurídico, pode parecer algo comum hodiernamente, mas não é uma tese que foi sempre aceita sem percalços. A normatividade constitucional, o sentido de obrigatoriedade das disposições ali presentes, decorre de uma evolução do pensamento jurídico. Considerava-se, de início, a Constituição como conjunto de princípios políticos, dirigidos apenas aos poderes Executivo e Legislativo, que demandavam, portanto, atuação legislativa para produzir efeitos⁵.

Contudo, não é essa a posição atual. A partir de uma visão civil-constitucional, o negócio jurídico, por exemplo, não se pautará apenas em autonomia da vontade. O processo de constitucionalização leva o homem ao centro de preocupações de modo a haver respeito à dignidade humana.

⁴ “O sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. É aquele que se coloca na contramão dos *constrangimentos cotidianos*: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, ele *pensa* que pode e assim o *faz*, pois dá às palavras o sentido que quer” STRECK, Lênio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 29 jun 2019.

⁵ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.⁶

Trata-se de mudança paradigmática relevante a influir de forma expressiva em relações privadas. Em um primeiro momento, o entendimento sobre a normatividade se limitava aos direitos liberais e políticos. O que superasse essas disposições corresponderia a uma declaração política sem aptidão para vincular – normas programáticas da Constituição.

Daí a dificuldade inicial para o primado constitucional, o pensamento jurídico privatista tradicional impedia a efetiva prevalência do texto, seus princípios e valores. A inaplicabilidade pode ser vista como um marco do pensamento privatista que impedia avanços no sistema ao negar a valia direta ao texto constitucional, mas também ocorria por outros motivos, como pela indeterminação de certas normas constitucionais, bem como daquelas previsões que dependeriam de políticas públicas para concretização, independentemente de enunciados de dever ser existentes.

A Constituição, a partir do reconhecimento de real força normativa com seu núcleo duro, referente a direitos fundamentais, com normas principiológicas e cláusula gerais, deve ser observada por todos, a questão da interdisciplinaridade com outros ramos do Direito surge. Normas constitucionais, portanto, terão sempre, ao menos, uma eficácia mínima, vinculando poderes da República às suas previsões.

Conforme desenvolvimento conceitual de Luís Roberto Barroso:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares⁷.

O significado importante a reconhecer é que normas constitucionais se aplicam de forma direta a relações entre particulares. Defender o contrário é desacreditar a norma maior que possui papel de unificação da ordem jurídica. Seria o texto magno uma mera “folha de

⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

⁷ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

papel” como levantado por Ferdinand Lassale em “A essência da constituição”. A constitucionalização “para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”⁸.

No Brasil, a constitucionalização do Direito Civil, por exemplo, é um fenômeno iniciado ao final no século XX, ante necessidade de adequação do ordenamento à Constituição cidadã de 1988, marco da redemocratização. O que se relaciona filosoficamente ao pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, sem adentrar em críticas terminológicas. Novos instrumentos de controle de constitucionalidade possuem papel de relevo para o reconhecimento da força normativa, é o reconhecimento da juridicidade, do fator fundante e elemento de unidade, por consequência, uma nova interpretação constitucional se impõe.

Saliente-se que mesmo com a vigência do Código Civil de 1916 de tradição individualista e patrimonial, institutos privatistas passaram a ser analisados sob a égide da Constituição. Trata-se da Primazia de proteção jurídica a situações existenciais, ante imperatividade de normas constitucionais, fenômeno conhecido como a repersonalização do Direito Civil.

Paulo Lôbo, analisando a matéria, assevera:

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário⁹.

A constitucionalização do Direito Privado não é apenas algo necessário para a unidade do Direito. É imprescindível para guiar relações privadas para o caminho do justo, de acordo com a normatividade da Constituição¹⁰. Não significa uma mera reprodução de normas de cunho privado na CRFB. Trata-se de reconhecer a “supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”¹¹.

⁸ Idem. Ibidem. Acesso em: 21 junho 2019.

⁹ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 junho 2019.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

¹¹ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

A norma constitucional incide em relações privadas, pautando comportamentos. Seja em relação a suas regras ou a seus princípios. Rompendo a tradição clássica fechada do Direito Civil. Mesmo com o Código Civil de 2002, o processo de constitucionalização apenas continua, as bases de solidariedade da Constituição mantêm papel relevante.

Nos termos defendidos por Gustavo Tepedino, o ideário de codificação do direito remonta ao Estado Liberal onde:

“(…) uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”¹².

Cabia assim ao Código Civil definir o campo de liberdade privada dos indivíduos. Possuía o papel central na ordem jurídica. O Direito Privado servia para manutenção da situação fática-social como estava exposta, beneficiando privilegiados.

Segundo Paulo Lobo:

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance¹³.

Os institutos de destaque eram o contrato e a propriedade, como expressões de autonomia do indivíduo. Nesse modelo codificante, separar o direito público do privado era essencial. O Código Civil se colocava como uma Constituição de ordem privada¹⁴.

A posição de destaque dos Códigos “privados” se esvai com os microssistemas legislativos, o Código Civil deixa de ser a lei geral, ante o conjunto de leis esparsas que passam a ser produzidas para atualização da legislação. Com a constitucionalização há ainda um novo centro de unificação do Direito Privado, uma releitura de todo o sistema. A antiga dicotomia entre Direito Público e Privado acaba por perder sentido.

Nesta seara, conforme posição de Paulo Lôbo, abordando o caráter complexo da vida social e a descodificação:

A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares,

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

¹³ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 04.

congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente¹⁵.

A autonomia da vontade, a liberdade na condução da própria ação, sofre mudanças. Há valores de observância obrigatória, ante teor constitucional. Propriedade, contrato, família, uma nova definição para institutos clássicos. A Constituição dotada de supremacia formal e material.

Como efeito hermenêutico, deve haver observância pelo Direito Privado de valores constitucionais, em especial a dignidade humana. Até mesmo com aplicação direta da Constituição às relações privadas. Haverá, portanto, papel decisivo de juízes e Tribunais na aplicabilidade, uma proeminência do Judiciário para a defesa constitucional.

Detratores da ideia, apontavam que o legislador poderia estar sendo marginalizado, abrindo caminho para insegurança jurídica, para a perda de dimensão da autonomia privada, em suma, o Direito Privado destruído com o caráter nebuloso de princípios constitucionais a serem aplicados.

Não é a posição da hermenêutica constitucional. Há uma preocupação com efetividade das normas constitucionais. Todavia, com esse processo de constitucionalização se torna possível vislumbrar importante questão referente a densidade normativa de princípios e cláusulas gerais. A questão da generalidade do conteúdo e sua aplicabilidade pelo Judiciário, com a possibilidade de decisões judiciais desprovidas de fundamentação suficiente, é a razão pela qual se desenvolve o tópico a seguir.

3. AS CLAUSULAS GERAIS E OS PRINCÍPIOS

A hermenêutica constitucional hodierna trabalha com novas categorias, como cláusulas gerais, princípios, ponderação etc. A maior discricionariedade do intérprete é algo a frisar. A menor densidade normativa da previsão legal impede que se extraia da abstração existente uma solução exata para os casos práticos a serem analisados.

¹⁵ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

Quanto ao termo normas jurídicas é de se destacar que podem se referir tanto a regras quanto a princípios, o que representou uma mudança paradigmática na teoria do Direito. O reconhecimento de normatividade a princípios é um fator decisivo no processo de constitucionalização. Quanto à diferenciação entre as mencionadas espécies normativas, pode-se colocar quanto ao grau ou qualitativamente.

Robert Alexy desenvolve tese amplamente debatida no âmbito de direitos fundamentais. Há critérios distintos utilizados para diferenciar regras e princípios, mas o mais comumente utilizado se refere à generalidade. O grau de generalidade de princípios é alto e o de regras não seria, haveria uma certeza ou determinabilidade. Alexy desenvolve sua teoria sustentada em mandados de otimização, princípios são normas que determinam a realização de algo na maior medida possível.

Princípios, dessa forma, podem ser satisfeitos em variados graus, considerando as situações jurídica e real postas. Já regras operam no “tudo ou nada”, não admitem uma gradação. Então a diferença está no campo qualitativo.

Na colisão entre regras e entre princípios seria fácil compreender a diferença, a ponderação se apresenta de modo diferencial na colisão entre princípios, pois algum terá precedência a partir da interpretação do caso pelo julgador. Princípios coexistem com outros princípios que aparentem ou mesmo sejam antagônicos, não há exclusão do sistema jurídico como ocorre com as regras. Uma menor densidade jurídica presente nessas normas princípios ressalta o papel do intérprete na aplicação aos casos concretos.

A prática do Judiciário demonstra uma grande amplitude na utilização de normas de caráter genérico, mesmo que de patamar constitucional, incluindo princípios jurídicos. As regras jurídicas acabam por perder importância em provimentos jurisdicionais, com isso perde-se a precisão da previsão de tais comandos normativos¹⁶.

Nos termos defendidos por Roberto Freitas Filho, em análise análise destacada de método:

O que há de diferente entre os princípios e as regras não é somente uma diferença que diz respeito a dois tipos normativos. A diferença lógica que faz com que sejam diferentes os métodos ou “passo lógicos” (de fato ambos são semelhantes quanto à natureza lógica, no sentido de que são igualmente complexas as aplicações de princípios e regras) necessários à aplicação de

¹⁶ SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO, Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na américa latina.** Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.

tipos diferentes de normas está no fato de que em um tipo há uma abertura semântica que em outro não há¹⁷.

Cobrando o âmbito de análise desse artigo, deve-se abordar também a questão de cláusulas gerais que podem ter muitas significações. Tratam-se, na verdade, de normas jurídicas que possuem uma cláusula geral. Orientam juristas e também promovem maior liberdade no julgamento, assim como os princípios. Exemplo: a boa fé objetiva, que espelha lealdade, o dano moral, o enriquecimento sem causa etc. Cláusulas que estendem seus efeitos a todo o Direito Privado.

Cláusulas gerais serão, então, normas de conteúdo indeterminado, criadas para possibilitar adaptação a exigências da realidade social, com respostas céleres, contrapondo-se à rigidez característica do processo de mutação legislativa do Direito. Atender às situações sociais novas, com valores até mesmo fora do sistema jurídico. Conceitos jurídicos indeterminados seriam então utilizados de modo a permitir uma abertura a elementos que não seriam próprios da codificação jurídica, engessada.

A identificação dessas cláusulas está no campo doutrinário e jurisprudencial. Os elementos de aplicação não estão todos definidos *a priori*, não há uma objetividade. Da mesma forma que em princípios, segundo Roberto Freitas Filho, “leis feitas com a utilização da técnica das cláusulas gerais ensejam a consideração de valores, objetivos, fins e permitem ao juiz um maior grau de subjetividade no momento de aplica-las”¹⁸.

Tamanho poder conferido ao julgador permite a existência de provimentos que inovam no ordenamento jurídico, “criam regras que até então inexistiam, revogam regras jurídicas ou são diretamente a elas contraditórias, e impõem deveres jurídicos confusos, de difícil precisão, sendo dessa forma percebidas como aleatórias e irracionais”¹⁹. Pode-se entrar em uma discussão acerca da aplicação isonômica da norma.

A subjetividade gera tensão, não há espaço em um Estado de Direito para a filosofia da consciência, para o decidir “conforme convicção pessoal”, inadmissível que arbítrios e ideologias guiem decisões judiciais. Na produção de argumentos jurídicos, o

¹⁷ FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 293.

¹⁸ Idem. Ibidem. p. 10.

¹⁹ SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO, Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na américa latina**. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.

conteúdo da norma posta ao caso concreto deve ser claro, os fundamentos importam²⁰. A partir da fundamentação exposta é possível a discussão racional sobre os termos da decisão.

Conforme expõe Roberto Freitas Filho, abordando normas semanticamente abertas e fechadas:

As normas abertas, por sua vez, demandam que o aplicador faça um esforço hermenêutico adicional e relação às primeiras (normas fechadas): a aproximação valorativa ou seja, uma avaliação prévia do caso concreto cotejado à previsão normativa para que, considerada a situação fática específica, se possa determinar, na *ratio decidendi*, a regra a ser aplicada²¹.

Essa aplicabilidade de normas, imperatividade do conjunto normativo, limitará a autonomia da vontade individual que deverá observar valores constitucionais. A diferença na aplicação de normas abertas é a grande questão, dentro desse contexto se levanta a constitucionalidade excessiva²². Tal fato é constatado já que “o que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão”²³, a problemática está, portanto, na fundamentação.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA

Não se condena o processo de constitucionalização, como um todo. Todavia, o fenômeno de forma acentuada pode ter consequências controversas. Na forma política, o declínio do poder de maiorias, ante a retirada de poder do legislador ordinário. Já considerando metodologicamente, decisionismos judiciais, amparado muitas vezes por vagueza de normas constitucionais de baixa densidade²⁴. Desse modo, o Direito pode ser um campo “de práticas tão injusto quanto as demais instâncias da sociedade brasileira”.

²⁰ Idem. Ibidem.

²¹ FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 10.

²² BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 junho 2019.

²³ FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 29.

²⁴ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

O constitucionalismo como virtude traz o humanismo para as instituições. Nos termos de Paulo Lôbo:

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. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social²⁵.

O papel da constitucionalização é, portanto, decisivo e fundamental no campo evolutivo do Direito Privado. Contudo, constitucionalizar matérias apresenta consequências, legislações ordinárias não poderão ser moldadas de forma tão livre pelo legislador, limita-se o debate legislativo, ponto de dificuldade para um governo majoritário. Daí destaca-se o perigo do processo de constitucionalização excessiva pela via judicial, a partir do processo hermenêutico. Decisões judiciais podem ser consideradas um ataque ao próprio Estado democrático, com a invasão de áreas de atuação do Executivo ou Legislativo.

Sem enganos, não é uma defesa do formalismo jurídico, dos dogmas referentes a codificações, que trariam previsão de absolutamente tudo, devendo o julgador se limitar ao que já está exposto. Não é defender a ideia de que o limite interpretativo é o Código. Sabe-se da complexidade da realidade social, da necessidade da ductibilidade/ mobilidade do Direito, conforme teoria de Zagrebelsky, assim como que o conteúdo das normas infraconstitucionais devem respeito à Lei maior (fator de estabilização).

A interpretação do julgador é criativa, não apenas uma declaração de comandos previstos em regras. Há uma infinidade de posições possíveis no campo principiológico e de cláusulas de textura aberta. De todos os ramos do Direito, o Direito Civil e o Direito Constitucional possuem maior papel no cotidiano das vidas dos jurisdicionados. Todos os cidadãos são sujeitos de direitos e obrigações incidentes sobre a vida. A intersecção entre os ramos é natural e pode ser das mais proveitosas.

Todavia, os princípios constitucionais, como dignidade ou solidariedade, ou cláusulas gerais, não permitem ao intérprete absolutamente tudo no campo hermenêutico. É a questão do subjetivismo do juiz e da autonomia do Direito. O protagonismo judicial é claro, mas não há caminho para personalismos, decisões proferidas por sujeitos solipsistas. Decisionismos não são práticas toleráveis em Estados democráticos de Direito.

²⁵ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

Há o primado da lei, ordenamento que não pode ser desconsiderado, as razões de decidir precisam ser expressas em obediência ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais, de forma clara e relacionada aos fatos da vida em análise. Ao mesmo tempo, a complexidade social precisa ser acompanhada pelo Direito, que não pode deixar de dar respostas, mas sem perder as especificidades do próprio sistema, razão da importância da existência de normas abertas. É possível verificar que a questão não é simples.

Observando-se a presença de regras e princípios, as regras, por exemplo, devem ter prevalência, claramente quando tenham igual hierarquia. O estabelecimento de regras pelo legislador tem o fito de diminuir o papel do interprete jurisdicional, não haveria legitimidade política para superação do texto da lei.

A liberdade do Legislativo não pode ser cerceada, afinal a legitimidade é estabelecida pelo voto. A atuação Judicial ocorre no momento de constatação de inconstitucionalidades. O primado da lei representa a observância da separação de poderes e a segurança jurídica, quanto a previsibilidade de direitos.

Na visão aqui adotada, a vinculação de particulares a direitos fundamentais é evidente. A Constituição se apresenta como norma suprema e obriga, conforme seus comandos. Só que tal fato não significa relegar o conjunto normativo ordinário, infraconstitucional. Há um espaço de mediação a ser regido por normas sem *status* constitucional. Do contrário, a Constituição seria apenas mais uma norma, a sua supremacia estaria colocada em risco sem o reconhecimento da relevância da atuação do legislador ordinário.

A constitucionalização em si não diminui o Direito Privado. O problema repousa, na verdade, em outra senda. Com a Constituição de 1988, há uma ascensão Judicial, uma preponderância. Houve um aumento de demandas por parte dos cidadãos, questões políticas e sociais transportadas para os tribunais. A tensão constitucionalismo e democracia é a chave. O controle de subjetivismos é desafiante. Dois caminhos se apresentam, conforme doutrinadores: modelos hermenêuticos para controle argumentativo e constrangimentos institucionais²⁶.

Com os constrangimentos se busca alcançar a congruência decisória com controle de recrutamento de juízes e estruturação do Judiciário para a uniformização jurisprudencial. Já a proposta hermenêutica remete a uma exposição de forma racional e

²⁶ HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. **A constitucionalização e a refundação da teoria do direito: novos dilemas.** Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33188/27057> >. Acesso em: 22 junho 2019.

fundamentada de decisões judiciais, possibilitando o controle, questão da transparência²⁷. É a busca por uma teoria da decisão. Posição que aqui se defende, vez que a partir de fundamentações se torna possível análise e debates, o controle do provimento jurisdicional que se apresenta.

Toda a argumentação caminha para uma conclusão, o campo de liberdade de indivíduos está em ordenamentos, proibições previstas em lei devem ser claras. O poder interpretativo dos julgadores deve ser limitado, garantindo as próprias liberdades²⁸. A utilização de “valores” Constitucionais pode disfarçar arbítrios inconcebíveis

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um encorajamento para a aplicação de princípios constitucionais a relações privadas, “forma de humanização do Direito Privado, que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição e com seus valores sociais”²⁹. As relações privadas não são naturalmente marcadas por harmonia e equilíbrio, razão pela qual o direito precisa assumir papel de garantia de direitos fundamentais.

A constitucionalização do Direito Privado é uma forma de proteção. Defender a normatividade do texto magno é civilizar relações de cunho privado, submetendo-as aos preceitos constitucionais, aos seus objetivos de desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária. Destaque-se princípios da dignidade humana, solidariedade social e isonomia. Ao Direito Privado é dada clara função social.

Contudo, uma das consequências da constitucionalização é a judicialização de relações políticas e sociais. Discussões sobre equilíbrio são relevantes e devem ser estimuladas, envolvendo a supremacia da constituição, o processo interpretativo dissociado de contextos fáticos, a liberdade individual, bem como o processo político majoritário³⁰.

²⁷ Idem. Ibidem. Acesso em: 22 junho 2019.

²⁸ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

³⁰ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>.

BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997,

HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. **A constitucionalização e a refundação da teoria do direito: novos dilemas**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33188/27057>>.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>.

SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO. Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na américa latina**. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017->

set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 29 jun 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.