

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UFSC/FLF
DIEGO PETTERSON BRANDÃO CEDRO**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
DE 1988**

**FLORIANOPOLIS/SC
2017**

DIEGO PETTERSON BRANDÃO CEDRO

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
DE 1988**

Dissertação submetida ao Departamento de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito essencial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

**FLORIANÓPOLIS/SC
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

BRANDÃO CEDRO, DIEGO PETERSON

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988/

DIEGO PETERSON BRANDÃO CEDRO; orientador, ÉVERTON DAS NEVES GONÇALVES – Florianópolis, SC, 2017. 135 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. ANÁLISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL. 3. ANÁLISE DO DIREITO CIVIL 4.CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA FUNÇÃO SOCIAL.

I. DAS NEVES GONÇALVES, EVERTON. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

DIEGO PETERSON BRANDÃO CEDRO

DIEGO PETTERSON BRANDÃO CEDRO
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
DE 1988

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”, e linha de pesquisa “Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça”.

Florianópolis/SC, 6 de Novembro de 2017.

Prof. Arno Dal Ri Jr., PhD.
Coordenador do PPDG

Banca examinadora:

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Orientador

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Examinador

Prof. Dr. Guilherme Reinig
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Examinador

Profa. Dra. Denise Schmitt Siqueira Garcia
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI
Examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e sua Função Social a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). O objetivo geral consiste em verificar se o Direito Civil Brasileiro, embora sendo um ramo do Direito Privado, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e suas diretrizes, passa a ser aplicado, a partir da imposição de sua Função Social, atribuindo caráter social às relações privadas, imprimindo uma interpretação do Direito Civil, a partir dos Preceitos Constitucionais, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana e demais princípios a este relacionados, como o Princípio da Igualdade, Isonomia, Função Social dos Institutos Jurídicos de Direito Privado, como a Propriedade e o Contrato, dentre outros princípios. Quanto aos objetivos específicos pretende-se inicialmente analisar o Conceito, Origem, Evolução Histórica e Natureza Jurídica do Direito Constitucional e do Direito Civil para em seguida analisar o Direito Civil Brasileiro a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e comprovar a Teoria da Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e sua Função Social a partir da CRFB/88. Para tanto, utilizou-se metodologicamente o método de abordagem dedutivo, como método de procedimento, o monográfico, e como técnica de pesquisa, a bibliográfica.

Palavras-Chave: Constitucionalização do Direito Civil. Função Social do Direito Civil. Direito Civil Constitucional.

SUMMARY

The present work has as its theme the Constitutionalisation of Brazilian Civil Law and its Social Function from the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 88). The general objective is to verify whether Brazilian Civil Law, although being a branch of Private Law, with the advent of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 88) and its guidelines, is now applied, based on the imposition of its Social Function, attributing a social character to private relations, imparting an interpretation of Civil Law, from the Constitutional Precepts, such as the Dignity of the Human Person and other related principles, such as the Equality Principle, Isonomy, Social Function of Legal Institutes of Private Law, such as Property and Contract, among other principles. The specific objectives are initially to analyze the Concept, Origin, Historical Evolution and Legal Nature of Constitutional Law and Civil Law to analyze Brazilian Civil Law from the advent of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 88) and to prove the Constitutional Theory of Brazilian Civil Law and its Social Function from CRFB / 88. For that, the method of deductive approach was used methodologically, as a method of procedure, the monographic one, and as a research technique, the bibliographic one.

Key words: Constitutionalisation of Civil Law. Social Function of Civil Law. Constitutional Civil Law.

LISTA DE SIGLAS

CC/16	– Código Civil de 1916
CC/02	– Código Civil de 2002
CREUB/24	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1824
CREUB/91	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891
CREUB/34	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CREUB/37	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937
CREUB/46	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946
CRFB/67	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
CRFB/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	– Estados Unidos da América
RFB	– República Federativa do Brasil
Séc	– Século
SGGM	– Segunda Grande Guerra Mundial
STF	– Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ANÁLISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	11
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.2 FONTES DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	14
1.3 CONCEITO E OBJETO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	15
1.4 CONSTITUCIONALISMO.....	20
1.4.1 Conceito e origem.....	20
1.4.2 Antecedentes da Constituição escrita.....	20
1.4.3 Evolução Histórica do Constitucionalismo.....	22
1.4.4 A Força Normativa da Constituição.....	30
2 ANÁLISE DO DIREITO CIVIL.....	39
2.1 ORIGEM DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	39
2.2 AS FONTES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	52
2.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	61
2.4 CONCEITO, OBJETO E DIVISÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	67
3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	71
3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	71
3.3.1 Marco Histórico.....	71
3.3.2 Marco Filosófico.....	72
3.3.3 Marco Teórico.....	73
3.4 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	80
3.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO DIREITO COMPARADO.....	85
3.6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO.....	89
3.7 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	96
3.8 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL.....	105
3.9 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	110
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e sua Função Social a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O objetivo geral consiste em verificar se o Direito Civil Brasileiro, embora sendo um ramo do Direito Privado, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e suas diretrizes, passa a ser aplicado, a partir da imposição de sua Função Social, atribuindo caráter social às relações privadas, imprimindo uma interpretação do Direito Civil, a partir dos Preceitos Constitucionais, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana e demais princípios a este relacionados, como o Princípio da Igualdade, Isonomia, Função Social dos Institutos Jurídicos de Direito Privado, como a Propriedade e o Contrato, dentre outros princípios.

Quanto aos objetivos específicos pretende-se inicialmente analisar o Conceito, Origem, Evolução Histórica e Natureza Jurídica do Direito Constitucional e do Direito Civil para em seguida analisar o Direito Civil Brasileiro a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e comprovar a Teoria da Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e sua Função Social a partir da CRFB/88.

No tocante a metodologia aplicada, utilizou-se metodologicamente o método de abordagem dedutivo, como método de procedimento, o monográfico, e como técnica de pesquisa, a bibliográfica.

No atual contexto jurídico e social brasileiro, o Direito Civil reencontra a trajetória da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa como objeto do Direito Civil, passando o “patrimônio” ao papel de “coadjuvante” e o papel de “protagonista” da relação jurídica à “pessoa” como titular dos direitos consagrados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A patrimonialização das relações civis se tornou incompatível com os valores constitucionais, especialmente os fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios a este relacionados, como o princípio da igualdade, isonomia, função social dos institutos jurídicos de direito privado, a exemplo da propriedade e do contrato, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

A realidade social exigiu a revisão dos antigos institutos de Direito Privado que, embora concebidos com a justificativa na promoção do indivíduo e, posteriormente, do bem-estar social, mostraram-se incapazes de proteger a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, surgiu o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, tema de grande relevância jurídica e social, pois, representa a imposição da aplicação dos Preceitos Constitucionais nas Relações Privadas e a atribuição de Função Social ao Direito Privado.

Observa-se, pois, que o Direito Civil, a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), deve ser interpretado a partir desta Carta Magna, devendo a aplicação de seus institutos de Direito Privado observar o disposto na Lei Maior.

O Direito Privado passou a ser considerado o Direito Constitucional aplicado, pois nele se identifica o projeto jurídico que a Constituição impõe, inobstante a impossibilidade de aplicação dissociada de ambos os ramos do Direito no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Pode-se afirmar, assim, que a Constitucionalização do Direito Civil e a sua Função Social é uma realidade no Direito Brasileiro é o que pretende-se evidenciar através do presente trabalho.

1 ANÁLISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Nessa primeira parte do trabalho analisa-se a origem, evolução histórica, fontes, conceito e objeto do Direito Constitucional e do Constitucionalismo no Direito Brasileiro.

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na sua formação (final do Séc. XVIII e início do Séc. XIX), o Direito Constitucional adotou os valores defendidos pela classe social então emergente, a burguesia, a qual, a partir da Revolução Francesa, logrou impor ao mundo seu modelo de organização política, o Estado liberal.

Essa forma de organização política tinha por objetivo, em última análise, assegurar a autonomia do indivíduo, a liberdade de cada um para desenvolver-se em plenitude, dando vazão ao seu potencial. Evidentemente, tal objetivo amoldava-se à perfeição aos interesses da burguesia, classe detentora dos meios de produção, a mais apta a atingir maior nível de “desenvolvimento”.

A fim de ser assegurada tal autonomia individual, fazia-se indispensável a imposição de limites ao poder do Estado absolutista, o que seria obtido essencialmente, segundo os ideólogos liberais, pela previsão, na Constituição, do princípio da separação dos Poderes e de um conjunto mínimo de direitos individuais.

A ideia essencial ao surgimento do Estado moderno era em si mesma simples: o pleno desenvolvimento do indivíduo dependia de uma nova organização do Estado, de uma identificação e regulação de sua estrutura e forma de funcionamento, com vistas à contenção de seu poder, à limitação da sua capacidade de ingerência na esfera privada. Isto seria obtido, no que toca ao Direito Constitucional, principalmente com a previsão do princípio da separação dos Poderes e dos direitos individuais na Constituição do Estado. Na verdade, o objetivo dos pensadores liberais, em sentido amplo, voltava-se à reestruturação do aparato estatal como um todo, mas, dentro desta perspectiva, a ênfase foi conferida à separação dos poderes e aos direitos individuais (direitos fundamentais de primeira geração).

Evidentemente, a burguesia não prolatou tais valores como seus; ao contrário, conferiu-lhes caráter universal. Apresentou a separação de Poderes e os direitos individuais como imposições oriundas da própria

razão humana e, por conseguinte, pertinentes ao gênero humano como um todo.

Deste modo, os pensadores liberais lograram êxito em conferir caráter abstrato e genérico aos princípios e direitos que constituíam precipuamente o interesse da classe que representavam.

Ao triunfar em seu intento, ou seja, ao conferir universalidade a tais valores e apartá-los de suas origens históricas, a doutrina liberal transformou o princípio da separação de Poderes e os direitos individuais em elementos integrantes de um conceito genérico de Constituição, pressupostos indispensáveis à legitimidade de qualquer documento constitucional. Tal situação perdurou até a eclosão das crises sociais do Séc. XX, quando então o núcleo individualista das Constituições de cunho liberal evidenciou sua fraqueza e incompletude frente às novas aspirações da sociedade, mormente no que toca aos direitos humanos de segunda e terceira gerações, que têm não na liberdade, mas, respectivamente, na igualdade e na solidariedade, seus valores cardeais.

Dentro deste contexto, nasceu o Direito Constitucional moderno, sendo a expressão adotada originariamente nas universidades do norte da Itália, no final do Séc. XVIII, mais precisamente, na Universidade de Ferrara, em 1797, daí migrando para Pavia e Bolonha, chegando posteriormente à França, no ano de 1834, na Faculdade de Direito de Paris, por obra do Ministro Guizot, que inseriu a matéria no programa da instituição, com o objetivo de fornecer ao Estado os alicerces de sua estruturação, exatamente nos moldes propostos pela ideologia liberal, cujos valores à época já se admitiam como perenes, absolutos, imutáveis e universais. Desses países a disciplina difundiu-se para o restante da Europa, atingindo depois os demais continentes.

O Direito Constitucional era concebido, então, sob tripla perspectiva: de um lado, era ferramenta científica para a análise da Constituição vigente; de outro, servia de referencial teórico para a elaboração da Constituição vindoura; numa última acepção, exigia que a Constituição consagrasse certos valores dominantes à época. Dentro desta tríplice visão efetivou-se a aplicação da disciplina sobre as Constituições em vigor à época.

Tem-se, de um lado, uma Constituição legítima, porque consagradora do pensamento liberal-burguês, que trazia como dogma jurídico fundamental, a previsão do princípio da separação dos Poderes e dos direitos individuais na Constituição do Estado. De outro lado, tem-se meras Constituições de fato, repudiadas pela doutrina, porque por ela compreendidas como caracterizadores de Estados absolutistas,

arbitrários, nos quais os poderes governamentais ainda se sobrepunham injusta e exageradamente às forças legítimas do corpo social. Prova da força desta diretriz ideológica é o Art. 16 do primeiro Texto Constitucional elaborado pela Revolução Francesa, segundo o qual “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não possui Constituição”.

Universalizaram-se os valores da burguesia reinante, com a cristalização da exigência de que as constituições contemplassem o princípio da separação dos poderes e estabelecessem os direitos individuais. Apenas Constituições com tal conteúdo, segundo a concepção liberal, eram dignas de figurar como objeto de estudo do Direito Constitucional.

Todavia, o pensamento liberal, após predominar no final do Séc. XVIII e tornar-se praticamente hegemônico no Séc. XIX, veio a encontrar seu malogro, ou ao menos um considerável enfraquecimento, no Séc. XX, em decorrência das crises sociais, de fundo político, econômico e cultural, que atravessam a sociedade neste período. A afirmação dos direitos fundamentais de segunda geração, que tomam por base o valor da igualdade, e dos direitos fundamentais de terceira geração, que tem como pedra angular o ideal de fraternidade, impôs o alargamento no conteúdo necessário das Constituições, de modo a abarcar também esses direitos fundamentais. Dentro do mesmo contexto, como tentativa de resposta aos anseios promotores de tais crises, existiu o Estado liberal, individualista e propugnador do Estado mínimo, paulatinamente substituído pelo Estado social, marcadamente intervencionista no meio social.

A partir de então, em face do abandono pelas Constituições dos valores restritos apregoados pelo pensamento liberal-burguês, com a ampliação do rol de matérias nelas constantes, tratando de novos direitos e estabelecendo novos paradigmas de estruturação do Estado, o Direito Constitucional desatou-se de qualquer conotação política específica, de qualquer diretriz ideológica obrigatória, passando a trabalhar sobre quaisquer normas e princípios integrantes de uma Constituição, sejam eles escritos ou costumeiros. Tem-se, então, ampliação significativa do conteúdo do Direito Constitucional, o que nos permite defini-lo, a partir daí, como o ramo do Direito Público que trata das normas, princípios e instituições capitais de qualquer espécie de ordenamento político, independentemente de considerações valorativas sobre seu conteúdo específico.

Na lição de Bonavides (2015, p. 38), as regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importando o regime político nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, matéria do Direito Constitucional. De modo que todo Estado ou toda sociedade politicamente organizada possui, como já assinalava Lassalle, uma Constituição ou um Direito Constitucional.

A compreensão de caráter racionalista e normativista, decorrente, historicamente, do domínio político da classe burguesa ao colher os primeiros frutos da sua vitória sobre os Estados de monarquia absoluta e sua respectiva organização do poder, cedeu lugar, hoje, a uma concepção mais ampla e verdadeira, muito mais tímida, aliás, aquela em que o Direito Constitucional é, conjuntamente, “técnica de poder” e “técnica da liberdade”; um Direito Constitucional político, sem ser, porém, contra ou a favor das instituições que abrange ou encerra.

1.2 FONTES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Considerando-se que fontes são os diferentes modos pelos quais pode se dar a exteriorização as normas jurídicas, ou seja, as diversas formas pelas quais elas podem ser instituídas, tem-se, no que toca ao Direito Constitucional, duas espécies distintas de fontes, as escritas e as não escritas.

São fontes escritas de Direito Constitucional: a) a própria Constituição, evidentemente; b) as leis complementares e ordinárias que regulam os dispositivos constitucionais, bem como os demais atos legislativos que retiram sua força diretamente da Constituição, quando tem por objeto o disciplinamento de seus dispositivos; c) os decretos que tratam de matéria administrativa, bem como os demais atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; d) os regimentos das Casas Legislativas e o dos Tribunais integrantes do Poder Judiciário; e) os tratados, acordos e convenções internacionais; f) a jurisprudência; e g) a doutrina.

São fontes não-escritas dessa Disciplina os costumes constitucionais e os usos constitucionais. O costume é regra jurídica surgida informalmente em função da repetição reiterada de certas condutas que, justamente por sua reiteração, originam a convicção de que são indispensáveis à vida em coletividade, do que advém a aquisição de seu caráter obrigatório. Em maior ou menor grau, a doutrina, principalmente a estrangeira, admite a idoneidade do costume

como fonte constitucional, afirmando que ele é apto não apenas para integrar eventuais lacunas constitucionais, mas também para alterar os próprios dispositivos constitucionais.

Os usos constitucionais, por sua vez, são fontes não-escritas que adquirem maior importância em países que não possuem Constituição escrita, ou que possuem Constituições escritas sintéticas, as quais, portanto, poderiam ser integradas pelos usos constitucionais.

1.3 CONCEITO E OBJETO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito, enquanto sistema normativo é usualmente subdividido, para fins didáticos, em duas grandes unidades estruturais, o Direito Público e o Direito Privado, as quais, por sua vez, apresentam diversos desmembramentos, a que a doutrina denomina *ramos* da ciência jurídica.

Assim, o Direito Público, voltado precipuamente para os interesses coletivos, e composto, dentre outros ramos jurídicos, pelos Direitos Constitucional, Administrativo, Tributário, Ambiental, Econômico, Financeiro, Urbanístico, Penal, Processual Civil, Processual Penal e Internacional Público e Privado. Já o Direito Privado, direcionado essencialmente à satisfação dos interesses individuais, apresenta, como ramos jurídicos, o Direito Civil e o Comercial. Já o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, adequam-se, respectivamente, como ramos do Direito Público e Privado.

Tem-se o Direito Constitucional como o ramo por excelência do Direito Público, o principal ramo desta seara jurídica, já que tem por objeto o estudo do ordenamento fundamental do Estado, o conjunto de regras e princípios basilares de uma sociedade politicamente organizada, os quais, em seu conjunto, compõem sua Constituição. Refere-se o Direito Constitucional à organização e ao funcionamento do Estado, à regulamentação dos elementos primários do mesmo, ao estabelecimento das bases da estrutura política e também garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Justamente em virtude de seu objeto – o ordenamento fundamental do Estado e a tutela de Direito e Garantias Individuais - podemos vislumbrar o Direito Constitucional como o principal ramo jurídico, o ramo jurídico do qual derivam todos os demais, não só aqueles que integram o Direito Público, mas também os que formam o Direito Privado. Enfim por ser Nele que se alicerçam e do qual afloram

todos os demais ramos jurídicos na atualidade, pode-se considerá-lo como o ramo fundamental, num primeiro plano, do Direito Público, e, num segundo, do Direito como um todo, comportando todas suas subdivisões.

Ademais, com a crescente intervenção do Estado em todas as instâncias da vida social, com o progressivo aumento de sua ação nas mais diversas áreas, públicas e privadas, concomitantemente tem-se proporcional aumento da importância do Direito Constitucional, como ramo jurídico vocacionado justamente para o estudo sistemático desse fenômeno.

Alguns autores definem o Direito Constitucional a partir da Constituição, das normas e princípios que a compõem, ao passo que outros, em pólo oposto, vislumbram essa disciplina como o instrumental com base no qual dada Constituição será analisada. Para os primeiros, o Direito Constitucional emerge da Constituição, para os últimos, a Constituição emerge do Direito Constitucional.

Nesse sentido, o Direito Constitucional é o ramo do Direito responsável por analisar e controlar as leis fundamentais que regem o Estado. O seu objeto de estudo é a forma de governo e a regulação dos poderes públicos, tanto na sua relação com os cidadãos como também dentre os seus vários órgãos.

O poder político é formado pelas instituições às quais a sociedade lhes tenha outorgado o monopólio do uso da imposição, ou seja, o poder político tem a capacidade de coerção para obrigar a cumprir os seus mandatos imperativos através da imposição legítima, sempre que este seja necessário.

O Direito Constitucional é o ramo que pertence ao Direito Público e tem fundamento na própria Constituição que é a lei maior do Ordenamento Jurídico, um Texto Jurídico-Político que fundamenta o ordenamento do poder político. A Constituição é a norma suprema de um país que prevalece sobre qualquer outra normativa ou lei.

A Constituição é caracterizada pelo seu rigor, uma vez que apenas pode ser modificada mediante certas condições excepcionais que constam no seu próprio texto. A estrutura constitucional contempla o preâmbulo, a parte dogmática (com os direitos fundamentais processuais e substantivos) e a parte orgânica (com a criação dos poderes constituídos).

Entre os princípios doutrinários do Direito Constitucional, destaca-se a divisão de poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário; a proteção do Estado de Direito, que significa o poder estatal submetido à ordem jurídica; a soberania nacional; os Direitos

Fundamentais, que representam garantias individuais; e o controle da constitucionalidade dos atos normativos, que é o mecanismo jurídico que garante o cumprimento das normas constitucionais.

Em outros termos, na primeira perspectiva tem-se o Direito Constitucional como fruto da Constituição, como o conjunto de normas, princípios e instituições oriundos da análise do Texto Constitucional.

No segundo ponto de vista, tem-se o Direito Constitucional como disciplina que tem por finalidade o estudo da Constituição. Consiste, portanto, num instrumento científico para a análise de certa Constituição. O raciocínio é aqui o inverso do anterior: o jurista não parte da Constituição para construir o Direito Constitucional, como antes afirmado. Ele se vale do Direito Constitucional para o exame científico da Constituição. O objeto de estudo, aqui, é a Constituição, sendo o Direito Constitucional a disciplina adequada para essa tarefa.

Na verdade pode-se unir essas duas perspectivas, percebendo o Direito Constitucional como produto oriundo da análise sistemática da Constituição, mas cujas conclusões podem servir como efetivamente o fazem, para a elaboração e a análise de futuras Constituições. Num primeiro momento ele é o objeto de estudo do jurista, na segunda, seu instrumento de trabalho. Tem-se, assim, que o Direito Constitucional é o ramo do Direito Público que estuda as normas, os princípios e as instituições básicas de uma coletividade humana politicamente organizada.

O Direito Constitucional é, portanto, consensualmente, o ramo do Direito que estuda as relações de direitos e deveres do Estado enquanto ente Público bem como as relações Deste para com os seus Administrados, ou seja, os cidadãos, que têm direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, que é a Lei Maior do Ordenamento Jurídico no Sistema Constitucionalista, como é o brasileiro.

No tocante ao objeto, o Direito Constitucional, no seu início, enquanto vinculado ao pensamento liberal, visava essencialmente à imposição de limites ao poder do Estado absolutista, o que seria obtido por uma rígida normatização, na Constituição, do princípio da separação dos poderes, de modo que cada uma das funções estatais – jurisdicional, legislativa e administrativa – ficasse a cargo de órgãos distintos, que atuariam de forma independente, sem predomínio de qualquer deles sobre os demais.

Tal distribuição das funções estatais básicas, aliada à declaração de direitos, eram as bandeiras máximas da Revolução Francesa, e em torno delas foi erigida nossa disciplina.

Dentro desta concepção, só seriam legítimas as Constituições que prescrevessem e resguardassem tais valores. Elas, exclusivamente, comporiam o objeto de estudo do Direito Constitucional. Na atualidade, caiu por terra esta visão, modernamente, na esteira das transformações políticas e jurídicas profundas, dentre elas a derrocada do Estado burguês, adquiriu o Direito Constitucional uma feição nova, não mais centrada e essencialmente liberalista, mas com as linhas de uma ciência das normas e instituições básicas de toda e qualquer modalidade de ordenamento político, ocupando-se assim de qualquer conjunto de normas que venha a governar a coletividade humana.

O que se tem agora, então, é o Direito Constitucional se ocupando de qualquer estrutura constitucional praticada em determinado Estado, mesmo que afastada do modelo tradicional inaugurado pela Revolução Francesa.

Como isto, pode-se seguramente afirmar que compete, ao Direito Constitucional, o estudo das normas que compõem a Constituição, qualquer que seja a matéria nelas prescrita. Desmembrando-se o conceito, pode-se definir como seu objeto de estudo as diretrizes fundamentais da organização do Estado, sua estrutura, forma e sistema de governo, modo de aquisição, exercício e perda do poder, repartição das competências entre os entes políticos, estabelecimento e definição da competência dos seus órgãos e poderes e a relação dos direitos e garantias fundamentais do homem.

A tais matérias pode-se acrescentar as normas referentes à ordem econômica, à ordem social, ao meio-ambiente, à cultura, às relações internacionais, às finalidades para a ação estatal, bem como todas as demais consideradas fundamentais à organização do Estado e ao desenvolvimento integral da sociedade, quando acolhidas pela Constituição.

Nesse contexto, nem sempre tiveram, as constituições, objeto tão amplo. Este vem se estendendo com o decorrer da história. A cada etapa desta, algo de novo entra nos textos constitucionais, cujo conteúdo histórico é variável no espaço e no tempo, integrando, a multiplicidade no uno das instituições econômicas, jurídicas, políticas e sociais, na unidade múltipla da lei fundamental do Estado.

É evidente, enfim, o alargamento do objeto de estudo do Direito Constitucional. Afastando-se da concepção restritiva propugnada pelos ideólogos liberais, que percebia matéria constitucional somente nos

temas acima citados, na atualidade compreende-se que compete a este ramo do Direito Público analisar todos os novos temas inseridos no Documento Constitucional, os quais possuem naturezas distintas - política, social, cultural, econômica - e conferir-lhes adequado tratamento científico, normatizando-os dentro da sistemática constitucional.

O complexo de normas e princípios da Constituição, qualquer que seja a matéria sobre a qual versem, é este, afinal, o objeto de estudo do Direito Constitucional na atualidade.

No período imediatamente posterior ao encerramento da primeira Guerra Mundial ocorreu o que poderíamos chamar de racionalização do poder, com a introdução de complexos instrumentos jurídicos nos documentos constitucionais, o que afastou do cidadão comum a capacidade para sua plena compreensão, agora restrita aos especialistas na matéria.

Foi o período em que emergiram os direitos fundamentais de segunda geração, os direitos econômicos e sociais, fruto das crises sociais, políticas e econômicas que marcaram a sociedade naquele momento histórico. Para fazer frente aos novos anseios da coletividade as Constituições incorporam tais direitos, passando a prevê-los em seu Texto. Com isto tivemos, de um lado, ao menos formalmente, a satisfação destes anseios, mas, de outro, o progressivo hermetismo dos documentos constitucionais para o cidadão comum.

Tal movimento teve um novo alento com o surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, como os direitos ao meio ambiente preservado, à paz, à função social da propriedade, entre outros. Mais uma vez tais direitos foram acrescidos ao texto constitucional por força das pressões sociais, porém, mais uma vez, acarretaram acréscimo no caráter hermético da Constituição, dificultando sua plena compreensão para a coletividade em geral.

Enfim, tem-se no Séc. XX profunda ampliação do conteúdo presente nas Constituições. O Direito Constitucional, em termos técnicos, foi em muito aprimorado, a fim de fazer frente às inovações, mas isto implicou, concomitantemente, crescente dificuldade, quando não impossibilidade, para os cidadãos em geral compreenderem adequadamente a Constituição a que estão sujeitos.

1.4 CONSTITUCIONALISMO

1.4.1 Conceito e origem

Embora existam sentidos diversos para o termo “constitucionalismo”, a acepção que predomina, e que será adotada neste trabalho, considera o constitucionalismo como movimento jurídico e político levado a cabo pela burguesia europeia emergente, nos séc. XVIII e XIX, no bojo de um movimento maior, o Iluminismo. Foi, portanto, produto da ideologia liberal. Seu objetivo era explícito: impor aos Estados absolutistas mecanismos de contenção do poder, o que seria atingido a partir da adoção de Constituições escritas que organizassem o Estado, regulassem o exercício do poder e contemplassem os direitos e garantias fundamentais do homem.

O movimento sobreveio com êxito durante a Revolução Francesa, daí alastrando-se, com maior ou menor grau de sucesso, para os demais países da Europa. Da mesma forma, veio a fundamentar a doutrina constitucionalista então existente na América do Norte, sendo seus princípios acolhidos pelos recém-emancipados Estados americanos, que, a partir da libertação de seus laços de dominação política, adotaram integralmente as Constituições do tipo escrito, as quais consagraram o princípio da separação dos Poderes e os direitos fundamentais do homem.

Em termos históricos, os dois primeiros documentos constitucionais frutos do constitucionalismo são a Constituição norte-americana, de 1787, e a Constituição francesa, de 1791.

1.4.2 Antecedentes da Constituição escrita

Uma das bandeiras do movimento constitucionalista foi a adoção, pelos Estados, de Constituições escritas. Neste ponto, analisa-se, os documentos que podem ser considerados como predecessores das Constituições escritas propriamente ditas, pois, além de seu caráter escrito, objetivaram, em maior ou menor amplitude, a imposição limites ao poder Estatal, ao estabelecimento de regras de governo e resguardar da ingerência Estatal uma esfera de liberdade individual. Nomeadamente, analisa-se, sinteticamente os pactos, as cartas de franquia, os forais e os contratos de colonização.

Os pactos, que tiveram lugar na Idade Média, eram convenções entre o Monarca e os membros da nobreza ou da burguesia, tendo por

objeto, essencialmente, disposições acerca do modo de governo, dos direitos individuais e de suas respectivas garantias.

O mais célebre de todos os pactos foi a Magna Carta, de 1215, celebrada entre o rei João Sem Terra e os nobres ingleses. Estes insuflados principalmente pela tentativa do Monarca de tributar suas propriedades imobiliárias pleitearam e obtiveram documento instituidor de diversas liberdades individuais, tais como: restrições à criação e cobrança de impostos, proteção da liberdade pessoal, reconhecimento do direito ao devido processo legal, garantia da inviolabilidade domiciliar, entre outras.

As cartas de franquias, que também tiveram lugar na Europa medieval, eram instrumentos formais pelas quais se permitiam às corporações desempenhar com autonomia suas atividades específicas, livres do jugo do rei ou da nobreza feudal.

Os forais, celebrados no mesmo período histórico, eram documentos de alcance mais amplo, pois seu objeto era a concessão aos burgos de autonomia política e administrativa para se autogovernarem.

A seguir, também na Inglaterra (onde foram celebrados os principais pactos), já na Idade Moderna, em 1628, outro pacto digno de menção foi o *Petition of Rights*, pelo qual o monarca Carlos I concordou que as contribuições ao erário público só poderiam ser instituídas com a concordância geral dos súditos.

Ainda na Inglaterra deve ser relembrado o *Bill of Rights*, de 1689, pacto de conteúdo bastante amplo, que, além de afastar a dinastia Stuart da coroa inglesa, tratou de diversos direitos e garantias dos súditos, dentre eles a liberdade nas eleições e a regulamentação do direito ao porte de armas.

Os contratos de colonização foram convenções celebradas entre os puritanos ingleses que chegavam à América do Norte, à época domínio colonial da Inglaterra. Face à ausência na Colônia de um poder instituído, os próprios imigrantes acordaram regras de autogoverno. Valem ser mencionados, como exemplos, o pacto celebrado a bordo do navio Mayflower, em 1620, chamado de *Compact*, e as *Fundamental Orders of Connecticut*, pactuadas em 1639.

Após a sumária exposição desses documentos, o que importa enfatizar é que eles são prova de que o constitucionalismo, com sua exigência de Constituições escritas e de valores nelas necessariamente contemplados, não foi fenômeno historicamente isolado, mas o resultado de longo e rico processo de conscientização, pela coletividade, sobre a importância da existência de um documento que estabelecesse

regras de governo e assegurasse os direitos e garantias individuais dos membros da coletividade.

1.4.3 Evolução Histórica do Constitucionalismo

Nas palavras de Tavares (2012, p. 23), o termo constitucionalismo costuma gerar polêmica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo. Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para constitucionalismo. Primeiro, empregando-se a referência ao movimento político social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário do Estado. Em segundo, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Em terceira acepção, indicar os propósitos mais atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico constitucional de um determinado Estado.

Nesse sentido, entende-se que não há um único constitucionalismo, mas vários, como o Constitucionalismo Inglês, Norte Americano e o Frances. Por isso, fala-se em diversos movimentos constitucionais.

Assim, o constitucionalismo antigo, o termo Constituição, derivado da ideia de estabelecer ou ordenar, ou a ordenação ou regulamentação assim estabelecida, surgiu com significado menos amplo do que o atual. No Império Romano, essa palavra latina significava os atos legislativos do Imperador.

Na Idade Média, o constitucionalismo passou, de maneira mais aparente, a interligar-se com a ideia de limitação do poder estatal e proteção do indivíduo da atuação arbitrária das autoridades públicas. A luta constitucional do Séc. XVII não foi tão simples como apresentada pelos historiadores, pois as disputas entre o despotismo e a liberdade não estavam claramente definidas.

No Sec. XVIII, o constitucionalismo surgiu com movimento motivado pelos ideais iluministas, que propunha o estabelecimento de constituições em todos os Estados com finalidade de limitar o poder dos governantes. Tratava-se de arma de guerra contra o absolutismo, baseada nas ideias liberais. Essas constituições deveriam ser escritas e que começariam a delinear a base da democracia.

O movimento político e jurídico, chamado constitucionalismo que visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas.

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Sendo tal conceito dividido na doutrina em dois sentidos: o amplo em que o Estado tem uma constituição, independente do regime político ou âmbito jurídico que quer se destinar e, o estrito, sentido em que haverá proteção, tutela das liberdades, que surgiu no final do Sec. XVII, sem a imposição do Estado pelo uso da força, tendo como horizonte o princípio da separação dos poderes e a garantia de direitos.

O Constitucionalismo antigo e medieval se referia a uma limitação voltada ao bem comum, visão organicista da comunidade política. Na Roma existia concepção moderna de separação de poderes (Consulados, Assembleia e o Senado). Na Idade Média, havia um pluralismo político, múltiplas instituições (Igreja, reis, senhores feudais, cidades, as corporações de ofício e o Imperador). Como é exemplo a Carta Magna de 1215. E o Constitucionalismo moderno vai trazer a ideia de que o poder do Estado deve ser limitado a fim de preservar o espaço de liberdade individual de cada um. Sai-se do Estado Absoluto, vindo a surgir à necessidade de criar estruturas de conter o poder para garantir a liberdade alcançada. O Direito não vai estar subordinado à política, assim o poder político só será exercido se estiver conforme com as normas do próprio Direito. Surgindo a ideia de Estado de Direito. Sendo a constituição instrumento normativo em que trará as normas de organização do poder do Estado.

Para o surgimento do constitucionalismo moderno, houve três momentos históricos importantes como a ascensão da burguesia como classe hegemônica, o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante, e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas legadas pelo Iluminismo no Séc. XVIII.

Nesse sentido, entende-se que a Constituição deve trazer no seu corpo limitação do poder do Estado, garantias individuais, a soberania popular como fundamento de legitimidade do poder político e por fim o Estado como resultado de um contrato social.

Observa-se, pois, experiências históricas referentes ao constitucionalismo moderno, no modelo Inglês, onde não havia propriamente absolutismo, visto que já havia limitações de poder decorrente de costumes e pactos, como a Magna Carta de 1215; Séc. XVII- Revolução Gloriosa: caracterizada pela tensão coroa e parlamento; documentos constitucionais como “Petition of Rights” (1628); “Habeas Corpus” Act (1679), e o “Bill of Rights” (1689); respeito às tradições constitucionais; não há constituição escrita, sendo a

constituição flexível e histórica (tradições históricas do povo inglês); princípio da supremacia política do parlamento.

No modelo Francês, a Revolução Francesa (1789); poder constituinte representado pela soberania da nação; constituição escrita; legislativo como protagonista, visto que a lei representa a vontade geral.

No modelo Norte Americano, a Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) de 1787 introduziu o Estado Federal, o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos; constituição rígida, sintética, suas normas constitucionais cabíveis a interpretação, devido a plasticidade; jusnaturalismo liberal; vetor democrático e liberal; por a Constituição ser norma jurídica, deve ser invocada pelo Poder Judiciário (Caso Marbury VS Madison).

O Constitucionalismo liberal, por sua vez, nasceu no final do Séc. XVIII e vai até a 1ª Guerra Mundial, com as Revoluções Liberais; supremacia constitucional; Estado de Direito; direitos civis e políticos, ligados ao valor de liberdade; liberdade negativa, igualdade formal e propriedade.

O Constitucionalismo social, a seu turno, tem como marco histórico, a pressão social dos trabalhadores, aliados com o temo da burguesia, início pouco antes do fim da Primeira Grande Guerra Mundial (1918); liberdade positiva, igualdade material e propriedade; diversas vertentes de pensamento, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica; função social da propriedade.

O constitucionalismo em sua textura clássica surgiu com a Revolução Francesa. Apesar de que Santi Romano insistir em alegar que o constitucionalismo tem origem inglesa, sendo, portanto, mais antigo do que a Revolução Francesa.

Pode-se dizer que o Direito Constitucional dos Estados modernos resulta do Direito Constitucional Inglês e das demais ordenações dele, mais ou menos derivadas diretamente.

O constitucionalismo possui uma característica típica e peculiar que é a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado.

A gênese do constitucionalismo está atrelada ao ímpeto quanto a positivação dos direitos e garantias aptos a salvaguardar os indivíduos contra o arbítrio do Estado.

O famoso lema da Revolução Francesa: “Liberdade, igualdade e fraternidade” serviu de base para um Estado não-interventor. E, nesse sentido, o chamado “Estado Liberal” ou abstencionista era caracterizado pela passividade em frente das desigualdades sociais que adotavam isonomia apenas no contexto formal.

A consolidação ou a racionalização do poder político significava simplesmente a necessidade de estabelecimento dos direitos individuais e a tripartição das funções estatais nas constituições.

O Iluminismo é que gestou o fenômeno da racionalização do poder político que veio induzir à incorporação dos direitos individuais clássicos às constituições modernas e, um fato determinante foi o Art. 16 da Declaração Francesa de 1791.

O Estado liberal notabilizou-se pelo sentido abstenteísta e com fulcro no *laissez faire laissez passer que lê monde va de lui même*. Não conseguiu justificar suas premissas no plano da vida em sociedade. E, por esta razão, eclodiram vários movimentos como a Revolução mexicana de 1917 e a Revolução Russa de 1917 que muito contribuíram para o aparecimento do chamado constitucionalismo social, que prima pela possível intervenção do Estado no domínio econômico na busca de sociedade mais justa e menos desigual.

Os princípios de justiça social consolidados a partir de Manifesto Comunista de 1848 de Karl Marx e Frederich Engels que passou a propalar a idéia segundo a qual deveria, o Estado, buscar legitimação garantindo os direitos sociais.

O conceito de justiça social escolhe instrumentos para sua efetivação, quais sejam, o respeito à dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a construção de uma sociedade livre, justa solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem – estar de todos.

Os direitos sociais são direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social.

Diferem dos direitos e garantias individuais uma vez que impõem um comando programático para ser cumprido pelo Estado, enquanto aqueles implicam num não-fazer, no qual se impõe a conduta omissiva para resguardar a esfera individual. São os chamados direitos negativos.

A Constituição é resultado dialético do processo formador do Estado. O constitucionalismo social como integrante da maioria das constituições contemporâneas, não poderia, em absoluto, se postar indiferente a esta constatação.

A inscrição dos direitos sociais em sentido amplíssimo nas constituições está na razão direta do recrudescimento da questão social, na efervescência dos movimentos populares, trazendo à baila o lenitivo

contra o capitalismo selvagem, como circunstância provocadora de mudança de estrutura.

Iniciou-se a inserção dos elementos sócio-ideológicos nas constituições em virtude de grandes ocorrências do início do Séc. XX, portanto, a efetivação das normas sociais no presente, conduzindo, à almejada estabilidade social para o futuro.

A positivação constitucional dos elementos sócio-ideológicos tem por causa eficiente a própria questão social, gestada no capitalismo. Silva (1977) acentua que *“seria uma esquematização simplista a afirmação de que as constituições do século XIX foram todas puramente liberais e as constituições do século XX foram todas marcadamente sociais”*.

Predominantemente, as Constituições do Séc. XVIII como a norte-americana (1787) e a francesa de 1791 consagram o liberalismo-individualismo e, não dedicam qualquer atenção aos direitos sociais.

Dentro da Europa, podemos destacar a Constituição francesa de 1848 e a Constituição suíça de 1874. De fato, na Revolução Francesa de 1789 que o *“droit du travail”* ou Direito do Trabalho era comumente ouvido nas manifestações populares que desencadearam um dos mais importantes acontecimentos políticos do milênio, sendo causador de polêmica e controvérsia na Assembléia Constituinte de 1848, restando espelhado na Constituição francesa de 1848.

O pioneirismo francês pela inserção dos direitos sociais que foram solenemente definidos em Texto Constitucional. Porém as radicais mudanças aportariam no primeiro quartel do Séc. XX com a I Grande Guerra Mundial (1914), da Revolução Mexicana (1917) e a Revolução Socialista Soviética (1917).

O Texto político alemão de 1919, que é conhecido por Constituição de Weimar devido a Assembléia Constituinte ter se reunido na cidade com aquele nome, possui artigos que versam sobre a constitucionalização de normas de Direito Social, como por exemplo, o Art. 151 ao estatuir que *“a organização da vida econômica”* devem corresponder princípios da Justiça e ter como objetivo garantir a todos uma existência digna do homem.

Assegura-se a liberdade econômica do homem; o trabalho particularmente tutelado, tanto que o *Reich* cria um direito operário uniforme (Art. 157). O Art. 159 assegura a liberdade de coalização para a defesa e a melhoria das condições do trabalho e da vida econômica.

Transforma-se assim do delito de coalização para a garantia constitucional de coalização. O mais importante dispositivo legal alemão de Weimar e o que mais preocupou o pensamento ortodoxo

liberal foi o Art. 165, segundo o qual “os operários e empregados são chamados a elaborar em conjunto com os empregadores e em pé de igualdade, a regulamentação das condições de salários e de trabalho assim como ao conjunto do desenvolvimento econômico das forças de produção”. Haveria, então, no *Reich*, um Conselho Operário.

Consagrou, assim, a Constituição de Weimar, o Princípio da Autonomia Privada Negocial Coletiva e uma visível tendência socializante. É de grande influência na história do constitucionalismo mundial e a teoria política e, nas constituições que seguiram o modelo social-democrático – intervencionista, como ocorreu na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CREUB/34).

A Constituição italiana de 1947 enfatizou que a Itália é república democrática fundada no trabalho. Sendo sensível a valorização do trabalho como princípio inseparável da valorização do indivíduo.

No Brasil, a primeira Constituição foi na verdade uma Carta Constitucional posto que fora outorgada por D. Pedro I, em 1824, de cunho acentuadamente liberal posto que recepcionou a influência da Constituição francesa de 1814.

A Constituição Imperial brasileira de 1824 adotou francamente o despotismo esclarecido e teve como gênese a vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil em 1808 e, promoveu a constitucionalização da monarquia de D. Pedro I. Tal fato ocorreu em face de Napoleão Bonaparte ter decretado o bloqueio continental à Inglaterra como reação ao bloqueio marítimo britânico. Portugal se encontrava nessa época completamente dependente da Inglaterra inclusive por vários tratados comerciais.

Em 1807, na vã tentativa de neutralidade, D. João VI assinou com a Inglaterra a Convenção Secreta que já estipulava a transferência da Monarquia portuguesa para o Brasil (Colônia), a entrega da esquadra lusitana à Inglaterra e, servindo a Ilha da Madeira como ponto de combate após ocupação da península ibérica pelos franceses. A Inglaterra teria, ainda, porto livre, preferencialmente a Ilha de Santa Catarina.

Nesse contexto, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (CREUB/1981) que inaugurou a forma de governo republicano no Brasil.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CREUB/34) teve caráter inovador, pois inscreveu e garantiu direitos sociais, o que se deve a influência da Constituição de Weimar de 1919.

Assim o Texto Constitucional de 1934 elevou ao patamar de garantia constitucional os direitos dos trabalhadores (oito horas diárias, salário-mínimo, férias anuais) e instituiu a Justiça do Trabalho além das normas disciplinadoras da Ordem Econômica e Social.

A Justiça do Trabalho foi criada pela Constituição de 1934 enquanto que foi a Constituição brasileira de 1946 que lhe conferiu o caráter jurisdicional.

A Constituição do Estado Novo de 1937, apesar de não proceder eliminação das normas constitucionais trabalhistas, considerou a greve como verdadeiro delito. Foi marcada pela centralização do poder político nas mãos do Presidente da República reforçando e ampliando suas prerrogativas.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (CREUB/37) em seu Art. 187 declarava que texto entraria em vigor na sua data quando fosse submetido ao plebiscito nacional, fato que jamais ocorreria.

Com o final da Segunda Grande Guerra Mundial e, com a derrota dos sistemas totalitários, o Brasil retornou ao regime democrático e pluralista. Assim a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (CREUB/46) foi caracterizada pela diversidade e pluralismo no tocante à Assembléia Constituinte.

Adotou ao disciplinar o plano econômico, a linha francamente intervencionista e, valorizou o trabalho e a livre iniciativa. Adotou o bicameralismo perdido em 1934. Surgiu, então, os primórdios do postulado da justiça social e o aparecimento das linhas iniciais do Estado de Direito Social.

Destaque-se que somente na Constituição brasileira de 1946 que a Justiça do trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, reconhecendo-se seu exercício jurisdicional. E, assegurou também a participação dos empregados nos lucros das empresas, a liberdade de associação e o direito de greve a ser disciplinado em lei especial.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CRFB/67) não relegou os direitos sociais já consagrados e sofreu nova ruptura quando emitido o Ato Institucional nº 5 de 13/12/1968. E, mais tarde, novamente ocorreu nova ruptura implementada desta vez pela Emenda Constitucional nº 1, vigente a partir de 30/10/1969. Em verdade significava bem mais que mera emenda constitucional e, sim, um novo texto constitucional a inaugurar ordem jurídica distinta posta em serviço da consecução de objetivos vinculados ao desenvolvimento econômico (Art. 160 da CRFB/69).

Continuava, a Carta de 1969, a manter o sistema constitucional centralizador, fortalecendo a posição do Chefe do Poder Executivo federal. E, o AI 5/1968 veio municiar o Presidente da República de espécie normativa mais autoritária podendo até mesmo decretar o recesso do Congresso Nacional, de qualquer Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores, intervir nos Estados ou municípios, mesmo sem previsão constitucional, suspender direitos políticos de qualquer cidadão, decretar após interligação, confisco de bens.

Foi suspensa a ordem de *habeas corpus* (Art. 10) e proibida a apreciação judicial de qualquer ato atinente ao Governo Militar.

Houve um regime de exceção sob a vigência das Constituições de 1967 e 1969, que posteriormente ensejou a consagração de novo Estado Social de Direito, o que veio a refletir diretamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, não a toa chamada de “Constituição Cidadã”.

A Constituição de 1967 conduziu ao fortalecimento do Poder Executivo, sobretudo, por propiciar mecanismo mais célere de elaboração legislativa, tornando a função do Congresso Nacional secundária.

O Decreto-Lei se não fosse, no prazo de 60 dias de sua edição, examinado pelo Congresso Nacional, era considerado aprovado por decurso de prazo. A Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) não mais admite a edição de Decretos-Leis pelo Presidente da República. No entanto, todos os Decretos já expedidos até 04/10/1988 e que não colidam com a Constituição continuam aptos a regular, sendo assim, objeto de recepção constitucional.

O controle de constitucionalidade sofreu alteração relevante pela Carta Magna de 1967 conferindo atribuição ao Procurador-Geral da República para promover representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Foi, assim, inaugurado o controle abstrato de constitucionalidade.

Foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (CREUB/34) o nosso marco histórico no constitucionalismo social e a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) impôs sua plena consagração.

Em arremate, em termos de evolução do constitucionalismo, pode-se concluir que primeira aparição do constitucionalismo embora de caráter rudimentar foi entre os hebreus que instituíram um Estado teocrático, criando limites ao poder político por meio das chamadas “leis do Senhor”.

Em todas as fases do constitucionalismo revelou-se a limitação do governo político pelo Direito, são as chamadas limitações constitucionais.

O futuro do constitucionalismo identifica-se com a verdade, com a solidariedade, consenso, continuidade, participação e universalização dos direitos humanos e do ideal de cidadania pura e sadia.

1.4.4 A Força Normativa da Constituição

Um dos maiores avanços em toda a Ciência do Direito é indubitavelmente a aquisição de supremacia por parte das normas e princípios consagrados no texto constitucional. A primazia da Constituição como ordenamento jurídico supremo, principalmente no pós 2ª Guerra Mundial, trouxe uma série de mudanças significativas no modo de encarar o Direito, bem como, modificou de maneira substancial os postulados até então tidos como basilares do ordenamento jurídico. Não há como olvidar-se, também, das modificações substanciais do processo hermenêutico constitucional.

O trauma causado pelas Grandes Guerras, bem como, o avanço de regimes totalitários, fez com que se repense o Direito Constitucional. Melhor dizendo, este foi quase que recriado. O processo de normatização da Constituição, passou, por mudanças profundas, percebeu-se seu caráter multifacetário, passou-se a analisar a Constituição sobre ótica normativa, não uma normatividade cega, e, sim, produto de interações entre poder e sociedade (ser) e Direito e força normativa (dever ser). Vale frisar, todavia, que esse processo não é linear, nem uniforme na experiência constitucional de cada nação, aliás, esta é premissa importante ao analisar-se o Direito Constitucional, sua evolução e aprimoramento ocorre de maneira multiforme e arriscado é generalizar excessivamente os fenômenos constitucionais.

No Brasil, certamente a supremacia constitucional foi um pouco mais tardia, até porque esse papel primordial do Texto Constitucional começa, de fato em questões da história do constitucionalismo, no pós Segunda Grande Guerra e considerando que os anos de 1964 a 1988, foram marcados por um verdadeiro engessamento da Ordem Constitucional, quicá a sua inexistência sob o prisma normativo, difícil, então, afirmar uma normatividade cogente dessas Constituições outorgadas, aliás, característica própria dos períodos de exceção. Não é de admirar-se que somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é que se pode

assistir ao processo de sobreposição aos demais atos normativos infraconstitucionais.

Nesse sentido disserta Barroso (2006, p. 99):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

Vale ressaltar, entretanto, a referida mudança, ainda se opera no País; a substituição de uma exegese cega por análises interpretativas com foco na Constituição Federal e seus ditames, inclusive “programáticos”, ocorre paulatinamente e a luta pela concreção da Constituição como Diploma supremo na defesa dos direitos fundamentais é gradual e cotidiana.

O processo através do qual as Constituições passaram a ser o centro do ordenamento jurídico e irradiador de toda a ordem normativa foi de extrema importância para toda a ciência jurídica, principalmente o Direito Constitucional. A partir de então, passa a ocorrer o fenômeno da “filtragem constitucional”, ou seja, as Constituições passam a agir como verdadeiros filtros através do qual as leis e demais atos normativos devem passar para que sejam válidos, sob pena de declaração de inconstitucionalidade ou até mesmo de incompatibilidade. Ocorre, então, verticalização hierárquica e as Constituições passam a ocupar o topo dessa pirâmide hierárquico-normativa.

Esse processo de supremacia constitucional, que segundo vários teóricos teve início com o clássico julgado *Marbury vs. Madison* da Suprema Corte Americana, foi essencial a todo o desenvolvimento das modernas teorias de controle de constitucionalidade. A própria supremacia constitucional é imanente aos sistemas democráticos que utilizam a Constituição rígida como centro irradiador do Direito.

Assim, assevera Barroso (2003, p. 01 e p. 167):

A supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contra-pesos [...]. É que, através, da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia-a-dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição.

Foi a partir CRFB/88 que se evidenciou de maneira mais manifesta o processo de afirmação da Constituição como Diploma Jurídico Supremo. Os anos seguidos de ditadura militar e a edição de Cartas Constitucionais eivadas de uma incontestável ilegitimidade certamente representam motivos para este retardo. Como consequência disso, ocorre, ainda, o processo de Constitucionalização do Direito Infraconstitucional, bem como das decisões do Poder Judiciário, até então impregnadas de um excessivo apego aos ditames da lei, olvidando-se de princípios básicos norteadores da moderna hermenêutica constitucional e do próprio Direito em si. O próprio STF começou a rever seu entendimento, até então, majoritário e tem feito análise mais humanística integradora da Carta Magna, eis que princípios como a presunção de inocência, “novas” modalidades conjugais, como a união homoafetiva, a entrada dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos com força de Emenda Constitucional, como por exemplo, a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, face ao Pacto de San José, tornaram-se mais presentes nas preocupações jurídico institucionais desta Corte.

1.4.4.1 As teorias contrapostas de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale

Inicialmente, importante, registrar que para melhor compreensão do Constitucionalismo de Konrad Hesse (Força Normativa da Constituição), é importante analisar as teorias contrapostas defendidas no Sec. XIX por Ferdinand Lassale (Sentido Sociológico da Constituição).

Em abril de 1862, Lassale fez conferência na qual defendeu tese que explicaria a verdadeira “essência da constituição”. Para ele, a Constituição – tal como conhecemos – não passa de uma “folha de papel”. Para ele as questões constitucionais não são jurídicas e sim

políticas. É a força política que estabelece a Constituição; e a “Constituição de papel” estaria submetida aos fatores reais de Poder. A “Constituição real” é bem mais forte que a “Constituição de papel” ou jurídica, que sendo de papel poderia ser rasgada sempre que contrariasse as forças políticas do momento.

Assevera que a essência da constituição reside, em verdade, nos fatores do poder que conformam o Direito Constitucional, pois, "Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são" (LASSALLE, 2001, p. 10-11).

Sobre esta assertiva, afirma-se, que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (LASSALLE, 2001, p. 40).

A Constituição somente teria validade, se alinhada com a realidade dos fatores reais do poder. Sua formação seria a transcrição dos valores políticos de um dado momento histórico em um pedaço de papel, e em havendo modificação dos fatores reais do poder, a constituição deixaria de possuir identidade à realidade, e, sua eficácia mantém-se somente no campo do direito.

Ainda em relação ao tema, afirma: “Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito - instituições jurídicas” (LASSALLE, 2001, p. 17).

Nesse contexto, compreende-se, então, que os problemas constitucionais seriam alheios ao campo do Direito, mas problemas de Poder Político.

Contrariando a sua tese, Hesse (1991, p. 14) defendendo a “força normativa da constituição”, afirmou que a sociedade e especialmente os responsáveis por sua liderança devem ter sempre em mente “vontade de Constituição”, que significa uma responsabilidade que permita dar força aos princípios constitucionais, não permitindo que ventos momentâneos tirem a sociedade de seu rumo correto.

Hesse (1991, p. 19) explica que essa vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da

necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

Nesse sentido, pode afirmar que a Constituição elaborada com responsabilidade, e assimilada pelo seu povo, ganha uma “força normativa” tal que não sucumbirá frente as vontades dos “oportunistas” de plantão. A Constituição Jurídica passa a orientar a sociedade, a ser um porto seguro em defesa de Princípios singulares que protegem o povo.

1.4.4.2 A adaptação mútua entre a Constituição jurídica e a realidade político-social

Ordenação e realidade devem ser consideradas em sua relação, em seu contexto e em seu condicionamento recíproco. A inobservância desses dois aspectos ocasionaria uma norma desprovida de qualquer elemento da realidade ou uma realidade sem qualquer elemento normativo.

A aplicação da norma deve encontrar um caminho entre a realidade despida de qualquer elemento de normatividade, de um lado, e a normatividade esvaziada de qualquer elemento da realidade, de outro. Dessa forma, a aproximação desses fatores ajuda a reduzir a tensão entre ambos. Conforme o próprio autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, até porque ela apenas se concretiza quando aplicada na realidade (HESSE, 1991, p. 14-15).

Então, a essência da norma constitucional reside em sua vigência, na qual a pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização. Tem-se que levar em consideração os aspectos sociais, morais, econômicos, naturais, etc. quando se pretende criar uma norma concretizável na realidade. Apesar disso, a pretensão de eficácia constitui elemento autônomo em relação a essas condições, por mais que dependa da relação delas.

O principal aspecto, aqui, a ser explicitado é que a Constituição não é apenas um reflexo das forças sociais e políticas. Ela apresenta não só esse aspecto de expressão de um ser, mas, também, o do dever ser,

pois, devido a sua pretensão de eficácia, a Constituição procura impor uma ordem e conformação a essa realidade. Ou melhor, a Constituição apresenta relação mútua com a realidade: ela é, ao mesmo tempo, determinada pela realidade e determinante em relação a ela.

Constituição Real e Constituição Jurídica se coordenam harmoniosamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição tem significado próprio e consegue força normativa quando, proporcionalmente, realiza seu objetivo de eficácia. Nesse contexto, cabe analisar as possibilidades e limites de sua realização.

Para uma Constituição se desenvolver e lograr êxito, tendo força e eficácia, é preciso que ela se vincule a uma situação histórica e tenha seu ordenamento jurídico orientado pelos padrões da razão. Assim, uma Constituição que procura construir o Estado apenas de forma abstrata e teórica acaba por se tornar estéril. É imprescindível que ela se vincule às forças e tendências dominantes no seu tempo, considerando também as leis culturais, políticas, sociais, etc.

Além da adaptação inteligente a uma dada realidade, a força normativa de uma Constituição depende também da sua disposição em orientar determinada conduta segundo a ordem estabelecida. A Constituição impõe tarefas, mas não realiza nada. Ela só possuirá força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se houver uma vontade de concretizar essa ordem.

Hesse (1991, p. 19) ainda constata que existem três vertentes que fundamentam a vontade de Constituição. Primeiramente, é preciso acreditar que a Constituição não seja passível de retificações e interpretações indevidas, o que abre caminho para governos autoritários e contra os interesses da sociedade. É também necessário que se compreenda que ela precisa estar sempre em processo de legitimação pelos fatos resultantes de um contexto histórico. Por último, é determinante a vontade humana para a vigência da Constituição, lutando pela sua consolidação.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição real e a Constituição jurídica devem ser aplicadas harmoniosamente a fim de a sua aplicação alcançar o bem social almejado, evitando tensões na aplicação das normas constitucionais em favor da sociedade para a qual foi instituída.

1.4.4.3 Eficácia da Constituição

Os requisitos mais importantes para a eficácia de uma Constituição se referem tanto ao seu conteúdo quanto a sua prática, ou seja, os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Enunciaremos abaixo os principais requisitos, de acordo com Hesse (1991, p. 21-32).

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza da realidade atual, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Faz-se extremamente necessário que ela incorpore o estado espiritual do seu tempo. De tal modo, enquanto a mesma for adequada e justa, lhe será assegurado o apoio e a defesa da consciência geral.

A Constituição deve também apresentar uma adaptação a eventuais modificações nas diversas condições pertinentes a uma sociedade. No contrário, se ela não fosse constantemente revisada, ocorreria uma desvalorização da força normativa da própria Constituição.

A Constituição não deve se basear numa estrutura unilateral. Se a Lei Fundamental objetiva preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deverá ela incorporar parte da estrutura contrária.

A fim de possibilitar aplicação mais efetiva da Constituição, tem-se que considerar não só o seu conteúdo, mas também a sua colocação em prática. Para isso, é fundamental a vontade de Constituição. Primeiramente, é essencial respeitá-la e preservá-la. Uma demonstração desse ato acontece quando algum indivíduo se mostra capaz de sacrificar um interesse próprio em favor de um princípio constitucional, assegurando assim um fortalecimento não só da Constituição, mas também do Estado.

É indispensável a estabilidade da Constituição. A suposta necessidade política de reformar a Constituição, o que, aliás, acontece muito no Brasil, abala a sua força normativa. Além disso, mudar uma Constituição repentinamente é cometer um retrocesso a uma sociedade autoritária e inconstitucional.

Importante ressaltar, é inevitável que algumas normas jurídicas se tornem obsoletas com o decorrer do tempo, nada obstante, para que se tenha perspectivas de consolidação de uma Constituição, é preciso o acompanhamento dessa evolução por parte do Estado e pelos próprios

indivíduos, através de um constante processo de acompanhamento da evolução social e do Texto Constitucional.

A interpretação constitucional tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido do enunciado normativo dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

2 ANÁLISE DO DIREITO CIVIL

Nesta segunda parte do trabalho, analisa-se a origem, evolução histórica, fontes, conceito e objeto do Direito Civil Brasileiro.

2.1 ORIGEM DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Direito Civil brasileiro tem suas raízes no antigo Direito Civil português. Pouco depois da proclamação da independência do Brasil, editou-se a Lei de 20 de outubro de 1823, na qual se preceituou que permaneceriam vigentes as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse novo Código, ou não fossem estas normas alteradas.

O Direito Civil português por sua vez decorreu do mesmo fenômeno que se verificou, embora em épocas diversas, em vários dos países europeus: a recepção do Direito Romano.

Em Portugal, essa recepção se deu por meio dos portugueses que foram estudar na Itália. E sua difusão foi devida, principalmente, à Universidade fundada, em 1290, por D. Dinis, em Lisboa, e, mais tarde, transferida para Coimbra.

A par do ressurgimento do Direito Romano, houve o movimento de renovação do Direito Canônico, com a organização de novas coleções legislativas, a iniciar do Decreto de Graciano, as quais, no Séc. XVI, seriam reunidas no que se denominou “Corpus Júris Canonici”, em paralelismo com o “Corpus Júris Civilis”. Essa renovação surgida no Séc. XII, não tardou a refletir-se em Portugal.

A recepção do Direito Romano e os reflexos da renovação do Direito Canônico não conseguem, porém, afastar a utilização dos princípios costumeiros de origem diversa, como os germânicos. Mas é inegável que elas favorecem e isso porque o fortalecimento da autoridade do rei é consequência de princípios evidenciados no estudo do “Corpus Júris Civilis” - o desenvolvimento da atividade legiferante dos monarcas portugueses. Editam-se, assim, as leis gerais, que viriam, no período seguinte, já em pleno Séc. XV, a ser incorporadas nas Ordenações Afonsinas.

Essas Ordenações tiveram a elaboração concluída em 1446. Em sua feitura, foram utilizadas fontes anteriores, como leis gerais (muitas delas reunidas em duas antigas coleções - o Livro das Leis e Posturas e

as Ordenações de D. Duarte), resoluções regias, concordatas e costumes nacionais ou de determinada cidade. Frequentes os empréstimos e as alusões ao Direito Romano e ao Direito Canônico.

No Séc. XVI foram substituídas as Ordenações Afonsinas pelas Manuelinas, que as reformaram e as puseram em dia. Menos de século depois, em 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, que, ditadas pela necessidade de atualizações das Ordenações Manuelinas em face das inúmeras leis extravagantes que se lhes seguiram, conservaram, apesar de feitas sob o domínio espanhol, caráter nitidamente portugueses.

A romanização do Direito português muito deve a essas três Ordenações, quer pelo seu conteúdo, quer por suas extensas lacunas, principalmente na disciplina do Direito Civil.

Com efeito, se grande parte dos princípios nelas inseridos foram tomados de empréstimo do Direito Romano, ou, pelo menos, nestes inspirados, suas lacunas não tiveram papel menor na incorporação das regras romanas ao Direito luso. Isso ocorreu em virtude da utilização das fontes subsidiárias para o preenchimento dessas lacunas.

Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam que nos casos não disciplinados pelas leis do Reino, pelos estilos da Corte, ou pelos costumes, aplicar-se-iam as leis imperiais (Direito Romano) ou, em matéria que envolvesse pecado, os sagrados cânones (Direito Canônico); e, na ausência de norma romana ou canônica, mister seria que se observassem as glosas de Acúrsio, e, na insuficiência destas, as opiniões de Bártolo, ainda que delas dissentssem os demais doutores.

Nesse sistema de fontes subsidiárias, foram introduzidas duas alterações pelas Ordenações Manuelinas: as leis imperiais (Direito Romano) somente se deviam guardar pela boa-razão em que eram fundadas, e as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser aplicadas se contrárias ao entendimento comum dos doutores. A propósito, nada se modifica nas Ordenações Filipinas.

Como nessas fontes subsidiárias avultava o Direito Romano, foi este largamente utilizado em Portugal até a segunda metade do Séc. XVIII, e não apenas serviu para preencher as lacunas do Direito português, mas também pelo prestígio de que desfrutava como “*ratio scripta*”, foi usado, com bastante freqüência, contra textos expressos das Ordenações, generalizando o entendimento de que as normas do Direito lusitano que lhe fossem contrárias deveriam ser interpretadas restritivamente, ao passo que as com ele conformes seriam extensivamente compreendidas, conforme disserta Alves (1993, p. 3-5).

Foi o iluminismo que, a partir da segunda metade do Séc. XVIII se contrapôs ao uso abusivo do Direito Romano, que dominava a praxe forense portuguesa.

A reação em favor do Direito lusitano se iniciou com o Marquês de Pombal, e encontrou sua consagração legislativa na Lei de 18 de agosto de 1769, que ficou conhecida como a Lei da Boa-Razão.

Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, havia uma restrição ao Direito Romano como fonte subsidiária: as leis imperiais só se deviam guardar pela boa-razão em que eram fundadas. Omitiam-se, porém, ambas essas Ordenações quanto ao sentido dessa expressão.

A Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa-Razão) alterou as normas de emprego das fontes subsidiárias, e, por isso, exerceu decisiva influência no campo do Direito Privado, no qual mais intensamente se fazia mister a integração das lacunas. Ela proibiu a utilização de textos ou de autores se houvesse preceito das Ordenações, de leis extravagantes ou de usos do Reino, e determinou que o Direito Romano só se aplicasse quando conforme a boa-razão - que era a *recta ratio* do jusracionalismo buscada nos textos que dela não se houvessem apartado e nas normas do Direito das gentes observadas unanimemente pelos povos civilizados, recorrendo-se, em matéria política, econômica, mercantil e marítima, às leis das modernas nações cristãs.

Complementaram-na os novos Estatutos da Universidade de Coimbra, que, a par de introduzirem radical reforma no ensino jurídico, forneceram critério prático para se aferir a conformidade do Direito Romano com a boa-razão: era o acolhido pelos mais ilustres representantes do *usus modernus pandectarum*.

Essa inovação acarretou profundas alterações no Direito Privado português, por via de interpretação ou de leis novas. Por considerarem em desconformidade com a reta razão a regra romana *nemo pro parte testatus pro parte inésiaius decedere potest* (que se tinha implícita no direito português, pois as Ordenações admitiam o contrário, a título de privilégio, para os soldados), os jusnaturalistas a repeliram, sustentando que o princípio não fora acolhido pelo Direito português, porque, para tanto, se fazia necessário fosse ele expressamente referido nas Ordenações, o que não ocorria.

Além disso, reformas legislativas, igualmente inspiradas em idéias jusnaturalistas, revogaram princípios romanos tradicionais do direito luso. Evidenciam-no as diversas leis pombalinas, editadas nos meados do Séc. XVIII, sobre o Direito sucessório. Nelas, exalta-se a sucessão legítima como a forma sucessória compatível com a razão

humana, estabelecendo-se, por isso, várias e drásticas restrições à sucessão testamentária. Subverte-se o princípio romano de que, para o herdeiro entrar na posse dos bens do *de cuius*, era preciso que deles se apossasse, introduzindo-se o instituto germânico da saisine, pelo qual a posse dos bens hereditários se transmitia automaticamente aos herdeiros.

Esse movimento se acirrará com a implantação, ocorrida no primeiro quartel do Sec. XIX, do liberalismo em Portugal. Para essa exacerbação, concorriam diversas circunstâncias: a difusão das idéias liberais, a exaltação do individualismo, a adoção de princípios jurídicos inspirados nessa nova ordem de coisas e constantes das codificações mais recentes.

Tudo isso explica a razão por que recrudescer, a partir de 1820, tendência que já se observava em Manuel de Almeida Souza: como direito subsidiário se vão deixando de lado as doutrinas romanas dos autores do *usus modernus pandectarum*, para invocarem-se, cada vez mais freqüentemente, os princípios das modernas codificações europeias que, muitas vezes, se afastavam daquelas doutrinas.

Nesse momento, o Brasil proclamava sua independência, desligando-se de Portugal.

Foi em virtude da mencionada Lei de 20 de outubro de 1823 haver estabelecido que permanecia vigente a legislação portuguesa promulgada até 25 de abril de 1821, que não se aplicaram ao Brasil as reformas que o liberalismo, a partir do começo da década de vinte passou a introduzir em Portugal, movido, principalmente, pelos novos preceitos das legislações estrangeiras que começavam a multiplicar-se e que eram diversos da tradição romana do Direito lusitano.

De outro modo, a intensidade da influência das ideias que tinham seu nascedouro na Revolução Francesa era muito maior num país como Portugal, vizinho de suas fontes, do que no Brasil, apartado delas pela distância de um oceano, e absorvido pelos problemas graves da consolidação de sua independência.

A esse fator estático iria, em breve, adicionar-se fator dinâmico: a atuação, no campo legislativo, de Teixeira de Freitas, com a elaboração, em 1857, da Consolidação das Leis Cíveis, e, posteriormente, com a redação, que ficou inacabada, do Esboço, que era o Projeto de Código Civil que o Governo Imperial lhe encomendara.

A Constituição Imperial de 1824, no Art. 179, XVIII, estabelecia: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Em 1830, cumpriu-se parcialmente o preceituado nesse dispositivo: promulgou-se o Código Criminal do Império Brasileiro.

Mas, quase um século precisaria decorrer para que se elaborasse o outro dos códigos, que, na linguagem pitoresca da Constituição, deveriam ser organizados o quanto antes - o Código Civil.

O primeiro passo para a feitura do Código Civil foi a contratação (celebrada em 15.2.1855) de Teixeira de Freitas para realizar, como obra preparatória, a Consolidação das Leis Civas. Anteriormente, Eusébio de Queiroz sugerira que se adotasse como Código Civil o Digesto Português, de autoria de Corrêa Telles, sugestão que morreu no nascedouro, repudiada que foi pelo Instituto da Ordem dos Advogados.

Em três anos, concluiu Teixeira de Freitas essa Consolidação que, em 1897, seria traduzida, em resumo, para o francês, por Raul de La Grasserie.

A Consolidação das Leis Civas pôs ordem no caos dos princípios civis constantes das Ordenações Filipinas e das leis extravagantes, permitindo saber quais as normas que vigoravam no território brasileiro.

O ponto mais alto desse trabalho se situa nas duas centenas de páginas em que se desdobra a Introdução que o acompanha. Nela, distingue Teixeira de Freitas, na execução a que se propôs a parte prática da parte científica. Na parte prática, pela natureza mesma da obra consolidar as regras de Direito Civil em vigor, reduzindo-as a preceitos tão concisos quanto possível, o trabalho dependia de erudição, paciência e fidelidade, não dando azo a criações. Estas criações só encontrariam campo na parte teórica, na demarcação dos limites da Legislação Civil e no sistema de sua exposição.

Na sistemática da Consolidação Freitas revelou, o seu espírito criador. O sistema que adota, após submeter a exaustiva crítica dos Institutos romanos pessoas, coisas e ações, e os modernos, desde o de Leibniz até o dos romanistas alemães representados por Mackeldey.

Nesse contexto, sob as ideias fundamentais, acima mencionadas, Freitas desenvolveu a Consolidação das Leis Civas apresentando em sua primeira divisão duas grandes categorias, que formam a sua Parte Especial. A essa Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de introdução.

A Parte Geral trata em dois Títulos das 'pessoas' e das 'coisas', que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil.

A Parte Especial era composta de dois Livros, em correspondência com a fundamental divisão das duas categorias. O 1º Livro tem por objeto os 'direitos pessoais', o 2º Livro - os 'direitos reais'.

Pela primeira vez, em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã, divisão em parte geral, na qual se reuniam os elementos constitutivos do Direito Subjetivo, e em parte especial, que se colocavam as regras referentes aos Direitos Subjetivos em espécie. Mas, na subdivisão de ambas se afastava da orientação germânica: na parte geral, adstringia-se as pessoas e as coisas, excluindo os fatos jurídicos, por entender que só os fatos voluntários lícitos, os atos jurídicos é que precisavam de ser disciplinados, razão por que a matéria dos fatos deixaria de ser geral, e pertenceria quase toda às matérias especiais dos contratos, havendo muitos direitos que nada têm com esses atos jurídicos, ao passo que sem pessoas e coisas, e ao menos sem pessoas, não há direito algum; e na parte especial se limitava a distinguir os direitos pessoais dos direitos reais, divisão que se lhe afigurava fundamental no tocante aos direitos subjetivos, considerando que a adotada por Mackeldey direito das coisas, direito das obrigações, direito de família, direito das sucessões e concurso de credores - pecava por desnecessária abundância.

Para enquadrar os diferentes direitos numa dessas duas categorias, caracterizava-se os direitos reais como “todos os direitos absolutos, que imediatamente recaem sobre as coisas, ou em unidade complexa, formando o direito de domínio ou propriedade material; e os direitos pessoais como “os que afetam uma ou mais pessoas individualmente obrigadas, e só por intermédio destas recaindo sobre as coisas” (ALVES, 1993, p. 7).

Por isso, no concernente aos direitos pessoais, dividia-os em direitos pessoais nas relações de família (que abarcavam o casamento, pátrio poder, o parentesco, as tutelas e as curatelas) e direitos pessoais nas relações civis (que abrangiam as causas produtoras deles - os contratos e os delitos e as causas de sua extinção); e, nos direitos reais, enquadrava o domínio, a servidão, a herança, a hipoteca e a prescrição aquisitiva (a usucapião).

Reconhecia, porém, Teixeira de Freitas que essa distribuição de matérias não era a que se lhe afigurava a melhor, admitindo seu aperfeiçoamento se se tratasse de codificação nova, na qual pudesse “escolher materiais à vontade”. E observava que a herança apresentava natureza comum às duas espécies de direitos subjetivos, devendo entrar em ambas.

O mesmo acontecia com o concurso de credores e com a prescrição, o que conduzia à necessidade de um terceiro Livro na parte especial, que contivesse as disposições comuns aos direitos reais e aos

direitos pessoais, e que se dividiria em três títulos: o 1º, concernente à herança; o 2º, ao concurso de credores; e o 3º, à prescrição.

Se a preservação, em nosso Direito, das antigas tradições jurídicas portuguesas, hauridas, precipuamente, nas fontes romanas, muito deve à Consolidação das Leis Civis, que foi o obstáculo maior à utilização de elementos estranhos para o preenchimento de lacunas muitas vezes inexistentes, e, portanto, à introdução de princípios alienígenas contrários à nossa formação jurídica, é no Esboço ao Código Civil que o espírito criador de Teixeira de Freitas encontrou terreno propício para evidenciar-se.

Em 1858, Decreto de 22 de dezembro autorizou o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a contratar um juriconsulto de sua escolha para a elaboração do Projeto de Código Civil do Império brasileiro. E o escolhido foi Teixeira de Freitas, que, em 11 de janeiro de 1859, se comprometeu, em contrato firmado com o Governo, a entregar o projeto até 31 de dezembro de 1861. Posteriormente, dilatou-se esse prazo para 30 de junho de 1864.

Entendeu Teixeira de Freitas que deveria elaborar, antes do Projeto definitivo, esboço, e deste já estavam impressos 4.908 artigos, quando seu autor, convencendo-se de que se impunha a unificação do Direito Privado, reunindo-se, assim, as normas de Direito Civil e de Direito Comercial.

Foi a primeira vez que alguém não se limitava a criticar, de maneira vaga como antes o fizeram, na Itália, Montanelli e Pisanelli, e, no Brasil, Pimenta Bueno, a dicotomia Direito Civil e Direito Comercial, mas defendia, propondo-se a efetivá-la em projeto de código, a tese da unificação do direito privado, por estar convencido de que não havia diferença substancial que justificasse a separação.

A proposta de Teixeira de Freitas obteve parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, mas não mereceu aprovação do Governo Imperial e, em 1872 depois da negativa formal de Teixeira de Freitas de ultimar o Esboço de Projeto de Código Civil, por se estar convencido da necessidade dos dois Códigos, como propusera Freitas, foi, então, rescindido o contrato por ele firmado com o Governo. Mas, a ideia estava lançada, e, no futuro, iria alastrar-se.

Assim, na parte geral, tratava das pessoas, às coisas e os fatos. Na parte especial, além de adicionar um terceiro livro cujo conteúdo não chegou a elaborar -, referente às disposições comuns dos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores e prescrição), alterou a subdivisão do livro concernente aos “direitos pessoais”, iniciando pelos

“direitos pessoais em geral” (no qual disciplinou, genericamente, a obrigação), prosseguindo com os direitos pessoais nas relações de família” (no qual se ocupou do direito de família) e concluindo com os “direitos pessoais nas relações civis” (no qual regulou as causas das obrigações); e, no livro dos direitos reais, tratou, primeiro, dos “direitos reais e m geral”, em seguida, dos “direitos reais sobre as próprias coisas” (o domínio e o condomínio), e, por último, dos “direitos reais sobre as coisas alheias” (enfitese, usufruto, uso, habitação e servidões).

Precedendo à própria parte geral, colocou um título preliminar: do “lugar” e do “tempo”, no qual disciplinou os limites da aplicação espacial do Código Civil, e, após acentuar que, no tocante à sua aplicação no tempo, essa matéria seria objeto de lei especial transitória, estabeleceu normas sobre a contagem de prazos.

Nada obstante, percebeu-se que na sua sistemática se afasta Teixeira de Freitas dos Códigos então conhecidos, especialmente do Código Civil francês, modelo de tantos que se lhe seguiram. Aparta-se deles, também, em pontos fundamentais, na disciplina dos diversos institutos jurídicos.

É especialmente na parte geral do Esboço do Código Civil (1952, p. 229) que ressalta seu espírito inovador, distingue a capacidade de direito da capacidade de fato, e, quanto àquela, faz observação que só em tempos muito mais recentes se vai tornando realidade jurídica. No Direito contemporâneo, é com base nisso que os civilistas modernos diferenciam a personalidade jurídica da capacidade de direito, aquela é conceito absoluto existe, ou não existe; esta é conceito relativo, existe em maior ou menor grau, é a medida da personalidade jurídica.

Por outro lado, Freitas (1952, p. 229), divide as pessoas em pessoas de existência visível (o homem) e pessoas de existência ideal (as pessoas jurídicas), Quanto às primeiras, reconhece-lhes a aptidão de adquirir todos os direitos civis, independentemente da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política; atribui-lhe existência desde a concepção, distanciando-se dos textos romanos que afirmavam que, durante a gestação, o filho ainda não era criatura humana, e optando pela solução do Código da Prússia, que preceituava: “os direitos comuns à humanidade pertencem aos filhos que não são ainda nascidos, a contar do momento de sua concepção, no mesmo sentido, aliás, do direito das Ordenações Filipinas; para o nascimento, exige apenas a vida extrauterina, deixando de lado a vitalidade, à semelhança do Código prussiano e diferentemente do Código de Napoleão; a ausência vem disciplinada na parte geral, e não juntamente com o direito de família; e, no tocante à comoriência, aparta-se do direito anterior, que se ajustava

aos princípios do “Corpus Iuris Civilis” e do Código Civil francês, e estabelece que quando não se possa saber qual delas faleceu primeiro, dever-se-á presumir que faleceram todas ao mesmo tempo, sem que se possa alegar transmissão de direitos entre elas.

No que diz respeito às pessoas de existência ideal (as pessoas jurídicas), apresenta o Esboço, pela primeira vez numa codificação, a disciplina, sob todos os aspectos, desse instituto, o que mereceu de Freitas (1952, p. 158) esta nota ao Art. 272:

Com algum receio apresento este título sobre as pessoas de existência ideal, não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, aliás, meramente exterior, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito, e sem a qual entretanto não se pode conhecer a teoria das pessoas, e toda a beleza e majestade do Direito Civil. Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais, em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico em jurisprudência.

Em matéria de coisas, depois de acentuar, no Art. 317, que “todos os objetos materiais susceptíveis de uma medida de valor são coisas”, as restringe às corpóreas no Art. 319 “Os objetos que, sendo susceptíveis de uma medida de valor não foram objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido deste Código”. E se afasta do direito romano ao excluir da categoria das coisas as “res communes omnium hominum”, pela consideração de que “os objetos materiais comuns e inexauríveis não são elemento de direito”.

É, porém, na disciplina dos fatos jurídicos como fontes produtoras de direitos subjetivos que há, em terreno particularmente difícil, antecipações que merecem destaque. Não escapou a Teixeira de Freitas a distinção, a que aludira Savigny sem aprofundá-la, entre os atos jurídicos, com base no modo pelo qual operava a vontade: se dirigida diretamente ao nascimento ou à extinção da relação jurídica, declaração de vontade ou negócio jurídico; se dirigida imediatamente a outros escopos, tendo o efeito jurídico posto secundário na consciência ou não sendo ele desejado, atos jurídicos que não são negócios jurídicos, categoria que permaneceu inominada na obra de Savigny.

Adotou-a Teixeira de Freitas, no Esboço, após acentuar, no Art. 435, que os fatos voluntários, ou são atos lícitos, ou ilícitos e que são

atos lícitos as ações voluntárias não proibidas por lei, de que possa resultar alguma aquisição, modificação, ou extinção de direito, refere, no art. 436, os atos lícitos que não têm por fim imediato a aquisição, modificação, ou extinção de direitos, mas que somente produzirão esses efeitos nos casos que na lei foram expressamente declarados, e, em seguida, alude, no Art. 437, aos negócios jurídicos a que dá a denominação de atos jurídicos: Quando os atos lícitos tiverem por fim imediato alguma aquisição, modificação, ou extinção de direitos, serão designados pela denominação de atos jurídicos.

Em dois pontos se adiantava Freitas e Savigny: primeiro, porque este, ao aludir aos atos jurídicos que não eram negócios jurídicos, enquadrava neles atos lícitos e atos ilícitos; segundo, porque, enquanto Savigny apenas fazia a distinção, Freitas ressaltava claramente que os efeitos desses atos lícitos seriam somente os previstos na lei, o que só veio a ser evidenciado pela doutrina mais moderna, a partir do início do Séc. XX, com Manigk, ao basear a distinção entre negócios jurídicos e participações de vontade na diferença entre efeitos *ex voluntate* e efeitos *ex lege*.

É admirável, no plano estrito do legislador, a intuição de Freitas em incluir no Esboço esse Art. 436. Só recentemente, em 1967, é que o novo Código Civil português veio a ocupar-se deles, preocupando-se, porém, apenas em alertar que a tais atos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as normas do negócio jurídico. E cabe, ainda, assinalar que, no terreno movediço do negócio jurídico, não escapou a Freitas a existência do que a doutrina mais moderna denomina negócio de atuação, são os negócios jurídicos em que a vontade não é declarada, mas somente expressa mediante atuação.

No art. 446, já preceituava que os atos exteriores de manifestação de vontade podiam consistir na execução de algum fato material, consumado ou começado', e não apenas na expressão positiva ou tácita da vontade. Quanto aos contratos, que o art. 438 refere como exemplo de atos jurídicos entre vivos, apressa-se Freitas em advertir que não adota o conceito amplíssimo que lhe deu Savigny, mas o restrito: o de contrato obrigatório.

Na parte especial do Esboço, encontram-se anotações com alguma abundância na seção I "Dos direitos pessoais em geral" do Livro segundo "Dos direitos pessoais", na qual se disciplina a parte geral das obrigações. Do exame dessas notas, porém, se verifica que, Freitas expressa opiniões críticas com relação ao Direito Romano e à legislação e à doutrina de seu tempo, há inúmeras em que, ou se adstringe a citar textos romanos sem indicação de fonte, ou os cita com observações

complementares. Não é, porém, difícil localizar, nas fontes romanas, os textos que Freitas, em apoio dos artigos que inclui no Esboço, transcreve sem qualquer indicação. Tomou-os, em sua quase totalidade. Não poucas vezes, critica as soluções adotadas pelo Código Civil francês e que se contrapõem àquelas. Quando se afasta do Direito Romano, diz a razão de dele se haver apartado.

Já na seção II "Direitos pessoais nas relações de família" desse mesmo Livro segundo, regulam-se os esponsais e os pactos antenupciais, admitidos também no direito anterior. Disciplina-se a celebração do casamento em face da Igreja Católica, bem como os matrimônios mistos autorizados, ou não, por ela. O regime legal de bens é o que vem do Direito português: o da comunhão universal. Ao lado dele, regulam-se os regimes da separação e o dotal. O divórcio não é o romano, mas o canônico: a separação de pessoas e de bens, sem dissolução do vínculo matrimonial. Permite-se, porém, a dissolução do casamento celebrado sem autorização da Igreja Católica, se convertido o cônjuge não-cristão ou não-católico, este casar-se com outrem perante aquela Igreja. Segue-se o princípio romano impeditivo da *turbatio sanguinis*, com a extensão que teve no período pós-clássico, um a vez que se exige, para passar-se ao segundo casamento, a observância do prazo mínimo de dez meses, qualquer que seja a causa da dissolução do primeiro matrimônio. Aos filhos que tenham domicílio de origem no Brasil só se permite a legitimação pelo subsequente casamento. Proíbe-se o reconhecimento dos filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos. Disciplina-se a adoção, admitida, também, no direito anterior. Regula-se, por fim, largamente, a tutela e a curatela.

Na última seção a III, "Dos direitos pessoais nas relações civis" do Livro segundo, encontram-se os preceitos sobre as obrigações derivadas dos contratos, dos atos lícitos que não são contratos, dos atos involuntários, dos fatos que não são atos e dos atos ilícitos. Merece destaque, nessa parte do Esboço, a sistematização das matérias, especialmente no tocante aos preceitos relativos ao contrato em geral e aos referentes às obrigações derivadas de atos ou fatos que não contratos. Há, na disciplina de todas essas obrigações, principalmente quanto às de origem contratual, larga inspiração romana. Dela, porém, não raras vezes se aparta, mantendo princípios da tradição luso-brasileira, com o sucede, por exemplo, no mandato, que implica necessariamente a representação convencional, como se vê do Art. 2.853: "Haverá mandato, como contrato (art. 1.830), quando uma das

partes se tiver obrigado a representar a outra em um ou mais atos da vida civil".

No derradeiro e Terceiro Livro do Esboço que chegou a elaborar o referente aos direitos reais, Freitas, na disciplina desses direitos, segue, em geral, as diretrizes do Direito Romano. Adota o sistema do "numerus clausus" e distingue os direitos reais sobre coisas próprias (o domínio e o condomínio) dos direitos reais sobre coisas alheias (enfiteuse, usufruto, uso, habitação, servidões).

Regula, em seguida, a posse, e, aí, é manifesta a influência de Savigny e do Código da Prússia. Vários de seus artigos reproduzem parágrafos desse Código. Por vezes, a nomenclatura é análoga, mas o sentido diferente. É o que ocorre com a "simples detenção", com a "posse perfeita" e com a "posse imperfeita": a simples detenção como disciplina no Esboço, abarca não apenas os casos de detenção do Código da Prússia, mas também alguns de posse imperfeita; e a distinção entre "posse perfeita" e "posse imperfeita", com a estabelecida no Esboço, se assenta, principalmente, nos conceitos de "domínio perfeito" e de "domínio imperfeito" adotados por Freitas, sendo que, ainda, a "posse imperfeita" abarca, também, as hipóteses de exercício de direito real sobre coisa alheia "exercível" pela posse.

A semelhança do que se verifica no Código Prussiano, a disciplina da detenção e da posse, no Esboço, é muito minuciosa. Quanto à aquisição de direitos reais, observa Freitas a distinção romana entre o título e o modo de aquisição. Este, com relação às coisas móveis, é a tradição, ao passo que, no tocante aos imóveis, inovação digna de realce, é a transcrição no Registro Conservativo.

No concernente ao domínio, distingue o perfeito (direito real perpétuo de um a só pessoa sobre um a coisa própria móvel ou imóvel com todos os direitos sobre sua substância e utilidade) do imperfeito (que é o direito real resolúvel, ou fiduciário, de um a só pessoa sobre um a coisa, que aliena somente seu domínio útil). Permite o usufruto de coisas fungíveis e o usufruto de créditos. E a servidão de tirar água é o último instituto disciplinado pelo Esboço, na parte que chegou a ser publicada.

Embora não se tenha transformado no Código Civil brasileiro e não tenha sido concluído, o Esboço do Código Civil (Ministério da Justiça, 1952) exerceu grande influência sobre o Direito Civil latino-americano.

O último projeto de Código Civil elaborado no Império é o de Felício dos Santos, advogado que, (1882, p. 208), ofereceu ao Governo seus Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro. Foi então

nomeada uma comissão, para examiná-los, constituída por cinco dos mais notáveis civilistas da época: Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Antônio Ferreira Viana, Francisco Justino Gonçalves de Andrade e Antônio Coelho Rodrigues.

Em setembro do mesmo ano, essa Comissão se manifestou no sentido de que, embora fossem os Apontamentos trabalho de elevado mérito, deveriam sofrer alterações para tornarem-se um projeto em condições de ser revisto. Em vista disso, determinou o Governo que essa mesma Comissão (e nela teve ingresso Felício dos Santos) passasse a ter caráter permanente e organizasse o Projeto de Código Civil.

Entretanto, pela retirada voluntária de alguns de seus membros, os trabalhos não chegaram a bom termo, e, de 1884 a 1887, Felício dos Santos publicou cinco volumes de comentários aos 2.692 artigos que o compunham. Antônio Coelho Rodrigues, que examinou mais aprofundadamente esse Projeto, o criticou largamente quanto ao plano adotado, à sua execução e à sua forma. O plano era inspirado no civilista português Coelho da Rocha: título preliminar (Da publicação e efeitos e aplicação das leis e m geral), parte geral (constituída de 3 livros sobre, respectivamente, as pessoas, as coisas e os atos jurídicos em geral) e parte especial (com também 3 livros referentes às pessoas, às coisas e aos atos jurídicos em particular).

No ano mesmo em que se proclamou a República - 1889 -, o Visconde de Ouro Preto organizou um ministério cujo Ministro da Justiça foi Cândido de Oliveira, que, menos de um mês depois de haver sido nomeado, constituiu comissão para elaborar novo projeto de Código Civil. Dela, dentre outros, faziam parte Afonso Pena, Olegário Herculano de Aquino e Castro, Silva Costa e Coelho Rodrigues. Sob a presidência do próprio Imperador D. Pedro II, reuniu-se oito vezes, tendo sido dissolvida pelo advento do novo regime político.

Proclamada a República, e ainda durante o governo provisório, Campos Sales, como Ministro da Justiça, contratou com Antônio Coelho Rodrigues, em 1890, a elaboração de Projeto de Código Civil. Redigido quase integralmente na Suíça - e fortemente inspirado no Código Civil de Zurich -, o trabalho de Coelho Rodrigues foi concluído em janeiro de 1893, e, logo após, entregue ao governo, que nomeou, para examiná-la, uma comissão de três juristas.

O parecer foi contrário à acolhida do Projeto, tendo havido resposta de seu autor, réplica da Comissão e tréplica daquele. O plano do Projeto é este: Parte Geral (dividida em três livros: o primeiro relativo às pessoas; o segundo, aos bens; e o terceiro, aos fatos e atos

jurídicos) e Parte Especial (constituída de quatro livros: o primeiro referente à obrigações; o segundo, à posse, à propriedade e aos outros direitos reais; o terceiro, ao direito de família; e o quarto, ao direito das sucessões).

Em 1899, convidado por Epitácio Pessoa, então Ministro da Justiça, para elaborar Projeto de Código Civil aproveitando, no possível, os trabalhos anteriores, Clovis Beviláqua inicia a obra no princípio de abril e a conclui nos últimos dias de outubro do referido ano. Ouvidos alguns jurisconsultos, resolveu o Governo nomear um a Comissão para rever o Projeto, e dela fizeram parte cinco eminentes juristas: Olegário Herculano de Aquino e Castro, Amphilóphio Botelho Freire de Carvalho, Joaquim da Costa Barradas, Francisco de Paula Lacerda de Almeida e João Evangelista Sayão Bulhões Carvalho.

Nesse mesmo ano de 1899, e antes de se iniciarem as reuniões dessa comissão, Carlos Augusto de Carvalho, como contribuição informativa para o estudo do Projeto de Clovis Beviláqua, publicou um a consolidação das leis civis vigentes no Brasil, sob o título: Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis, onde reuniu, sistematicamente, as leis civis vigentes no País e m 11 de agosto de 1899.

Depois de duas revisões (a segunda com a participação de Clovis Beviláqua) realizadas pela comissão acima referida, o Projeto foi submetido, em novembro de 1900, ao Congresso Nacional, onde, após longa e nem sempre calma tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, foi ele aprovado em sessão da Câmara dos Deputados em 26 de dezembro de 1915, com a presença de 120 membros daquela Casa. Sancionado em 1º de janeiro de 1916, entrou o Código Civil brasileiro em vigor e m 1º de janeiro de 1917.

2.2 AS FONTES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O estudo sobre as origens e influências jurídicas do Código Civil Brasileiro de 1916, tem como ponto de partida o Direito Romano pelo fato de ter sido este por excelência a fonte subsidiária das Ordenações portuguesas. Nas palavras de Cruz (1975, p. 178) podemos perceber a importância dessa consideração:

No domínio da história do direito, o problema cresce de interesse e importância quando recuamos em data e remontamos a épocas em que

a escassez e a imperfeição das fontes imediatas – e, sobretudo, o seu caráter incompleto – obrigavam, não poucas vezes no quadro dos diversos direitos nacionais, um lugar de maior relevo e de mais larga aplicação do que as próprias normas de direito pátrio. E quando com este fenômeno se conjuga o do recurso por diferentes povos a um mesmo manancial de normas subsidiárias – como sucedeu durante a Idade Média e nos Tempos Modernos, em todos os países da Europa Ocidental, como o recurso ao direito romano-canônico.

Portugal, que por sua vez também não diferiu das demais nações da Europa Ocidental, também teve no Direito romano-canônico, o manancial das fontes que preencheriam as lacunas impostas pelas imperfeições do Direito nacional incipiente.

O Ordenamento nas Filipinas, que teve suas normas promulgadas em 1603, ainda durante o domínio da Espanha sobre Portugal e após a restauração da independência, confirmadas por D. João IV, são consideradas mera versão atualizada das anteriores, e representavam a tradição e o atraso jurídico português, incondizente com os avanços nos campos políticos, econômico, mercantil e ideológico, pelos quais passavam as nações ocidentais do continente europeu.

Nesse contexto, continua Cruz (1975, p. 35):

Apresentavam-se antiquadas, porque a preocupação de respeitar a tradição jurídica portuguesa absolveu de tal forma o espírito dos seus compiladores – a fim de evitar possíveis descontentamentos que elas nasceram, pode dizer-se, já envelhecidas: em vez duma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples atualização das Afonsinas. Modificadas na redação e na forma, as Ordenações de Filipe II conservam, assim, em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos.

As Ordenações também eram consideradas defeituosas, devido à falta de clareza da linguagem empregada, as freqüentes contradições, a prolixidade dos conceitos legislativos, e, sobretudo pelo caráter lacunoso de suas disposições. Essas lacunas eram evidentes no que diz respeito ao Direito Privado, ao qual pertence o Direito Civil.

As Ordenações lusitanas por serem muito deficitárias, como também o eram a legislação complementar (leis do Reino, estilo da corte e costume) acabaram ficando a mercê do direito subsidiário romano-canônico, que era amplamente acatado, passando na prática a assumir caráter normatizador, em detrimento das leis nacionais, como explica Guilherme Braga da Cruz em “Comunicação ao II “Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros”, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV Centenário da cidade de São Paulo:

E daí a necessidade dum larguíssimo recurso do direito subsidiário – o mesmo é dizer, praticamente, ao direito romano – para o preenchimento dessas lacunas e para o próprio entendimento das defeituosas disposições das leis pátrias.

O recurso ao direito romano, como fonte subsidiária, estava, aliás, autorizado pelas próprias Ordenações, que para ele remetiam expressamente a resolução dos casos omissos, com exceção daqueles que envolvessem matéria de pecado, e que deveriam, de preferência, ser resolvidos pelo direito canônico. E, como complemento do recurso do direito romano, autorizavam ainda as Ordenações a utilização da Glosa de Acúrsio e das Opiniões de Bártolo, desde que não fossem contrariadas pela opinião comum dos doutores. Essa literatura jurídica usava e abusava do recurso do direito romano, consentido pelas Ordenações, chegando abusivamente a invoca-lo contra o texto expresso das leis pátrias, ou forçando a interpretação destas num sentido mais consentâneo com a tradição romanista.

É, portanto, devido à ampla utilização do Direito Romano na prática jurídica portuguesa, que recorreremos aos primórdios do Direito

em Roma e sua influência na evolução dos estudos jurídicos na Europa Ocidental, em Portugal e conseqüentemente no Brasil.

A Ciência do Direito, considerando elementos fundamentais e estáveis, agrupa a diversidade de direitos existentes, em “famílias”. Embora não haja uma concordância geral em relação aos critérios utilizados para esse agrupamento, reconhecemos que é nesse sentido que se procura esses tipos de reduções ou simplificações, facilita a apresentação e a compreensão das diversas formas nas quais aparece o Direito, dos tempos mais remotos à contemporaneidade.

David (1986, p. 18) analisando a multiplicidade dos grandes sistemas do direito contemporâneo apresenta uma dessas classificações, na qual o direito se encontra dividido em três grupos ou “famílias” principais: família romano-germânica, família da Common Law e família dos direitos socialistas.

A família romano-germânica, que nos interessa, concebe as regras do Direito como conduta, preocupando-se com a justiça e a moral, elaborando o Direito a partir de razões históricas, constituída pelos países nos quais a Ciência do Direito se formou sobre a base do Direito Romano:

[...] tem seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e países germânicos (DAVID, 1986, p. 18).

Sua influência chega também a territórios não europeus, como África, Oriente Próximo, e principalmente América Latina, pelos meios da colonização e da “recepção” voluntária dos seus preceitos, obtendo conotações próprias devido às características históricas e culturais de cada país.

Um dos grandes momentos da expansão da família romano-germânica está relacionado ao fenômeno que ocorre a partir do Séc. XIX, quando muitos países utilizando-se da técnica jurídica de

codificação creditada a orientação deste grupo, iniciaram o processo de elaboração de códigos.

Dentre os romanos o Direito surge com a necessidade de administrar com mais eficiência os vastos domínios imperiais. Os costumes e as tradições romanas há muito haviam se mesclado com os dos povos por eles dominados. Sendo, portanto, necessário à utilização de técnica do exercício do poder mais eficaz. O Direito vem dotar dessa característica, legislativa, o poder imperial, que através de suas leis estabelecia a conduta dos romanos e dos povos conquistados.

A extensão do império significava complexidade não só administrativa, social, comercial, mas também familiar, com uma concepção diferenciada de pater poder concebida a partir da organização de um Estado forte e centralizado. Todavia, a forma de direito legislativo, que viria atender ao poder imperial, era somente umas das concepções de direito existente entre os romanos. Outro conceito era o de Direito enquanto “criação intelectual de uma ciência especializada altamente diferenciada” (WIEACKER, 1967, p. 16).

A primeira forma foi a que de fato existiu entre os romanos, o Direito imperial, a segunda, o Direito jurisprudencial clássico, se fará representar pela época do Dominato, último período do direito romano, no Baixo império, período que se estende do governo de Diocleciano ao de Justiniano. Sendo a principal obra de referência desse período, o “Corpus Júris”, compilação feita por Justiniano de 529 a 534, no oriente, encomendada a Triboniano.

Após a compilação de Justiniano, as fontes utilizadas por Triboniano perderam o valor legal, inclusive foram alvo de destruição para consolidar o título de “codificador” para este imperador romano. Outros importantes documentos jurídicos que marcaram o Dominato foram os Éditos de Constantino e de Teodósio, ímpares por terem oficializado o Cristianismo como religião oficial do império.

É importante, neste momento, chamar atenção para o fato de que, com essa oficialização, e o crescimento, não menos imperial, das fronteiras da religião cristã, dará a esta um poder cada vez mais universal, poder que será alvo de um conflito secular nos países ocidentais que beberam das fontes romanas, não só no que diz respeito ao âmbito jurídico, mas também em todos os outros aspectos da sociedade, inclusive, no religioso, que perdurará até o Séc. XIX.

Este conflito consistirá nas relações entre o poder temporal e o espiritual. Vale reiterar que esse é um dos pontos polêmicos em nosso objeto de estudo, nesta parte do trabalho, quando da época do processo de laicização dos Estados modernos, com o processo de codificação das

leis civis, e a conseqüente separação entre a sociedade civil e religiosa, e portanto entre os poderes temporal e espiritual, gerando disputas pelas delimitações de atuação prescritas a ambos os poderes.

Com o desmembramento do Império Romano do Ocidente, no século V, em domínios estabelecidos pelos povos germanos, e a conseqüente descentralização administrativa, serão também desarticuladas as tentativas de unificação jurídica que o Estado romano tivesse feito até então.

Um fator responsável pela manutenção do Direito Romano, mesmo após a queda do império, foi a aplicação do princípio de personalidade do direito, ou seja, a permissão pelos povos invasores de que os romanos continuassem utilizando suas próprias regras. Isso só foi possível pela distância que existia entre as leis romanas e as leis “bárbaras”, dado, o alto nível de desenvolvimento das primeiras.

Depois da queda do império, as compilações acima citadas foram vulgarizadas, ou seja, pelo aspecto de espontaneidade com que eram aplicadas pelas populações invasoras e também por serem mescladas com as “leis” e costumes germânicos, não foram utilizadas com a erudição que exigiam. Esse Direito consuetudinário, constituído a partir dos costumes e tradições dos “povos bárbaros”, foi a base do Direito feudal, também de caráter local, que se utilizará em muitas ocasiões das condutas estabelecidas por aqueles. Esse direito vulgar, por ser constituídos de regras que eram de utilização restrita a um determinado povo ou local, ofereceu poucos estímulos para serem feitos registros, como no caso das compilações imperiais que unificavam uma imensidade territorial e uma variedade de povos.

Antes do Séc. XIX eram raras as compilações oficiais ou privadas que estarão fazendo parte do cenário jurídico europeu, que se caracterizavam por seu conteúdo de costumes regionais e pela utilização de línguas vulgares em sua elaboração. Dentre essas compilações que aparecem em diversos países, do Séc. XIII ao XVIII, se destaca a de Carlos VII, com os costumes franceses, entre os Sécs. XV e XVI. Porém, a mais representativa do período, foi a realizada por Afonso X, rei de Castela, denominada de Siete Partidas, de 1265, passando a ter caráter legislativo pela Ordenação de Acalá, em 1384. As Siete Partidas foram inovadoras para a época, pelo fato de conciliar os costumes castelhanos aos Direitos Romano e Canônico. Também serão importantes no processo de romanização do Direito espanhol e português, tendo evidentemente, alcance em terras latino-americanas.

Muitos autores consideram, por esse fato, que embora a ideia de Direito permanecesse, o Direito Romano, um “sistema jurídico sem precedentes”, houvera desaparecido. A Idade Média, pelo menos em todo seu primeiro período, se constituiria no cenário para esse obscurecer das ciências jurídicas entre os povos ocidentais.

Nesse contexto, a Igreja Católica, que ainda à época do antigo império já era detentora de vasto campo de influência ideológica, emergiu com a maior autoridade centralizada constituída entre os povos romanos e germânicos. E continua a assumir, agora, com mais propriedade, atividades públicas, administrativas, sociais, culturais. Bem como, as funções atribuídas à jurisdição, constituindo, como já vinha sendo instituído desde o início da Era Cristã, o Direito Canônico.

A ética cristã, formadora desse Direito, era o único instrumento catalisador das diferenças entre romanos e os germânicos, sendo os últimos, voluntariamente influenciados pelo cristianismo ainda à época do império. A influência do poder espiritual sobre as instituições jurídicas se estenderá até a Idade Moderna, conforme Wieacker (1967, p. 17-18):

[...] a cristandade fixou desde o início o conceito de direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando os juristas estavam pouco conscientes dessa relação. Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele sempre tinha que se legitimar. [...] Ainda que ela seja considerada uma descoberta do espírito grego, o certo é que, para o pensamento jurídico europeu até ao início da época moderna, foi quase exclusivamente mediada pela teologia.

Utilizando-se de instrumentos romanos, o Direito e o latim, e se desenvolvendo independente ao Direito Civil, a Igreja Católica cria seus próprios elementos jurídicos, suas próprias leis e tribunais, o seu próprio direito, o Canônico, que tinha como fontes além da vontade divina, a

principal, os textos bíblicos, onde estavam registrados os escritos dos Apóstolos de Cristo, e também resoluções papais.

O Direito Canônico catalisará características do Direito Romano e do Direito Consuetudinário dos germânicos, tendo um vantajoso raio de influência entre os vários povos europeus. A Igreja Católica, após a queda do Império Romano do Ocidente, se instrumentaliza para assumir, de maneira mais ampla, com um caráter não menos imperial, terrenos antes essencialmente de domínio do poder temporal. Essa interferência se fará sentir, por vários e longos séculos, principalmente no âmbito privado, do Direito Civil. Instituições como a do casamento e do divórcio, entre outras, foram regidas pela batuta eclesiástica até inícios do Séc XIX, quando do início do fenômeno da codificação civil, verificado a partir deste período entre os países da Europa Ocidental e América.

É interessante perceber como a igreja, com seu poder espiritual reivindica espaços até então de exclusividade do Estado, detentor do poder temporal, e como no período da Idade Média isso se torna possível em se tratando das questões jurídicas, já que o Direito Laico não se encontrava em condições de ser a instituição de unidade e estabilidade jurídica necessária à sociedade. Posteriormente, quando da formação do Estado Moderno, dos Séc. XIV ao XVI, os grandes defensores desse modelo de Estado, invocaram os poderes divinos aos seus governantes centralizadores, como forma de justificar a monarquia. Nesse período, o Direito Canônico vai se constituir em um grande obstáculo para a unificação legislativa, indispensável ao processo de centralização do poder real e formação do Estado Nacional.

No contexto geral de renascimento das cidades, do comércio, das universidades e de outras instituições, o Direito Canônico conjuntamente com “Corpus Júris” romano, O Breviário de Alarico (*Lex Romana Wisigothorum*), dos germânicos, uma compilação simplificada das leis romanas, promulgado em 506, na França e na Península Ibérica, será uma das fontes fundamentais do renascimento da ciência jurídica, dando surgimento ao sistema jurídico romano-germânico, através do estudo da Teoria do Direito Romano (DAVID, 1986, p. 31).

A idéia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma idéia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a essa idéia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e

juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça. Que a razão permite reconhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurara substituir a regra do poder pessoal pela democracia. [...] A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Essas idéias tornam-se as idéias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestável, até os nossos dias.

Esse tom anárquico conferido ao período da Idade Média, gerado pelas mesclas do Direito Romano, nessa fase já residual, canônico e consuetudinário, provocou uma tensão nas ordens jurídicas. O renascimento dos estudos da Ciência do Direito, nos séculos XII e XIII viria trazer uma organização a essas ordens, contudo, sua obra foi apenas de persuasão, não constituiu na imposição da uniformidade pela via da autoridade.

Esse renascimento se fará representado pelos estudiosos da Universidade de Bolonha. A Itália, como não poderia ser diferente, o centro do renascimento do comércio e das cidades, devido a abertura do Mediterrâneo, inauguraria o rico período de retorno às culturas clássicas, que não se deteria apenas à arte e a literatura, mas também, e inclusive, aos estudos da teoria do direito. Buscar no Direito Romano a mais eficiente forma de sistematizar a conduta de uma sociedade, no âmbito público e privado, de que a história da humanidade já tivera notícia.

Esse período havia se constituído a partir da disseminação de um direito de característica localista, pautado nos costumes e nos tradições dos inúmeros povos que ocuparam a Europa nas duas fases de invasões germânicas. Portanto, tendo o intuito de acabar com o “atraso” que essas leis locais representavam, em nenhuma das universidades européias que se dedicaram ao estudo da teoria jurídica, o Direito local, ou consuetudinário, fez parte do currículo dos estudos da ciência do direito, o motivo, argumenta David (1986, p. 42):

O Direito ensinado nas universidades não está, do mesmo modo, ligado ao passado nem a um território; obra da razão, situa-se acima das contingências ou tradições locais. Pode-se exigir que regule as relações de tipo novo; está apto também a fornecer uma regulamentação aceitável por todos, nas relações entre estrangeiros. Os costumes eram o direito de sociedades tradicionais e fechadas; o direito das universidades é o de uma sociedade universal, aberta para o futuro. Essas duas características explicam a sua expansão, e eventualmente sua recepção.

Direito Romano e Direito Canônico se constituirão nas principais e mais apreciadas fontes para os estudos das ciências jurídicas que renasce no século XII. São os estudos dessas duas ordens jurídicas que dão origem ao “Jus Commune”, numa tendência de fundir características dos dois Direitos. Esse quadro se modificara somente no final do Séc. XIX e início do Séc. XX, quando o período das codificações desviará olhares de interesse também para o Direito Nacional, mas que evidentemente receberá maciça influência dos dois primeiros.

2.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Desde o início das civilizações os homens mantêm relações jurídicas das mais variadas, sendo que o Direito Civil, ramo do Direito que regulamenta as relações jurídicas entre os particulares, que começa antes do nascimento e perdura até depois da morte, expressão evidente da autonomia da vontade nas relações jurídicas, inegavelmente, possui papel de destaque na vida social. Além disso, numa perspectiva moderna, assume ainda papel relevante na proteção de valores existenciais no que toca a esfera de direitos intersubjetivos das relações privadas. .

Por outro lado, a história do Direito Civil, apesar de muitos fazerem referência ao Direito Romano, contempla influências marcantes, em sua estrutura, na modernidade. De Roma, apenas uma feição residual, porque o *corpus iuris civilis* abrangia toda a matéria que não fosse Direito Penal. Portanto, a essência do Direito Civil, tal como conhecemos hoje, foi estruturada a partir de 1804, quando da edição do primeiro grande Código Civil da era moderna, o Código

Napoleônico – *Codede France*. Sua importância se deu em razão de ter sido elaborado no momento da ascensão da Revolução Francesa. Assim, o Código Frances levou para o âmbito jurídico os ideais da revolução francesa: igualdade, liberdade e fraternidade.

Tudo que se desejava naquela época era combater o absolutismo estatal, ou seja, o particular deveria ser autônomo, a propriedade privada era valor inalienável, o juiz deveria, tão somente, realizar o trabalho de subsunção da norma. Afinal, os juízes, de regra, compunham a classe da vulnerada aristocracia. Nesse contexto, a presença do Estado foi combatida, expurgada do Direito Civil.

As relações civis seriam entre pessoas livres e iguais, sendo que a presença do Estado, nesta seara, era considerada invasiva, posto que, no entender da época, afetaria a liberdade e a igualdade das partes. Houve, nesse momento, a clara separação do Direito entre Público e Privado.

Após o Código Civil Francês, o Código Civil Alemão foi o segundo grande Código da era moderna. Todo Código reclama valores, princípios norteadores, mas é importante que se firme existirem diferenças entre compilação e consolidação. Nesse contexto, o referencial histórico dos Códigos francês e alemão era o individualismo e o patrimonialismo, posto que fosse necessário, naquele momento tutelar, sobretudo, o patrimônio e o indivíduo. Para proteger o patrimônio da pessoa individualmente considerada, entendia-se necessário expulsar o Estado das relações jurídicas e conflito entre particulares.

No Brasil, a primeira norma que regulou o Direito Civil foi a CREUB/1824. Em seu art. 179, havia a previsão de elaboração, em um ano, de um Código Civil e outro criminal. Em 1832 foi editado o criminal. Em 1865, houve a contratação de Teixeira de Freitas para preparar um projeto de Código Civil, que tinha cerca de cinco mil artigos, o qual solidificou as relações privadas, civis e comerciais. O aludido *Códex* não foi aprovado. Muitos civilistas entendem que aquele era um código bastante avançado para a época. Hoje, o projeto de Teixeira de Freitas é o Código Civil da Argentina, que é um dos melhores códigos existentes no mundo.

Nesse contexto, até abril de 1899, não houve a edição do Código Civil. Foi contratado, dessa feita, Clóvis Beviláqua, que preparou o projeto de um Código Civil e em outubro de 1899 o apresentou. Rui Barbosa, que era senador, impugnou todos os seus artigos. Sustentava-se que a escolha de Clóvis Beviláqua para a elaboração do Código Civil recebera inúmeras críticas já que o País tinha juristas mais experientes e de maior prestígio. Contudo ele não se intimidou, após inúmeras

modificações realizadas pela Comissão, foi concluído seu trabalho e aprovado na Câmara, muito mais tarde devido a oposição de Rui Barbosa.

Só em 1.916 o projeto foi aprovado e entrou em vigor em 1.917. Assim, o Código ficou em debate no Congresso por 16 anos. Os valores que norteavam o Código Civil eram os daquela época, logo os principais valores norteadores foram o patrimonialismo e o individualismo.

Tem-se como o exemplo da postura patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916, dentre vários outros, o instituto da tutela, colocação de um menor órfão em uma família substituta, onde 24 artigos tratavam do tema e 23 se referiam ao patrimônio do menor e apenas um artigo falava do tutor. Havia, pois, uma preocupação em combater o absolutismo estatal, tendo o Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB/16) acompanhado os Códigos Frances e Alemão.

O CCB/16 nasceu para regulamentar todas as relações privadas. Trazia consigo a intenção de regulamentar toda, sem exceção. Quando entrou em vigor, começaram a surgir conflitos de interesses privados não regulados expressamente no CCB/16. Nesse momento, décadas de 30 e 40, as cartas constitucionais, não regulavam matéria de Direito Privado, mormente, porque passou a surgir uma evidente divisão entre Direito Público e Direito Privado. Exemplo disso foi o apelido que se deu à Constituição Federal, Carta Política, porque tinha o papel de regular especificamente a estrutura política e administrativa do Estado.

O CC/16 era chamado, nessa época, por tudo quanta exposto anteriormente, de “Constituição do Direito Privado”. Isso porque as cartas políticas não versavam sobre Direito Privado, sendo que o CC/16 tornara-se um eixo normativo que servia de referência para todas as relações privadas. Outro fato marcante, que reforça o que afirma-se acima, foi simplesmente uma Lei Ordinária, no caso o CC/16, ter sobrevivido a seis Constituições, sem que nenhuma tornasse a matéria do CC com elas incompatível. Essa era a prova de que havia um sistema de Direito Privado fora da Constituição, sem sequer se preocupar com ela. O CC/16 era, portanto, a grande norma, que irradiava os micros sistemas jurídicos, que eram o Código de Águas, Estatuto da Mulher Casada, Lei de Registros Públicos etc.

Dessa forma, sempre que surgia nova relação jurídica que não tinha previsão no ordenamento, erigia um micro sistema para preservar as ideais do CCB/16, ou seja, o individualismo e o patrimonialismo.

São características do Código Civil de 1916: tinha apenas 1.807 artigos, curtos e com poucos parágrafos. *Vacatio legis* de um ano e

revogação das ordenações até então vigente. Original e nacional são suas principais características. Sua forma literal merece elogios e sua maior preocupação é com a correção da linguagem e dos conceitos do que com a efetiva aplicação prática dos preceitos. O Código se mostra conservador, especialmente nas regras sobre a família, há uma completa rejeição de aspectos sociais em seu conteúdo e seus preceitos foram redigidos com excesso de abstração.

O Direito Civil começou a ser utilizado nos tempos romanos, e pode-se considerá-lo como o seguimento jurídico mais distante do Direito Constitucional, e que pouco importava que tipo de constituição política fosse adotada, é tão verdade que em tal época, a Constituição era interpretada de acordo com o Direito Civil com frequência. Acontece que o Direito Civil sempre ofereceu conceitos e classificações que eram norteadores da constituição.

Nessa ordem de idéias, a estrutura do Direito Civil foi sempre voltada ao patrimônio da pessoa individualmente considerada. Esse quadro permanece até a data de 1988, quando do advento da CRFB/88. Esta abandonou o caráter neutro e indiferente das que lhe antecederam, inspirada pelo neo-constitucionalismo, chamou para si a responsabilidade de regulamentar não só o Direito Público, mas também o privado.

Trata-se do fim da autonomia material do Direito Civil, pois a partir da Constituição cidadã de 1988, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve obediência aos preceitos ditados pela constituição, tendo em vista que esta é a lei maior do Ordenamento Jurídico do país, como é o caso do Direito Civil.

Quando não houver compatibilidade do Direito Civil com a CRFB/88, o primeiro não poderá continuar, pois é necessário que haja harmonia com a Lei Maior. Nesse sentido, devemos interpretar o Direito Civil segundo a Constituição, e não a Constituição se adequar ao Direito Civil.

Nesse contexto, um dos efeitos de transformação do que aconteceu durante o decorrer dos tempos, é a chamada Constitucionalização do Direito Infraconstitucional, e por assim dizer: A Constitucionalização do Direito Civil. É, a grosso modo, o processo que ocorre quando o Estado aumenta sua intervenção, principalmente no âmbito legislativo, trazendo consigo limitação aos institutos privados em prol de uma proteção aos menos favorecidos, ou seja, o Estado passa a atribuir uma função social ao Direito Privado. Exemplos disso são: Direito do Trabalho, Agrário, Habitação, Estatuto da Criança e do Adolescente, Direitos Autorais e do Consumidor, Direito de Propriedade

e sua Função Social, Direito dos Contratos e sua Função Social, etc. No estado social, que se caracteriza pela socialização do Direito, ou seja, controlar e intervir em setores privados, todos os temas sociais que tem alguma relevância jurídica foram constitucionalizados pela CRFB/88.

A função da Constituição é a limitação do Estado e do Poder Político, já o Direito Civil, podemos considerar como sendo a autonomia dos indivíduos em relação ao campo econômico, pessoas que tem seus patrimônios, o domínio sobre as coisas. Contudo, aconteceram duas etapas para que ocorresse tal fenômeno de evolução. A conquista da liberdade e a exploração da liberdade.

Após todas as mudanças ao longo dos anos, os princípios constitucionais passaram a ser auto executáveis. Com isso, todos aqueles entendimentos do Direito Civil que continham vícios de acordo com os princípios constitucionais foram revogados pelo Supremo Tribunal Federal. É possível buscar exemplo disso no Direito de Família, em que se diz que tanto o pai quanto a mãe, tanto o homem quanto a mulher são iguais são auto executáveis, e que todas as normas que disserem o contrário não restarão outra opção, deverão ser revogadas.

Os princípios gerais dos contratos na atividade econômica estão contidos a partir do Art. 170 da CRFB/88, que demonstram que os artigos que constam na Constituição não são os mesmos contidos nos códigos, já que contempla o contrato entre os indivíduos realizando um desejo individual, ou seja, um contrato individual. O contrato firmado entre as partes é encoberto de inviolabilidade, até mesmo do estado, que a partir de tal momento tem força de lei. Já a Constituição somente admitiria o contrato que realiza uma função social condicionada aos interesses das partes. A justiça social tem que reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Uma realização constitucional referente aos contratos é o Código do Consumidor que regulamenta a relação contratual do consumo. Abrange todas as relações que tem um consumidor final de algum produto lícito, qualquer produto ou serviço. Podemos dizer então que o Direito Civil, parte do ramo do Direito Privado, de fato o mais extenso e utilizado no dia a dia, é o Direito comum que rege as relações entre os particulares, disciplina a vida das pessoas desde o nascimento, e até mesmo antes dele (concepção), até a morte e ainda depois dela, exigindo respeito a memória dos mortos. De forma poética podemos falar em o Código Civil ser a constituição do homem por reger as relações mais simples da vida cotidiana, os direitos e deveres das pessoas na sua qualidade em que ocupa.

No Direito Civil se estuda as relações pessoais e patrimoniais. O Direito Civil é bem mais do que o ramo do Direito Privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada que se projetam em todo o arcabouço jurídico, não se restringindo a matéria puramente cível.

Após quase um século do Código Civil de 1916, a elaboração de uma nova codificação civil, foi confiada a Miguel Reale, que convidou outros juristas para auxiliá-lo. Concluído o projeto, sofreu inúmeras críticas, pois abdicou da circunstância de ser um Código moderno em troca do comodismo e soluções passadistas. Após alterações, em 1983 foi aprovado na Câmara dos Deputados, mas em razão da redemocratização do País e da elaboração da nova Constituição, os trabalhos foram interrompidos e caídos no esquecimento.

Abruptamente despertado, o projeto foi aprovado no Senado e na Câmara em 2001, inúmeras emendas foram efetuadas com o objetivo de adequar o projeto à nova realidade constitucional, e finalmente foi sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 2002.

A evolução dos vários ramos da ciência e do desenvolvimento tecnológico que permite a circulação de informação com abrangência e rapidez, cria e difunde novas necessidades, tornando textos normativos, por vezes, obsoletos. Por isso, para resguardar o novo Código do anacronismo, uma grande modificação na sua linguagem promoveu a sua projeção para o futuro, que pode ser observada pela edição de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados localizados estrategicamente.

O Código Civil de 2002 sofreu duras críticas, principalmente, por conta de seu teor de conservadorismo, predicado do entendimento de que se devia garantir a unidade e sistematização, não refazendo integralmente o texto e, assim, tentando preservar tudo quanto fosse possível manter, modificando somente o necessário para a modernização do Direito. Esta opção metodológica, porém, é reveladora de uma das faces do culturalismo, que é a valorização dos bens culturais que são reconhecidos e aceitos por uma dada comunidade.

Miguel Reale fora taxado de conservador, mas seu culturalismo tem esse caráter, cujo resultado é a “modificação” somente daquelas situações em que há reclamos pela “modificação”, e não a execução de uma revolução que solucionaria todos os problemas do Brasil.

O Código Civil é a expressão maior do Direito Privado no Brasil, é a lei que mais perto convive com o cidadão. Conquanto não seja revolucionário, caracteriza-se metodologicamente pela aderência aos problemas da sociedade brasileira, pela unidade sistemática determinada pela parte geral, unificação linguística e unidade valorativa, pelo sentido

de "concreção" de que as normas se revestem, atendendo e buscando aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao direito vivido pelas diversas categorias profissionais.

O Código teve ampla divulgação para o recebimento de críticas e sugestões, e representa o resultado de esforço comum - inclusive dos que o criticaram construtivamente, muito embora o mesmo ainda esteja muito a quem da Constitucionalização do Direito Civil pretendido pela CRFB/88.

2.4 CONCEITO, OBJETO E DIVISÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Direito, enquanto sistema normativo é usualmente subdividido, para fins didáticos, em duas grandes unidades estruturais, o Direito Público e o Direito Privado, as quais, por sua vez, apresentam diversos desmembramentos, a que a doutrina denomina *ramos* da ciência jurídica.

O Direito Civil, portanto, é ramo do Direito que trata do conjunto de normas reguladoras dos direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos seus direitos e obrigações, aos bens e às suas relações, enquanto membros da sociedade, configurando, portanto, sua natureza jurídica de Direito Privado.

O Direito Civil é aquele que regula as relações privadas dos cidadãos entre si. Trata-se do conjunto de normas jurídicas que regem os vínculos pessoais ou patrimoniais entre pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas singulares ou jurídicas, de carácter privado ou público.

O seu objetivo consiste em proteger e defender os interesses da pessoa na ordem moral e patrimonial. Este ramo do Direito reconhece cada pessoa como sendo sujeito de Direito, independentemente das suas atividades peculiares. Como tal, o Direito Civil compreende o Direito das Pessoas (na medida em que regula a capacidade jurídica destas), o Direito das Obrigações e Contratos, o Direito dos Bens, o Direito da Família, o Direito das Sucessões e as normas de Responsabilidade Civil, por exemplo.

Podemos dizer que o Direito Civil é uma das vertentes do Direito Privado, cujo o objetivo é determinar como as pessoas devem se relacionar e agir em sociedade, como por exemplo, os Direitos do Nascituro, o Casamento, a Sucessão familiar por meio da herança e do

legado, entre outros aspectos legais comuns as relações de uma sociedade civilizada.

Vale salientar que dada à complexidade das relações em sociedade, as relações pessoais e patrimoniais entre seres humanos, demandam de institutos que vão além do arcabouço do Código Civil, como as leis extravagantes, entre as quais os princípios fundamentais constitucionais, entre outros institutos do Direito Brasileiro.

Essa regra também acaba sendo válida para o Direito de Família, que está no arcabouço do Direito Civil e também se submete a normas de ordem pública como é caso do casamento e do estado de filiação, Direitos irrenunciáveis pelos seus titulares.

O Direito Civil regula todas as relações entre particulares, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas. Sendo assim, podemos considerar o ramo do Direito Civil como “Direito do cidadão”.

Sua diferença em relação ao Direito Público, é que este ramo do Direito trata dos interesses coletivos, ou seja, trata da estrutura político administrativa que prima pela ordem e o interesse público, garante Direitos individuais e coíbe delitos.

O Direito Civil é o único ramo do Direito que abrange toda a vida civil do indivíduo, desde o seu nascimento até a sua morte.

Dada a essa grande necessidade de criação de várias normas jurídicas que regulassem as relações entre pessoas físicas e jurídicas, em um dado momento se fez necessária a unificação dessas normas em um só compêndio, o que acabou por culminar no Código Civil que conhecemos hoje, valendo enfatizar que não se trata do único diploma legal existente, pois como já se sabe, há outros como a CRFB/88, o Código Penal, Código de Defesa do Consumidor entre outros institutos específicos que acabaram seguindo o mesmo modelo de codificação do Código Civil.

Quando se fala em Código é preciso que se entenda que o objetivo é buscar organizar conjunto de normas jurídicas que rege as relações em sociedade, sendo neste caso o Código Civil, o Diploma Legal que ordena as normas jurídicas que regem as relações jurídicas privadas.

Nosso primeiro Código Civil foi o CCB/16, concebido originalmente por Clóvis Beviláqua e que anos depois sofreu grande influência de Rui Barbosa. O segundo em 1969, totalmente reformulado. E o terceiro e mais conhecido é o de 2002, que tem como base fundamental em princípios éticos que o norteiam, o primeiro é o Princípio da Eticidade, a busca de compatibilização dos valores técnicos

conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico.

Já o segundo, o Princípio da Socialidade surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais.

Por fim, o terceiro Princípio da Operabilidade, importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional.

O Direito Civil Brasileiro atualmente tem suas normas positivadas substancialmente no Código Civil de 2002, o qual está dividido em duas partes, a saber: a geral e a especial. A primeira parte trata das regras relativas às pessoas e suas capacidades jurídicas e está dividida em três livros: Das Pessoas, Dos Bens e Dos Negócios Jurídicos. A segunda parte que corresponde a parte especial é dividida respectivamente em Direito das Obrigações, Direito dos Contratos, Direito Empresarial, Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Coisas e Direito das Sucessões.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SUA FUNÇÃO SOCIAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesta terceira e última parte do nosso trabalho nos vamos abordar o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro, analisando sua origem e principais aspectos jurídicos no Direito brasileiro, bem com analisaremos a Função Social do Direito Civil Brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

3.3.1 Marco Histórico

O marco histórico do novo Direito Constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a CRFB/88 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra Mundial (SGGM) e ao longo da segunda metade do Séc. XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

A principal referência no desenvolvimento do novo Direito Constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção

teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.

A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo Direito Constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da CRFB/88. Inobstante as mudanças de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito.

Sob a (CRFB/88), o Direito Constitucional no Brasil passou do “status” de menor importância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um “sentimento constitucional” no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Supera-se, assim, a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição.

3.3.2 Marco Filosófico

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do Séc. XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico

e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do Séc. XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do Séc. XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial (SGGM), a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma Teoria de Justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se a reaproximação entre o Direito e a filosofia.

3.3.3 Marco Teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

3.3.3.1 A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do Sec. XX foi a atribuição à norma constitucional do “status” de norma

jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do Séc. XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à SGGM, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe, registrar, que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do “status quo”.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo.

Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como, à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição retrógrada e ultrapassada.

3.3.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava, na maior parte da Europa, modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também novo

modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a dotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956). A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984).

Nos últimos anos do Séc. XX, foram criadas Cortes Constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).

Atualmente, na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal –abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da CRFB/88. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse contexto, no atual Sistema Constitucional Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.

3.3.3.3 A interpretação constitucional

A interpretação constitucional é modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

A interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de “nova interpretação constitucional”, que se utiliza de extenso material teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. Procedese, a seguir, a comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao “papel” da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao “papel” do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a

norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do Direito Constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao “papel” do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Estas transformações, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo nota sobre cada uma delas.

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que

consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete dose importante de discricionariedade. Como se percebe, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

A existência de conflitos de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Segundo Barroso (2006, p. 8) chega-se, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos “casos difíceis”, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a

atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador.

E para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Para o Professor Everton das Neves, a interpretação constitucional é tarefa muito árdua, uma vez que não se pode estabelecer critérios absolutos de interpretação. Assevera que as Constituições, hodiernamente, têm por escopo estabelecer a ligação do Direito com a Sociedade; do Estado com a praxis inerente à legitimidade e do governo com os valores, as exigências e necessidades do meio social. Neste afã, os juristas devem primar por adaptarem as Constituições normatizadas às Constituições reais (GONÇALVES, 2008).

Nesse contexto, existem vários métodos de interpretação constitucional, nada obstante, destaca-se o “Método Interpretativo de Concretização”, que por sua vez, apresenta três elementos básicos: a) a norma que se vai concretizar; b) a compreensão prévia do intérprete; e, c) o problema concreto a resolver. Esse método torna a constituição maleável na medida em que propicia, racionalmente, por via técnica, sem compromissos inibitórios de limitação jurídica rígida, os fins do Estado em toda a requerida e almejada amplitude (GONÇALVES, 2008).

Em complemento Bonavides (2008, p. 439) “O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição”. Registrando que três autores alemães destacaram-se na concepção deste método, dentre eles Konrad Hesse, cuja doutrina já mencionada faz parte da teoria de base do presente trabalho. A interpretação da Constituição é concretização. [...] A concretização e a compreensão só são possíveis em face de um problema concreto, ao mesmo passo que a determinação de sentido da

norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário dos outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados, conclui o autor.

Nesse sentido, de acordo com o que analisou-se no presente tópico do trabalho, o Neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica o conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, que resultou numa nova perspectiva deste ramo da Ciência do Direito, como mencionamos acima.

3.4 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No tocante ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, vive-se atualmente, após o advento da CRFB/88 e suas diretrizes, a fase da plena efetividade e aplicabilidade das normas e princípios constitucionais. Isto ocorre porque a efetividade e a aplicabilidade da Constituição conquistaram efetivamente o “status” pleno de normas jurídicas superiores do ordenamento jurídico, através das quais se lêem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos.

A efetividade da Constituição passou a ser um primado, rito de passagem para o início da maturidade dos poderes da República Federativa do Brasil e suas instituições.

As normas constitucionais conquistaram o “status” pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao Direito Civil, ao Direito Processual, ao Direito Penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos.

“A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional.” (BARROSO, 2005, p. 5-6). Nesse contexto, a idéia da “nova interpretação constitucional” não se limita aos atos legislativos e nem tampouco aos atos administrativos, visto que a efetividade da Constituição projeta-se por todos os âmbitos da República Federativa do Brasil.

A partir da Teoria da Efetividade da Constituição acima mencionada, surgiu o fenômeno da “Constitucionalização dos Direitos”, que se desgarram dos princípios gerais do Direito Civil, abrigados em

seu Código ou exteriorizados pela legislação infraconstitucional para tomar assento na própria “Teoria Constitucional”, representada por suas regras e seus princípios. Quanto aos princípios constitucionais, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, utilizados para validar o mecanismo do sistema jurídico, demonstrou que constituem-se preposições básicas e fundamentais a serem seguidos por todos os ramos do direito. Pois bem, os princípios constitucionais são fontes permanentes de direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem uma orientação legal, sob pena de violar-se a própria Constituição.

Para Robert Alexy (ALEXY, 1999, p. 213), as diretrizes que denominam princípios, supõem mandatos de otimização, é decidir, ou seja, são “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”

Para Bonavides, (1993, p. 84) os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.” Assim, a elevação dos princípios no plano constitucional permitiu uma maior valoração dos direitos fundamentais, como também ressalva Larenz (1991, p. 479):

Entre os princípios ético jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, da Lei Fundamental) (...); o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei Fundamental e, para além disso, a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19, parágrafo 4º e 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social.

A seguir, o citado mestre germânico arremata: “É reconhecido que estes princípios hão de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais.” Os princípios constitucionais possuem grande valor normativo,

constituindo-se a própria essência da realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do direito.

Os “princípios gerais de uma ciência”, na visão de Norberto Bobbio, (1995. p. 256), nada mais são que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves”.

Também merece destaque as lições de Ciotola (2001, p. 29):

Os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e monovalentes.

Como alicerce do conhecimento, os princípios constitucionais não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, registrar as colocações feitas por Reale (1994, p. 61):

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.

Constata-se, portanto, que a “Teoria da Constituição” vive momento de reconhecimento e ascensão científica e política, desgarrando-se por completo da grande crise que viveu no final do Séc. XIX e início do Séc. XX, para ser efetiva e permanente na vida social. A moderna dogmática jurídica atualmente não exterioriza mais na lei um sentido de perfeição, pois o protagonismo após a teoria da efetividade da Constituição é desta Carta Magna, com o definido papel de unificar o ordenamento jurídico no âmbito interceptativo de suas normas e de seus princípios.

De acordo com a “nova interpretação constitucional” O Direito Constitucional estabelece a forma dentro da qual o intérprete deverá seguir para buscar a essência do direito e da justiça, pois a Constituição

institui um conjunto de normas que deverão orientar a aplicação do Direito a partir de seus preceitos.

O princípio da subordinação à lei surgiu com a Revolução Francesa, elencado o princípio da legalidade, como uma das grandes contribuições à humanidade. Sucede que prevalece hoje em dia a subordinação da lei à Constituição, após a confrontação com as regras e os princípios estabelecidos na Norma Fundamental, como uma supremacia a ser adotada pelo direito positivo. Esta é uma vitória da “Teoria da Constituição”, que trouxe ao Séc. XXI, propostas alternativas de não se repetir as fases das Revoluções e das Guerras, através da construção de uma sociedade livre, justa e de um Estado Democrático de Direito.

A “Constitucionalização do Direito” é resultado desta evolução, eis que a lei já não representa mais a expressão da vontade geral institucionalizada, como na colocação do Art. 6º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, representando o direito “um sistema aberto de valores”, que se realizam pelos princípios e regras contidos na “Lei Fundamental”.

A ideia de sistema jurídico, atualmente parte da unidade da Constituição, para valorar o Direito e evitar contradições de valores, possibilitando que o mesmo será bem aplicado. A aplicação prática do Direito, em um “Estado Constitucional” não se dissocia dos princípios objetivos e das regras da Lei Fundamental, que possuem “incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei”.

Os valores da Constituição são objetivos e se destinam a concretizar um “direito justo”, que segundo Platão (427 a. C.- 384 a. C.), para encontra-lo seria necessário traduzir com pureza a estrutura da ideia de justiça. Assim, pelo atual movimento constitucional, nascedouro da sua Teoria, o sistema de fontes formais do Direito é definido pela Constituição, condicionado, por esta via, a validade e a inerente vinculação de todas as normas, funcionando como a norma das normas ou a fonte de todas as fontes de Direito.

A Constituição deixa de estabelecer somente normas de organização para disciplinar as relações jurídicas, instituindo princípios e regras que se projetam em todo o ordenamento jurídico e nos diversos ramos do Direito. Essa redefinição da posição da Constituição na Ordem Jurídica Brasileira está ligada ao movimento mundial que ao fortalecer a “Lei Fundamental”, coloca-a como “centro” do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios.

A “Constitucionalização do Direito” não se perfaz apenas com a inclusão da Lei Fundamental nos diversos ramos do Direito, mas, sobretudo, com a reinterpretação de seus “institutos” sob uma ótica constitucional.

Nesse contexto, a também denominada “Teoria da Constituição”, que a define como a força normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Por esta nova e atual dogmática, a norma infraconstitucional é interpretada a partir da Lei Maior. A partir de então, deixa, portanto, a Carta Magna de ser um catálogo de princípios políticos, para ter o encargo de definir o Direito, através de sua normatividade. Essa releitura do Direito, em conformidade com o posicionamento de Schier (1999, p. 25) pode ser assim entendido:

Destarte, verifica-se que o discurso de filtragem constitucional e da constitucionalização do direito infraconstitucional inserem-se num momento teórico de superação de algumas conseqüências advindas do discurso crítico e, tomando seus referenciais epistemológicos, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo e, especificamente, do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na medida em que suas normas, produtos de uma constituinte democrática, dialogam com aquela “estrutura” da qual, anteriormente, eram vistos como simples reflexos, possibilitando a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação.

Esta nova formatação do Ordenamento Jurídico resulta em uma grande evolução do Direito, que foi a de considerar os direitos fundamentais como primazia do sistema jurídico, tornando, via de conseqüência, efetiva a natureza jurídica da “Lei Fundamental”, em todos os segmentos jurídicos, atendendo a uma mudança significativa que representa sem dúvida a vontade da coletividade em ter um sistema jurídico, voltado às garantias dos direitos fundamentais.

3.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO DIREITO COMPARADO

A doutrina francesa, influenciada pelo predomínio do positivismo jurídico era renitente, desde Carré du Malberg a Louis Favoreu, a admitir a “abertura” da Lei Fundamental a qualquer conteúdo considerado extraordinário, a exceção de Maurice Hauriou, que já introduzia em seus estudos as “Bases da Constituição Social (os direitos individuais organizados e as instituições jurídicas como bases da Constituição Social).” Em seu “Compêndio de Direito Constitucional” o mestre Hauriou, distingue a Constituição social e a Constituição política, considerando a primeira mais importante do que a segunda, pelo fato do poder político depender da sociedade para estabelecer a sua própria razão de existência (HAURIU, 1929, p. 611 e segs).

A partir da Constituição Francesa de 1958, houve maior preocupação com a proteção das liberdades públicas, onde o lema da República é: liberdade, igualdade e fraternidade (Art. 2º, da Constituição). Logo em seu preâmbulo, a Constituição Francesa já proclamava solenemente a “vinculação” da aludida Lei Fundamental aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como definidos pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789. Em seu artigo inaugural, a República francesa se declara democrática e social, assegurando a igualdade perante a lei para todos os cidadãos, sem distinção de origem, ração ou religião. Estabeleceu o Art. 34, da citada Lei Fundamental, que cabe à lei fixar normas referentes aos direitos cívicos e as garantias fundamentais reconhecidas aos indivíduos para o exercício das liberdades públicas, dentre outras obrigações legislativas. Às matérias pertencentes ao âmbito da lei possuem caráter de regulamento (art. 37, da Constituição), podendo ser alteradas por Decreto, sujeito ao prévio parecer do Conselho de Estado. A Lei de 11 de julho de 1953, autorizou o Governo a modificar as leis anteriores mediante Decreto.

Em consonância com o entendimento de Louis Favoreu (1991, p. 44-56), a jurisprudência francesa do Conselho Constitucional se desenvolveu, a partir do final dos anos 80, ao ponto de exigir que a lei seja suficientemente compreensiva e detalhada, para que seja privilegiada a proteção às liberdades públicas reconhecidas pela Constituição. Deixou, portanto, a lei de ser a expressão de soberania nacional francesa para dar lugar à “constitucionalização dos direitos como um todo”.

Já na Alemanha, a Lei Fundamental é de 23.05.1949, reformada em 27.10.94, e logo no seu primeiro artigo ela se preocupou em estabelecer a proteção da dignidade da pessoa humana como direito intangível, vinculando aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A Carta Fundamental Alemã é bem mais flexível aos direitos fundamentais do cidadão do que a francesa, apesar dos Direitos Sociais Democráticos possuírem origens históricas na Revolução Francesa.

Mesmo permitindo, em tese, restrição aos direitos fundamentais em virtude de lei, o Art. 192, da Lei Fundamental da Alemanha, estabelece a impossibilidade de se afetar o conteúdo essencial do preceito constitucional.

A República Alemã é um Estado Federal Democrático e Social (Art. 20.1). A preocupação da Constituição da Alemanha é que os direitos fundamentais do cidadão e do homem não caiam no vazio, pois eles se constituem no núcleo Democrático e Social do Estado. Precisam ser as considerações de Häberle (1991, p. 105):

Foi justamente pelas posições da doutrina e da Corte Constitucional alemã, que a “Teoria da Constituição” passou a ostentar a posição de ciência jurídica interpretativa de textos legais e também ciência da cultura.

Nesse sentido, podemos afirmar que os direitos fundamentais contidos na Constituição funcionam como ordenamento vinculado a valores que influenciam o “Direito Infraconstitucional”, defendendo, mesmo que de “forma indireta”, a “Constitucionalização dos Direitos”.

A Espanha também se constitui em um Estado Democrático de Direito, que estabelece como valores supremos de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político (Art. 1.1, da Constituição). Ao submeter o poder ao direito, o Estado de Direito Espanhol, tal qual o brasileiro, vincula o poder público às regras e aos princípios constitucionais de valores supremos, que estabelecem os princípios materiais da Justiça na moderna Administração Pública prestadora de serviços. Vários “Direitos Fundamentais” são elencados na Constituição Espanhola como forma de garantir que eles serão projetados para o legislador, visto que a “Constitucionalização dos Direitos” também é fenômeno real na aludida Lei Fundamental. Nesse contexto, o Artigo 9º, da Constituição da Espanha é claro em estabelecer os princípios da igualdade, legalidade, da hierarquia normativa, da publicidade, da irretroatividade das leis, segurança jurídica, responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

Já os Direitos e Deveres Fundamentais, incluídos nesse contexto a Dignidade da Pessoa Humana e as liberdades que a Constituição

reconhece se interpretam em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e se abrigam no Art. 10, como imposição às leis infraconstitucionais. De fato, a Carta Fundamental da Espanha é muito rica em princípios e em regras ao tempo em que defendem os direitos fundamentais do cidadão, exigem uma série de providências legais, suficientes para “constitucionalizar todo o seu ordenamento jurídico”. Ratificando o que foi dito, a sentença nº 4/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha não dá margem à dúvidas.

A Administração Pública espanhola serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, submetendo-se à lei e ao direito (art. 103, da Constituição). Essa submissão à lei e ao Direito vinculam em primeiro lugar, a Administração Pública às regras e aos princípios constitucionais, como verdadeiras diretrizes a guiar os atos públicos.

Os Direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo segundo da Constituição (igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza; direito à vida e à integridade física e moral; liberdade ideológica e religiosa; segurança e liberdade; direito à honra, à intimidade pessoal e familiar; ao sigilo telefônico, postal e de dados; direito à associação; Direito à tutela efetiva, sem dilações indevidas; princípio da tipicidade na infração administrativa; direito à educação; direito à sindicalização; direito a petição; direito de propriedade; proteção à família, dentre outros), vinculam a todos os poderes públicos.

Igual determinação é dirigida aos princípios reconhecidos também no capítulo terceiro da Constituição Espanhola, vinculando a legislação positiva ao Poder Judiciário e a atuação dos poderes públicos.

Na República italiana, fundada na soberania do povo (art. 1º, Constituição), exercita esta finalidade dentro dos limites da Constituição, garantindo os direitos invioláveis do homem (Art. 2º, Constituição). Dentro desse contexto, a dignidade social dos cidadãos e a igualdade perante a lei, sem discriminação de sexo, raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, na forma do art. 3º, da Constituição Italiana.

Outros valores supremos constitucionais também são essenciais ao núcleo dos direitos, garantias, princípios e regras fundamentais, influenciando os futuros textos legislativos.

A jurisprudência constitucional, citada por Cervati (1991, p. 55), a partir de 1988, passou a ter como inviolável os princípios fundamentais do Ordenamento Constitucional pela lei. Pois bem, a

necessidade de se criar a estabilidade dos princípios e das regras constitucionais que elevaram o ser humano como centro das atenções, somado à necessidade de crescimento econômico dos países europeus, motivou a instituição de Maastricht, criando a “União Europeia”, em dezembro de 1991.

Os aspectos mais inovadores do “Tratado de Maastricht foram: a criação da União Europeia; o reforço do papel do cidadão da União, através da criação da respectiva cidadania, consagrando a proteção dos direitos e o fortalecimento do papel do Parlamento Europeu; união econômica e monetária; princípio da subsidiariedade; modificação no quadro institucional; criação de uma Constituição única; igualdade econômica e social, dentre outras. Assim, originário da evolução dos tempos, pela primeira vez na história, um bloco econômico composto de Países do mesmo continente passa a ter cidadania, moeda e Constituição única, como forma de promover uma total integração dos referidos países, que precisa ser referendado pelos países membros. Este referendo em alguns países é do povo, que através do voto, diz se aceita ou não pertencer a esta União Europeia. Este singelo fato dá conta que o constitucionalismo contemporâneo não mais admite o Estado como centro do Poder, visto que o homem é a essência de tudo, inclusive do Direito.

No Direito Português, que estabeleceu no Artigo 1º, da sua Lei Fundamental a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana, estabelecendo no Artigo seguinte que a República é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e de organização política democrática e em respeito à garantia da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais.

O Art. 3.2. da Lei Fundamental Portuguesa estabelece a vinculação direta do Estado a Constituição, fundando-se na legalidade democrática, bem como, condiciona “a validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição” (3.3., da Constituição). Os Direitos e Deveres Fundamentais portugueses (art. 12 ao art. 23) e os direitos, liberdades e garantias pessoais constitucionais (art. 24 ao art. 57) vinculam diretamente todos os ramos da ciência jurídica, como poder-dever do legislador infraconstitucional.

Em igualdade de condições com a atual Constituição brasileira, a atual Constituição portuguesa, estabelece os princípios vetores do Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil e Penal, Direito do Trabalho e etc., como forma de manter a

segurança jurídica vinculada aos respectivos ordenamentos contidos na “Lei Fundamental”.

Nesse sentido, pode-se observar, o Artigo 266 da Constituição de Portugal estabeleceu princípios fundamentais da Administração na prossecução do interesse público, tais como: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.” Houve, portanto, a alteração do princípio da legalidade da Administração Pública, eis que já não é mais entendido como uma mera reserva de lei, para dar lugar a uma reserva de Constituição, no qual o texto legislativo se vincula aos preceitos da “Lei Fundamental” como um dever, delineando o interesse público concreto a prosseguir pela Administração Pública. Como consequência, o poder discricionário da Administração Pública, exemplo do que ocorre no Brasil, fica condicionado aos princípios e regras constitucionais.

A “Lei Fundamental” da União Europeia influenciada pelas conquistas dos direitos fundamentais do homem, constitucionalizará todo o continente, visto que os atos jurídicos deverão gravitar sob a sua órbita. É mais uma real prova da “constitucionalização dos direitos” dos países evoluídos juridicamente.

3.6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Com a evolução do Constitucionalismo e da “Teoria da Constituição” e sua influência no Direito Brasileiro e consequentemente com o Advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu o fenômeno da “Constitucionalização do Direito Brasileiro”, que através dos Direitos e Garantias Fundamentais estabeleceu regras e princípios explícitos ou implícitos, no qual o núcleo do Estado Constitucional passou a ser a vinculação do legislador a esta nova dogmática.

Nessa vertente, o Direito Administrativo passou a ter princípios fundamentais objetivos elencados no “caput”, do art. 37, em que a Administração Pública é obrigada a seguir, dentre outros, em todos os seus segmentos, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. A partir de então, independentemente das regras constitucionais ou infraconstitucionais, os princípios explícitos elencados no “caput”, do art. 37, da CF, são

diretrizes a guiar todos os atos públicos, inclusive os discricionários que estão vinculados a estes preceitos constitucionais.

Pela nova sistemática da “Teoria da Constituição”, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos não podem se desgarrar dos objetivos da Constituição, alterando o rumo do Direito Administrativo, que se constitucionalizou. Por essa nova filosofia constitucional, tem-se uma Administração Pública mais homogênea e cristalina, privilegiando a racionalização de seus atos, através de uma nova sistemática constitucional, não se admitindo mais atos pessoalizados, nos quais o aspecto político era o imperante.

O Direito Administrativo passado não garantia preceitos de ordem maior como o devido processo legal aos acusados em processos disciplinares, pois prevalecia a verdade sabida, em detrimento da verdade real. Importante foi o estabelecimento do direito da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar, por imposição do Art. 5º, LV, da CRFB/88. Este salutar princípio colocou um ponto final em demissões sumárias, levadas a efeito sem as devidas garantias de que o acusado era realmente culpado. Subprincípios constitucionais como o da razoabilidade e proporcionalidade passaram a fiscalizar também a dosagem da pena disciplinar, dentre outras relevantes tarefas, para não mais permitir que os atos públicos possam ser desarrazoados. Tal lição também foi incorporada para os dispositivos elencados em edital de concurso público, no qual não se permite que tais exigências maculem o necessário princípio da razoabilidade, estabelecendo limites às descabidas exigências.

O Poder Público passou a ser absolutamente controlado pelas normas e princípios Constitucionais como um todo para dar lugar aos atuais “direitos fundamentais dos administrados”, que de subjugados passaram a ostentar importante papel na relação jurídica com o Estado, visto que o fim público se inicia quando se cumpre o que vem estabelecido na “Lei Fundamental”.

Esta importante transformação do Direito Administrativo estabelece maior equilíbrio na então desequilibrada relação do Poder com os administrados, deixando a Administração Pública de ser extremamente poderosa para se encaixar em um conjunto de regras e de princípios constitucionais compatíveis com a atual conjuntura política e social que não admite mais o Estado agressivo e intervencionista.

Pela sua “constitucionalização”, o Direito Administrativo deixou ou deixará de ser arbitrário e despótico, causador de inúmeros abusos de poder, para dar lugar à proteção da pessoa humana e de sua dignidade,

com a expressa proibição de transformar o homem em objeto de processos e ações estatais.

A disseminação do “princípio da dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III, da CRFB/88) teve o seu momento inicial depois da Segunda Grande Guerra, onde o mundo parece ávido pela reentronização dos valores civilizatórios, visto que o aludido princípio até então era verdadeira “utopia”.

Após a criação da “Organização das Nações Unidas”, em 1948, houve a preocupação de recuperar os valores históricos da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que foi adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Fixou-se a partir do impulso do “princípio da dignidade da pessoa humana” o desenvolvimento dos demais direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, no Brasil, pode-se, observar, aplicações do princípio da dignidade da pessoa humana em nossos Tribunais. Um dos mais conhecidos é no âmbito da prestação de serviços de eletricidade e do fornecimento de água, no qual o Poder Judiciário têm-se declarado essencial à dignidade do ser humano, sendo vedado o súbito corte do aludido serviço por falta de pagamento do consumidor.

Encontra-se albergado esse novo Direito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, CF), sendo que nenhuma ordem jurídica pode afrontá-la, por ser um valor absoluto onde repousa a própria existência do poder público, visto que o aludido princípio representa a essência da humanidade.

A elaboração do Direito não pode se descuidar de um valor moral superior, ou seja, o Estado deve se empenhar em absoluto na tutela e proteção da “dignidade humana”, como forma de validade de seus próprios atos. Do contrário haveria a quebra da unidade do sistema jurídico, tendo em conta que o texto constitucional estabelece o princípio da justiça e a idéia de Direito decorrentes do respeito pela dignidade da pessoa humana.

O Estado Constitucional como resultado e consequência da era moderna superou o Estado de Direito, alterando seu modelo da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, onde as garantias, os direitos fundamentais, regras e os seus princípios constituem a base da ordem jurídica como um todo.

Nesse contexto, houve a “Constitucionalização do Direito Privado”, influenciado também pelos princípios, pelas garantias e pelos

Direitos Fundamentais da nova Ordem Constitucional. Essa talvez tenha sido a “grande prova da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico”, visto que as instituições privadas sempre foram resolvidas pelo Código Civil e legislação infraconstitucional esparsa, dissociada dos institutos de Direito Público e agora, a partir do Constitucionalismo e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos os institutos do Direito, sejam eles de Direito Público ou Privado.

Isto porque as instituições privadas informavam-se por conceitos costumeiros que sofriam o impacto dos interesses individuais onde prevaleciam os dispositivos do Código Civil Brasileiro e da tradição, subordinados ao princípio geral da autonomia da vontade, que somente era limitada pelos preceitos de ordem pública, estabelecidos em prol da paz social.

Atualmente o Direito Civil não é o responsável pela posição do indivíduo frente ao Estado, por ser matéria regulada pela Constituição. Esta mudança de perfil do direito privado deve-se em grande parte aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, com radiação imediata para a relação privada.

Em uma fiel análise sobre a evolução do Direito Civil após a “Lei Fundamental” de 1988, Moraes (1993, p. 21), afirma: “Afastou-se do campo de Direito Civil a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado, hoje matéria constitucional.”. Nessa linha, a autora civilista traça o atual perfil do Direito privado que passou a ser “publicizado” para se correlacionar com certa “*privatização do direito público*”, encurtando-se a clássica dicotomia “Direito Público – Direito Privado”, para defender a construção de uma “unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico”. Sendo certo que esta unidade se inicia com a ideia de que “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição.”.

Nessa vertente também disserta Perlingieri (2002, p. 6) notável civilista italiano, que em 1975, com esteio na Constituição da Itália, de 1948, já advertia:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Falar de decodificação relativamente ao Código vigente

não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e vigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter do caráter residual do Código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

No mesmo sentido Pereira (2005, p. 48): “Diante da primazia da Constituição Federal, os ‘direitos fundamentais’ passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.”

Os princípios gerais de direito eram os responsáveis pela solução dos conflitos privados quando a lei fosse omissa. O Juiz, segundo o disposto no Art. 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, quando omissa o Texto Legal, decidirá de acordo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Agora “já não mais vigora esta posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito”, visto que os “princípios constitucionais” se sobrepõem a eles, “constitucionalizando o Direito Civil”.

O Código Civil e a legislação infraconstitucional deixam de ser os únicos responsáveis pela regulação do Direito comum (privado), pois vigora a teoria da efetivação da “Constituição” como norma suprema dos direitos fundamentais, “inclusive nas relações privadas”, onde os direitos foram constitucionalizados para transformar toda a cultura jurídica, no sentido “de demonstrar a plena consciência do impacto da Constituição nas relações de direito privado” (TEPEDINO, 2003, p. 17).

Salienta-se também que o Art. 5º, da CRFB/88, preconiza como direito fundamental a “igualdade perante a lei”, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à segurança, dentre outros. O que significa dizer que são vedadas discriminações fortuitas ou injustificadas. O conjunto institucionalizado de direitos e garantias fundamentais do ser humano tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, independentemente de cor, raça, sexo, profissão e outros critérios. Sendo adotado pela Constituição o “princípio da igualdade de direitos”.

A finalidade dos direitos e garantias fundamentais, dentre outras é a manutenção da essência do “princípio da igualdade”, definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 207.130/SP, 2ª T., DJ de 3.04.68, p. 45. 49) como: “O princípio isonômico releva a impossibilidade de desequilibrarções fortuitas ou injustificadas”.

Importante registrar, que nas relações de Direito Privado, as normas fundamentais estabelecidas na Carta Magna são “aplicadas imediatamente”, não podendo, o ser humano, sofrer discriminações de qualquer forma, sob pena de infringência à cláusula contida no caput, do art. 5º, da CF.

Como peça matriz do ordenamento jurídico, a “Constituição” se projeta sobre todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Civil, no qual as relações privadas devem seguir fielmente as normas da CRFB/88, como, também, defendido por um dos maiores constitucionalistas da Europa Continental, Canotilho (2003, p. 192):

É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. Por vezes, os estatutos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de ‘civilização do direito constitucional’ e outros respondem com igual sobranceira com a ‘constitucionalização do direito civil’. Num tom mais sereno, abordam-se aqui questões onde convergem importantes problemas dogmáticos do direito constitucional e do direito civil. Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica (...) Podemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente

protegidos e o dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros na ordem jurídico-privada...Os direitos e a liberdade limitam o poder e afirmam-se sem limites, e, mesmo que esteja em questão uma relação privada, existe a vinculação às regras constitucionais fundamentais e aos seus aludidos princípios. Pois bem, antes mesmo de constarem em textos legais, fazendo parte do ordenamento positivo das sociedades políticas e democráticas, os filósofos já proclamavam a existência dos direitos fundamentais da pessoa, mínima exigência para o convívio em sociedade. Estes direitos fundamentais na antiguidade vieram sob o rótulo de “direito natural”, a cuja evolução se liga, por isso, corretamente a sua própria história.

Nesse sentido, em uma perspectiva contratualista, John Locke justificava a limitação da liberdade natural pela necessidade da paz comunitária. A era dos direitos iniciada no Séc. XX se preocupa com a tutela da pessoa humana, integrando este valor supremo em todo o sistema jurídico, através da sua “constitucionalização”.

No campo do Direito Processual Penal e do Processual Civil também são verificados importantes avanços constitucionais, em que o princípio de uma ampla defesa e do contraditório “due process of law” passou a ser direito fundamental em todas as lides forenses e processos administrativos (art. 5º, LV, CF), sendo inconstitucional a utilização de prova ilícita.

No âmbito do Direito Processual Constitucional que tem por fim sistematizar as normas e os princípios da constituição concernentes ao processo, a Constituição trouxe a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. A priorização do “acesso à Justiça”, como direito fundamental do cidadão, também foi um dos grandes avanços na consolidação da Constituição como um todo, pois nem a lei e nem qualquer autoridade podem impedir que o jurisdicionado ingresse perante o Poder Judiciário para ver solucionado o seu pleito ou a ameaça de lesão (art. 5º, XXXV, CF) sem dilações indevidas. A duração de um processo judicial ou administrativo, em tempo razoável, passou a ser preocupação do constituinte moderno, que através da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introjetou o art. 5º, LXXVIII, na Constituição, com a seguinte redação: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Esse novel princípio da celeridade dos procedimentos judiciais e administrativos teve como objetivo censurar a eternização das lides, que se arrastam em decorrência da grande quantidade de recursos que o Código de Processo Civil e Penal estabelecem, ou, na outra situação jurídica, pela inércia da Administração Pública.

Nesse contexto, a lei processual orienta-se por princípios de duas ordens: os princípios estritamente processuais, que exprimem o sistema a que se filia, e os princípios constitucionais, que preordenam sua elaboração. Têm-se, assim, ao lado dos princípios constitucionais básicos de imediata repercussão no campo do processo, agregam-se outros princípios constitucionais de ordem pública, tais como, isonomia (art. 5º, CF); legalidade (art. 5º, II, CF), o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, CF) e o direito de certidão (art. 5º, XXXIV, b, CF). A coisa julgada é outro instituto constitucional de grande relevância, pois estabelece para a sociedade a devida e necessária segurança jurídica. O tempo, mesmo que o passado seja injusto, possui a condição de estabilizar as relações jurídicas, que se não ficassem imortalizadas pelo transcurso dos anos, criaria uma verdadeira balbúrdia jurídica.

Outros princípios, como o da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, CF) e o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), também são fundamentais, por instituírem regras mais democráticas nas lides forenses, nas investigações administrativas ou nas policiais. Igual fenômeno de “constitucionalização” também se insere no contexto do Direito Tributário, que apesar de possuir o Código Tributário Nacional, também necessita da “Lei Fundamental” para humanizar a relação do fisco com os sofridos contribuintes. Sofridos e combalidos pela onerosa carga tributária, posto que o Estado não fornece a devida contraprestação de serviços públicos, cobrando caro e não disponibilizando à população a condição de ter supridas, suas necessidades básicas com qualidade e eficiência, apesar de estar constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

3.7 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

As relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a

Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao Direito Constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao Direito Civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, Direito Constitucional e Direito Civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

Na 1ª fase, “dos mundos apartados”, tem-se que no início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a “Constituição do Direito Privado”. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o Direito Civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

Na 2ª fase, em vista da Publicização do Direito Privado, o Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do Séc. XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado.

Na 3ª fase, da Constitucionalização do Direito Civil, “Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo

qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem-se início a *reconstrução* dos direitos humanos, que se irradiaram a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões.

No tema específico aqui versado, o princípio promove uma “despatrimonialização” e uma “repersonalização” do Direito Civil, com ênfase em valores da pessoa humana como sujeito de direitos, através do reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*, que através do princípio da força normativa das normas constitucionais e da regra de hermenêutica de interpretação do Direito conforme a constituição deu origem e consagrou o fenômeno da Constitucionalização do Direito.

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

Sobre a temática em epígrafe, importante destacar, que o Direito Civil, originariamente, é regido por sua própria lei, visto ser o ramo do Direito que trata sobre o conjunto de normas reguladoras dos direitos e

obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos seus direitos e obrigações, aos bens e às suas relações, enquanto membros da sociedade. O Direito Constitucional, por sua vez, tem como fundamento a Carta Magna, ou seja, a Constituição Federal, que versa sobre as normas relativas ao Estado, sua atuação e suas limitações, consagrando também direitos e garantias fundamentais, a qual deve ser respeitada e inserida em todos os ramos do Direito, pois a mesma é um pressuposto fundamental para que as normas jurídicas possam ter validade e a devida eficácia em suas realizações dentro do ramo jurídico.

A supremacia da Constituição é um dos princípios fundamentais do Direito e como tal deve ser analisada da melhor forma possível, adentrando em suas peculiaridades podemos perceber e afirma que sua autonomia não deve ser questionada, pois a mesma se encontra no topo da hierarquia constitucional, na qual dita regras e serve para todos os demais ramos do Direito, os quais lhe devem a devida obediência.

Nesse sentido, caso ocorra incompatibilidade entre o CCB/02 e a CRFB/88, o Código não poderá continuar vigente, pois é necessário que esteja em perfeita harmonia com a Constituição e caso isso não ocorra deverá utilizar métodos para que essa harmonia possa ser refeita, trata-se de uma exigência da Lei Maior.

A CRFB/88 consagra valores importantes para toda a sociedade e para o bem estar de todos, como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, contendo preceitos fundamentais para o bom convívio em sociedade, deixa de ser um mero documento e passa a ser uma norma superior que deve ser aplicada em todas as relações jurídicas em geral de forma a subordinar toda a legislação ordinária e toda norma inferior a sua.

Na Constitucionalização do Direito Civil, o Código Civil deve ser interpretado de acordo com a Carga Magna que é a Constituição, que não deixará por isso de ser um Direito Privado. É possível citar exemplos dessa situação como no Artigo 1.694, CC, que diz respeito ao direito aos alimentos fixados de acordo com o binômio “necessidade e possibilidade” em relação ao alimentado e ao alimentante, o qual faz relação entre a dignidade da pessoa humana e da isonomia constitucional.

Quando nos referimos ao Direito dos Contratos é possível perceber que o mesmo não deve ser tido como instrumento de opressão e muito menos algo que pudesse causar abuso econômico do poder contratual, mas sim resguarda a autonomia da vontade e condicioná-la a

parâmetros constitucionais, como por exemplo, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a horizontalidade dos direitos fundamentais, em cada caso concreto são possíveis perceber a forma de aplicação da norma e como ela pode ser interpretada constitucionalmente sem perder sua primeira essência.

Nesse contexto, considerando que no Ordenamento Jurídico Brasileiro, o cidadão, enquanto pessoa humana e ente de uma sociedade civilizada regida por um Estado Democrático de Direito é o destinatário de todo esse arcabouço normativo, contemporaneamente, muito tem se falado na Constitucionalização do Direito Civil, ou seja, ressaltar a consideração da pessoa humana como objeto principal dessa proteção normativa, possibilitando o diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Civil e conseqüentemente a eficácia dos direitos individuais tutelados pelo Código Civil e dos direitos fundamentais da pessoa humana consagrados pela Carta Magna, atribuindo-lhes também uma função social.

O entendimento do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil somente pode ser alcançado a partir de sua perspectiva histórica. Nesse sentido, pode-se analisar, que segundo o estudo da História do Direito, os códigos civis do mundo todo, ao longo da história do direito, sempre foram identificados como normas gerais regulamentadoras dos direitos do indivíduo em seus vários aspectos de atuação nas relações privadas, nos contratos, na propriedade, no Direito de Família, nas sucessões, e em todos os casos com forte cunho patrimonializante. O Direito Privado ocupava papel central no Ordenamento Jurídico e o âmbito de atuação do Direito Público, era bastante restrito, se limitando a regulamentação da atividade política do Estado.

Nada obstante, enquanto os Estados e as Sociedades evoluíam no Brasil e no mundo, alterando substancialmente as Constituições, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

Com o advento do Estado Social, inicialmente na Europa e posteriormente no Brasil, as Constituições passaram a exercer papel de suma importância na concreção dos direitos fundamentais por intermédio do Estado, consagrando valores, direitos e garantias fundamentais. Tal contexto histórico reflete nos demais ramos do direito imprimindo uma nova face ao Direito Privado, que passa a ser interpretado considerando os direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior. Com a imposição de cumprimento das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, o

Direito Civil passa a ter função não apenas de regulamentar as relações privadas, mas também de efetivar os primados constitucionais e atribuir a estas uma função não meramente privada, mas também social e coletiva.

Entende-se, pois, que a função social do Direito está contida, certamente, em todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, de modo que no Código Civil de 2002, se apresenta de modo muito claro, na medida em que todas as relações civis devem ser norteadas pelo catálogo de valores, bens e direitos concebidos pela ordem jurídica, mais precisamente, a Ordem Jurídica Constitucional.

O diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Civil é marcado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, através do qual passa a atuar como filtro axiológico por meio do qual se procede a leitura do Direito Civil.

Assim, vem a lume o fenômeno da Constitucionalização do Direito, no qual ocorre a intervenção do Direito Constitucional, como instrumento de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, nos demais ramos do Direito, em virtude do Sistema Constitucionalista Brasileiro, em que a CRFB/88 é a Lei maior do Ordenamento Jurídico, e todos os demais atos normativos infraconstitucionais devem respeito e obediência a esta, consagrando, assim, o princípio da Supremacia da Constituição, conseqüentemente dando origem à Teoria da Constitucionalização de todo o Direito Infraconstitucional, a exemplo do Direito Civil.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 377) explica que a Constitucionalização do Direito Civil representa a incorporação dos Direitos Fundamentais consagrados pela Constituição Federal ao Direito Privado, sendo este interpretado segundo as normas de Direitos Fundamentais:

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”.

Ocorre, portanto, a repersonalização do Direito Civil, ou seja, uma nova interpretação dos Códigos à luz da axiologia da Constituição, de modo a restaurar a unidade do sistema jurídico.

O Direito Civil é reinterpretado à luz dos princípios da Constituição e aqui já sob os determinantes da força normativa da Constituição e da teoria da recepção das leis infraconstitucionais, a partir de uma nova Ordem Constitucional.

Tartuce (2006, p. 101), explica o Direito Civil Constitucional como uma harmonização entre o Direito Público e o Direito Privado:

Vislumbramos o Direito Civil Constitucional como uma harmonização entre os pontos de intersecção do direito público e do direito privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de direito privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais.

O Princípio da Força Normativa da Constituição e com a elaboração da denominada doutrina brasileira da efetividade, em cujos expoentes figuram nomes como J.H. Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso; busca consolidar a aplicação direta de princípios constitucionais, sem a necessidade de intermediação legislativa, superando cientificamente sua vagueza semântica e preservando o princípio da segurança jurídica.

Demais disso, a leitura crítica e sistematização jurídica da Constituição passam a respaldar sua força normativa, funcionando como justificação de seu deslocamento para o centro do sistema jurídico, com a superação da rígida dicotomia, outrora verificada no Direito, além da tendência à descodificação do Direito Civil.

A Constituição, torna-se uma “lente”, através da qual passa-se a entender o Direito Civil, na proteção da dignidade da pessoa humana, implicando em sua despatrimonialização, portanto. Sob tal paradigma pondera, Gonçalves (2010, p. 45) que:

A expressão Direito Civil Constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, na nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

Desse modo, a constitucionalização do Direito Civil propõe a releitura do mesmo, a partir das “lentes” do Direito Constitucional, tendo em foco a “tábua” axiológica que imanta aquele diploma.

E, nesse sentido, valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia passam a constar do rol de preceitos inerentes ao Direito Civil; infundindo-lhe, por consequência, uma nova significação com projeção para a Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e sua Função Social.

Atualmente, entende-se que o Direito Civil Constitucional no Brasil passou por três fases. A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-Constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume o fenômeno do Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada de interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais. Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Portanto, a Constitucionalização do Direito Civil, também chamada de Direito Civil Constitucional, nada mais é do que a imposição de uma leitura dos institutos de Direito Civil conforme a Constituição Federal. A norma não deixa de ser de Direito Privado, mas Direito Privado interpretado conforme a Constituição.

A Constitucionalização do Direito Civil é expressão utilizada pelo fato de importantes institutos do Direito Privado, como a propriedade, a família e o contrato, terem, hoje, as suas vigas mestras assentadas na CRFB/88. Ao proteger vários institutos civilistas como os já citados, entre outros, o legislador constituinte redimensionou a norma privada fixando parâmetros fundamentais interpretativos.

Em outras palavras, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental, estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a igualdade substancial além da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, a Carta Magna de 1988 realizou uma interpenetração do Direito Público e do Direito Privado, redefinindo seus espaços até então isolados.

Nesse contexto, tanto o Direito Público quanto o Privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana. Sob esta visão pode-se dizer ser a interpretação do Direito Privado sob a ótica das regras constitucionais dando mais ênfase na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, diferentemente do Direito Público onde o estado tem o papel privilegiado, a constitucionalização desse direito é fazer com que a finalidade constitucional através de seus preceitos seja alcançada, sendo, portanto, necessária, com mais razão no Direito Público o respeito e aplicação dos preceitos constitucionais na aplicação do Direito Público e no exercício da atividade pública.

O Direito Civil Constitucional está baseado em visão unitária do sistema. Ambos os ramos não são interpretados isoladamente, mas dentro de um todo mediante interação cingética entre eles. A fonte primária do Direito Civil é a Constituição da República que com os princípios e as suas normas confere nova feição a ciência civilista.

Pode-se afirmar, portanto, que a partir da CRFB/88, a interpretação do Código Civil com base nessa nova ótica de Constitucionalização do Direito Civil reflete a necessária leitura e interpretação do Código Civil e das leis especiais a luz da Constituição.

3.8 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL

Antes de falar diretamente sobre a aplicação dos Princípios Constitucionais ao Direito Civil, imprescindível tecer alguns comentários, sobre o que é princípio e sobre o que são princípios do Direito.

Nesse sentido, pode-se entender que Princípios de uma Ciência correspondem ao fundamento de alicerce da própria Ciência, são os vetores de origem e validade através dos quais a ciência vai se desenvolver. No tocante aos Princípios do Direito, pode-se entender que são as vigas do direito, ou seja, os fundamentos que estruturam e dão origem ao desenvolvimento da Ciência do Direito.

Para Reale (2003, p. 37), nas suas lições preliminares do Direito:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

No Direito, especialmente, é possível concluir que os princípios inspiram a criação da norma, ou seja, tem a função de instruir o legislador ou outro agente sobre os seus motivos e fundamentos.

Na construção do Direito ou de qualquer norma do ordenamento, os Princípios Gerais do Direito serão sempre o primeiro degrau, primeiro passo ao qual devem seguir-se outros. Ele é muito mais que uma simples regra, além de estabelecer certas limitações, fornece

diretrizes que embasam uma Ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação do Direito.

Tamanha a importância dos Princípios para a Ciência do Direito, que se entende juridicamente que a violação de um princípio é mais gravosa do que a violação de uma regra, tendo em vista que ofende não só um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema.

Os Princípios informam, orientam e inspiram regras gerais. Devem ser observados quando a criação da norma, na sua interpretação e na sua aplicação. Sistematizam e dão origem a institutos.

Na Ciência os princípios trazem a ideia de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma realidade, e que visam a facilitação da interpretação e compreensão dessa realidade e da própria Ciência.

Os princípios do Direito no ordenamento jurídico têm diversas funções, destaca-se, as principais delas: pode-se dizer que os princípios têm uma função informadora onde os princípios servem de inspiração ou orientação ao legislador, dando base à criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de sustentáculo para o ordenamento jurídico. São descrições informativas que irão inspirar o legislador. Num segundo momento, os princípios informadores servirão também de auxílio ao intérprete da norma jurídica positivada. Evidencia-se, pois, o caráter informador dos princípios, de orientar o legislador na fundamentação das normas jurídicas, assim como o de fonte normativa, para suprir lacunas ou omissões da lei.

Também pode-se dizer que nos princípios atua a função normativa como fonte supletiva, ou seja, no caso de lacunas ou omissões da lei, quando inexistem outras normas jurídicas que possam ser utilizadas pelo interprete, os princípios gerais do direito servirão de base para a aplicação do direito no caso concreto onde não haja regra específica para a resolução daquele caso, Nesse caso, são utilizados como norma de integração, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico, Sendo, pois, a segunda função dos princípios, a função integradora do ordenamento jurídico em caso de lacuna normativa. Podemos citar como exemplo clássico da hermenêutica jurídica, o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) permite ao juiz, quando a lei for omissa, decidir o caso concreto que lhe foi submetido de acordo com a analogia, os costumes e os Princípios Gerais do Direito. No julgamento da lide, ao aplicador do Direito, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos Princípios Gerais de Direito. Os princípios serão o último elo a que o intérprete irá se socorrer para a solução do

caso que lhe foi apresentado. São, portanto, os princípios especiais fontes para aplicação da norma jurídica, sendo fundamentais na elaboração das leis e na aplicação do direito, preenchendo eventuais lacunas da lei.

No mesmo contexto, podemos dizer que nos princípios, tem-se a função de interpretação das normas jurídicas, considerando também que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com os princípios. A função interpretativa dos princípios irá servir de critério orientador para os interpretes e aplicadores da lei. Será uma forma de auxílio na interpretação da norma jurídica e também em sua exata compreensão.

Pode-se dizer que os princípios têm, ainda, função construtora, pois representam também uma das fontes para a construção do ordenamento jurídico, os caminhos pelos quais o Direito deve ser interpretado e aplicado.

Diniz (2003, p. 456), não descarta a função dos princípios como fonte jurídica ao afirmar que:

[...] eles suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

Além disso, no tocante à sua importância e função, Venosa (2004, p. 162) acrescenta que: "... de início é fundamental ressaltar sua importância, reconhecida pelo próprio legislador não só como fonte material, mas também como inspiração para as fontes materiais, para sua atividade legislativa".

Em resumo, não se fala em interpretação do sistema jurídico pátrio se o ponto de partida não for os princípios. Não se fala de qualquer conteúdo jurídico sem nele ter como fundamentos uma série de princípios gerais que lhe dão fundamento e suporte de validade em todo o ordenamento jurídico, a exemplo dos próprios princípios constitucionais que, sendo a matriz de todo ordenamento jurídico fornecem fundamento para todos os demais ramos do direito. A coesão lógica, a harmonia interpretativa e a uniformização de entendimentos, só poderão nascer a partir da observância dos princípios, através dos quais, podemos concluir que os operadores do direito devem sempre se valer

dos princípios para interpretar e aplicar a lei, para que estas se ajustem sempre ao direito e ao caso concreto.

E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, na qual se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Em relação à aplicação dos Princípios Constitucionais ao Direito Civil, podemos observar que com a promulgação da CRFB/88, muitas normas estabelecidas no Código civil de 1916 vieram a entrar em conflito com os tão reverenciados princípios previstos na nossa atual Carta Magma, tendo visto que o código civil supracitado fora idealizado numa época em que predominava o excessivo rigor do patrimônio fundado unicamente no poder econômico capitalista, quando se negava valor ao ser humano como pessoa detentora de outros valores.

Nada obstante, mesmo que completamente destituída de bens materiais, toda pessoa humana tem um patrimônio que deve ser preservado e defendido quando não respeitado por outrem, seja quem for: a dignidade, a honra, a boa reputação, a privacidade, o direito à saúde, à igualdade, à liberdade, à segurança, o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação, e tantos outros incorporados no código civil de 2002.

De todos os ramos jurídicos são o Direito Civil e o Direito Constitucional os que mais dizem respeito ao cotidiano de cada pessoa humana e de cada cidadão, respectivamente. As normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente, pois cada um de nós é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes de relações negociais e familiares. Do mesmo modo, em todos os dias exercemos a cidadania e somos tutelados pelos direitos fundamentais. Essa característica comum favorece a aproximação dos

dois ramos, em interlocução proveitosa. A incidência das normas dos demais ramos do Direito depende de inserção em situação específica, não necessariamente cotidiana, por exemplo, como contribuinte, como administrado, como sujeito à sanção penal, como parte em processo, como consumidor, como fornecedor ou empresário.

De tudo resulta que o Direito Civil brasileiro atual integra sistema complexo, em constante interação com a mutabilidade social, tendo no ápice a Constituição, que inspira a interpretação do Código Civil e sua interlocução com a legislação especial a luz da constituição federal.

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.

A Carta Magna 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.

Concluindo, a Constitucionalização do Direito Civil é fenômeno imprescindível para a compreensão e aplicação do Direito Civil, atual, nos moldes exigidos pela sociedade moderna e contemporânea, possibilitando também que a harmonia do ordenamento jurídico seja mantida, considerando o disposto nos preceitos constitucionais e supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, onde o Direito Civil e todos os demais ramos do direito têm que ter como fundamento de validade a Constituição e seus princípios, esta deve direcionar todas as leis infraconstitucionais.

A Constitucionalização do Direito Civil renova a ideia que se tem deste e do Direito Privado, além de trazer vantagens imensas ao cidadão. O fato da dignidade da pessoa humana ser elevada é importantíssimo.

Alguns civilistas são totalmente contra a Constitucionalização do Direito Civil, mas diante de tudo que foi falado, fica claro que esse fenômeno é essencial, já que cada vez mais se percebe que a dicotomia entre Direito público e Direito privado está acabando, consagrando no Direito, de um modo geral, quer dizer, independente de qualquer divisão, a pessoa e sua dignidade como elemento central da finalidade e razão de ser do Direito.

3.9 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Considerando todo o contexto e evolução histórica do Direito Civil e do Direito Constitucional, considerando principalmente o contexto atual de ambos os ramos do Direito a partir do advento da CRFB/88, e a natureza jurídica do Direito como sendo ramo das ciências sociais e humanas aplicadas, que exige conteúdo não meramente jurídico, mas também que tenha finalidade social, ou seja, deve ser aplicado em prol do ser humano inserido na sociedade, percebe-se, claramente, a vinculação da essência do Direito e da Sociedade com o ser humano, não podendo ser as referidas ciências analisadas de forma isolada. Nesse sentido, a Ciência do Direito, está intrinsecamente ligada à Ciência Social, de forma que lhe é imprescindível uma função social, vale dizer uma função destinada aos seres humanos prioritariamente, mas vivendo em sociedade.

Nada obstante, o que se pode observar é que os operadores do Direito, conformam-se em agir como máquinas, inatingíveis e superiores às situações e partes, negando-se a considerar que por trás do Direito, do Ordenamento Jurídico e daquele reiterado “polo ativo” e “polo passivo” dos processos, existem seres humanos, perseguindo os seus direitos em situações que merecem ser analisadas e individualizadas de acordo com suas particularidades e também impondo a aplicação do Direito com uma Função Social, nos termos da Carta Magna de 1988.

As partes vão em juízo não em busca de uma decisão ou sentença, mas em busca de uma providência jurisdicional para concretizar um direito que entendem ter. Não querem o técnico, a aplicação pura e simples do que a lei já determinou, mas sim que o julgador entenda seu caso, aprecie-o de forma individual com seus motivos e razões próprias e, ao final, seja alcançada a justiça.

Registre-se, pois, exemplo claro da aplicação do Direito Civil a partir da Função Social que lhe é exigida com o advento da CRFB/88, quando existe o caso de um credor que busca em juízo a satisfação de seu crédito. Por sorte, encontra um único bem de propriedade do devedor, livre e desimpedido, totalmente apto a responder pela dívida. Porém, o magistrado nega-se a deferir a prestação jurisdicional, que no caso seria a penhora desse bem, sob a alegação de que o bem é considerado um bem de família ou uma ferramenta de trabalho, o que inviabilizaria totalmente a sustentabilidade de si próprio e de sua família, embora continue ainda na condição de devedor.

Assim, atendo-se ao referido princípio da dignidade da pessoa humana e de forma justa, o intérprete deixa de observar os direitos do credor, que não pode satisfazer sua dívida em detrimento de sua subsistência e de sua família, o qual se fosse aplicado de forma mera técnica e mecânica, sem uma visão humanista e social do Direito, resultaria certamente em uma injustiça. Nessas situações, obviamente, o julgador não estaria fazendo justiça, ainda que esteja fundamentando suas decisões em dispositivo específico da legislação.

Outro exemplo, dessa vez em relação a inobservância da função social do Direito é o caso de um julgador que obriga uma senhora idosa a restituir os benefícios da pensão por morte do marido que recebeu a mais, totalmente sem conhecimento do equívoco e de boa-fé, por erro exclusivo da empresa responsável pelo repasse dos valores. Vale ressaltar que o erro perdurou por mais de dez anos, criando na senhora a expectativa de que aqueles valores que recebia eram, de fato, corretos.

Não obstante a latente incoerência do pedido de restituição desses valores, seja em razão de sua natureza alimentícia, por ser a única fonte de renda da senhora, seja em razão dos institutos da boa-fé que não está sendo observado, o julgador não se atentou a essas particularidades e pautou sua decisão na vedação ao enriquecimento sem causa, imputando à senhora a devolução dos valores à empresa, ou seja, no presente caso o operador do direito se limitou a aplicação do direito de forma exclusivamente técnica e mecânica, a ponto de desconsiderar que o direito tem antes de tudo uma função social antes mesmo de atender aos interesses particulares de forma isolada, é que se pretende combater através da Consagração da Teoria Constitucionalização do Direito Civil e Sua Função Social.

Desse modo, condenou a senhora de idade, cuja única renda é uma pensão em valor de um salário mínimo, a restituir cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) que lhe foram pagos por erro exclusivo da empresa que repassou os valores. Essa decisão, assim como a anteriormente citada, ainda que fundamentada em dispositivos legais, mostra-se totalmente injusta e incoerente com os preceitos constitucionais e as teorias que ora defendemos, quais sejam A Constitucionalização do Direito Civil e a Função Social de Direito Civil, não tendo o julgador atendido à sua função social como operador do direito e servidor público que é.

Portanto, é necessário que o operador do Direito compreenda e se conscientizem, da importância do cumprimento da função social do

direito e das leis, não só pelos juízes, como por advogados, partes, servidores, e todos os demais.

Dessa forma, transforma-se, também, a cultura já enraizada em nossa sociedade de supervalorização dos magistrados, contribuindo, assim, com o equilíbrio e aproximação das partes processuais em geral (juízes, partes, advogados e servidores), possibilitando, assim, chegar-se cada vez mais próximo da efetivação do Direito segundo a sua função social e também da justiça.

Nos dias atuais é muito comum o debate em torno das questões que versam sobre a finalidade do Direito, seu objeto, seu norte, sua tutela, enfim, busca-se saber para que serve as regras de Direito e como se alcança a efetividade de suas normas.

Esse debate sai da esfera meramente acadêmica, da graduação, das bancas de pós-graduação “Lato senso”, e “Stricto senso” e se coloca como o centro das preocupações da dogmática contemporânea, e isso, ocorre, como dito acima, porque cada vez mais se torna necessário obter a efetividade das normas jurídicas, inserindo o ser humano como centro das relações jurídicas, atribuindo ao Direito uma função cada vez mais humanística e também social.

A pesquisa em torno da função do Direito representa a ideia de aplicação do Direito a partir dos processos humanos (sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos) e da transitividade desses processos, buscar estabelecer premissas para que o operador do direito, no caso concreto, possa efetivar o conteúdo da regra de Direito, priorizando o ser humano como centro da relação jurídica e a sociedade como beneficiária, mesmo que de maneira indireta, da aplicação desse Direito.

Por meio do que pode-se chamar de "Teoria da Função Social do Direito", levamos em consideração que é possível resolver os conflitos sociais tendo por referência o ser humano e a função social do Direito como "princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico".

A Teoria da Função Social do Direito se constitui num novo método de interpretação do fenômeno jurídico, fornecendo elementos de cognição para a aplicação, efetivação e concretização dos direitos mais elementares da pessoa humana.

A função social do direito é um princípio estruturante do ordenamento jurídico e encontra sede ao longo da história do homem na terra, desde os tempos mais remotos, assumindo em cada período, os contornos próprios do modelo político, econômico, cultural e jurídico de cada sociedade humana.

Desde o momento em que a sociedade politicamente organizada criou a regra de Direito para ela se submeter, isto é reger as relações

sociais, essas mesmas regras objetivaram e objetivam alcançar uma finalidade, uma função predisposta em suas estruturas dogmáticas.

Não há função social da propriedade, do contrato, da empresa ou de qualquer outro instituto de direito público ou privado, coletivo ou difuso, sem que se concebiam essas funções sociais a partir da concepção de função social do Direito que é quem fornece as bases metodológico-científicas para as instituições jurídicas.

A função social do Direito é o fim comum que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social. O Direito sempre teve função social. A norma jurídica é criada para reger relações jurídicas, e nisso, a disciplina da norma deve alcançar o fim para o qual foi criada. Se ela não atinge o seu desiderato não há como disciplinar as relações jurídicas, e, portanto, não cumpre sua função, seu objeto.

A função social do direito é o fim comum a que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social. Nisso, há que se ter presente que não há norma jurídica puramente individual, na medida em que ela regula relações humanas, sejam relações puramente de direito privado, relações de ordem pública, coletivas e ou difusas.

Por meio da função social do Direito, o legislador objetiva humanizar as relações jurídicas, adotando novos valores que o mundo, em especial, o mundo ocidental, adotou com a evolução dos processos humanos e dos anseios das camadas sociais de alcançar melhores dias, pondo fim aos valores individualistas que presidiram os Sécs. XVII ao XIX e parte do Séc. XX. Nesse processo de humanização, é vedado ao homem obter vantagens em descompasso com os comandos normativos.

Deve se dizer que a função social do Direito é harmonizar os direitos e garantias do homem e do cidadão, ao lado da criação de instrumentos de políticas públicas que permitam que esses direitos e garantias se efetivem no plano fático. Vale dizer, é a efetivação dos direitos que permite ao homem, ao cidadão, a empresa e o empresário alcançar do Estado, da sociedade e do mundo em que vivem as condições necessárias para se desenvolver e disseminar seus projetos, anseios e vicissitudes num ambiente capaz de tornar útil os predicados da justiça e da paz.

No estágio atual em que se encontra a sociedade contemporânea é preciso que o operador do Direito reveja seus conhecimentos, suas ideias, seus matizes, enfim, suas convicções e avalie sua postura no Ordenamento Jurídico.

A Teoria da Função Social do Direito, portanto, tem como principal finalidade a aplicação do Direito a partir da humanização e socialização do Direito. Por meio dela, se busca efetivar a norma jurídica e as decisões judiciais, por meio de mecanismos claros contidos no Próprio Direito, a partir de uma hermenêutica Constitucional e aplicação dos Princípios Constitucionais que prioriza o ser humano como centro das relações jurídicas e sociais, através do princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo ao Direito também uma função social, através dos preceitos de função social do Direito.

A Teoria da Função Social do Direito Civil se constitui em uma das mais modernas teorias do Direito Contemporâneo. Ela defende a aplicação do fenômeno jurídico, a partir da análise dos fenômenos sociais, dos valores, bens e direitos consagrados no ordenamento jurídico, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo por referência a função social como princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico.

A partir da análise do contexto e evolução histórica do Direito Civil até o presente momento, o Código Civil de 2002 e principalmente a partir do advento da CRFB/88, pode-se considerar que o Direito Civil é reestruturado, em nome do princípio da supremacia da constituição, perdendo o seu caráter exclusivamente privado, para admitir a aplicação dos preceitos constitucionais relativos à função social dos institutos de Direito Privado, a exemplo da função social da propriedade, função social dos contratos, função social das empresas, que impõem a leitura e aplicação do Direito Privado a partir dos princípios constitucionais, principalmente os relativos a função social do Direito.

Nesse contexto, o Direito Civil, que historicamente sempre teve raiz exclusivamente privada, passa a ter também função social e coletiva na aplicação de seu Direito Privado e individual. Trata-se da atribuição de uma Função Social ao Direito Civil, que originariamente regulamenta apenas interesses particulares, mas a partir do advento da CRFB/88, passa a ter também função social de seus institutos,

A função social como temos defendido na Teoria da Função Social do Direito está contida em todo o ordenamento jurídico, entretanto, no Direito Civil e no Código Civil de 2002, ela se apresenta muito peculiar, uma vez que ela tem entre outras finalidades, a de permitir que as relações jurídicas intersubjetivas se deem de modo regular, segundo o direito civil, resguardando o direito pessoal e individual de cada um, mas também fazendo com que esse Direito, embora sendo originariamente privado, também tenha uma função social, mesmo que de maneira indireta.

Assim, tem-se que ter claro que o conteúdo das relações civis devem ser norteadas pelo conjunto de valores, bens e direitos concebidos pela ordem jurídica, mas precisamente, a ordem jurídica constitucional.

É um equívoco, portanto, considerar a existência da função social como princípio jurídico afeto à propriedade e ao contrato apenas, pois, em verdade, ela participa de modo específico nesses dois institutos, mas antes, porém, é preciso compreender que sua sede é a cultura humana ao longo dos tempos, a essência de todo o Direito ao longo de sua história e não apenas a matriz da instituição jurídica da propriedade e do contrato.

Portanto, pode-se concluir que em todas as dimensões do Direito Civil e do Código Civil Brasileiro de 2002 está presente a função social do Direito para realizar o plano dogmático contido na instituição jurídica, valendo dizer que sem essa compreensão ampla, se torna impossível entender a Teoria da Função Social do Direito.

Por meio da função social do Direito Civil, o legislador objetiva humanizar as relações jurídicas de Direito Privado, adotando novos valores que o mundo, em especial, o mundo ocidental, adotou com a evolução dos processos sociológicos e dos anseios das camadas sociais de alcançar melhores dias, pondo fim aos valores individualistas que presidiram os Sécs. XVII ao XIX e parte do Séc. XX. Nesse processo de humanização, é vedado ao homem obter vantagens em descompasso com os valores sociais e comandos normativos do Ordenamento Jurídico como um todo.

Mais do que nunca, deve se dizer que a Função Social do Direito é harmonizar os direitos e garantias do homem e do cidadão ao lado da criação de instrumentos de políticas públicas que permitam que esses direitos e garantias se efetivem no plano fático. Vale dizer, é a efetivação dos direitos que permite ao homem, ao cidadão, a empresa e o empresário alcançar do Estado, da sociedade e do mundo em que vivem as condições necessárias para se desenvolver e disseminar seus projetos, anseios e vicissitudes num ambiente capaz de tornar útil os predicados do direito, da justiça e da paz.

Nesse Contexto, a função social do Direito está arraigada originariamente nos textos normativos das constituições do mundo contemporâneo, em especial, do mundo ocidental. A função social do Direito é a marca do novo constitucionalismo. Esse processo se deve à nova ordem social, política e ideológica, gestada após a Primeira Guerra Mundial, cujo marco inovador foram as externas Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, antes referidas.

Nos moldes contemporâneos, a função social do direito é o resultado da evolução normativa que deixou raízes no Séc. XX, fruto das lutas sociais dos sécs. XVII, XVIII e XIX e encontrou após a Segunda Guerra Mundial, o terreno fértil para se concretizar nas legislações do mundo a fora.

Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não deixa dúvidas representar em todo o seu texto normativo, preceitos de ordenamento com função social, especialmente os preceitos que dizem respeito aos institutos de Direito Privado a exemplo do Direito Civil, como o princípio da função social da propriedade e dos contratos outrora mencionados.

A partir do princípio da função social da propriedade acima mencionado, consagrado na Constituição Federal de 1988, a propriedade deve ser assegurada, mas seu titular se obriga a adotar medidas condizentes com a razão da própria existência da coisa, sob pena desse Direito poder ser restringido e até mesmo extinto pela própria lei, através da desapropriação, por não estar atendendo a sua função social. Nesse caminho, a Função Social do Direito permite releitura do Direito Privado e seus institutos a partir da função social, a exemplo do Direito de Propriedade e sua função social, como a função social do contrato, a função social da empresa e também de todos os outros institutos existentes no ordenamento jurídico.

Em resumo, compreendemos que a “Função Social do Direito” é uma Teoria de Direito não apenas contemporânea, mas que encontra sede em toda a história do Direito. Resulta dessa nossa afirmação que a “Função Social do Direito” encontra sede no próprio fundamento do direito que é regular as relações humanas, buscando harmonizar o convívio social e tornar possível a vida do grupo social numa ambiência onde sejam celebradas a paz e a justiça.

A Função Social do Direito é, portanto, valor jurídico construído a partir das lutas e conquistas sociais do homem nas várias fases da história da humanidade. Em cada fase da História do Direito e da história humana ela representou e enfocou sentido peculiar. Esse princípio jurídico é ordenador dos bens, dos valores, dos direitos, dos deveres, do agir e do gerir os consectários de uma vida cada vez melhor do cidadão, numa dinâmica que empreenda instrumentos para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Função Social do Direito é um valor que pré-existe ao mandamento da lei. Ela representa um sentido peculiar do homem de ver o mundo ordenado pela paz, num ambiente harmônico, equilibrado e justo.

CONCLUSÃO

A Constitucionalização do Direito Civil se deve à aplicação dos Princípios Fundamentais e Preceitos da CRFB/88 ao Direito Privado, principalmente os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade Social e da Isonomia, que passam a fazer parte na elaboração das Normas Cíveis, havendo uma melhor eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atribuindo, portanto, ao Direito Civil, “Função Social”, além da sua função originária de regulamentar as relações privadas.

O Direito Privado, antes era muito apoiado nos Códigos, havendo agora maior preocupação em obedecer a Constituição para que não se tornem inconstitucionais, pois os ramos do Direito procuram validar as suas normas na Constituição Federal.

As Constituições, cada vez mais direcionadas a esse fenômeno jurídico global, da Constitucionalização do Direito Civil e sua Função Social em que o Direito Civil acompanha o posicionamento Constitucional.

A Constitucionalização do Direito Civil é importante no Direito moderno, para que não haja divergências nas normas do Direito privado em relação à Constituição, onde os Princípios Fundamentais devem ser orientadores das leis infraconstitucionais, cuidando também do valor social além do Direito privado.

Percebe-se que a divisão entre Direito Público e Privado tende a diminuir, aumentando a colaboração social do Direito Privado, pois esse não pode ficar totalmente separado do Direito Constitucional.

Portanto, em uma transformação de um Estado liberal para um Estado social, se observa uma importante Constitucionalização do Direito Civil, por haver introdução constitucional dos direitos fundamentais nas relações jurídicas do Direito civil. Os institutos básicos do Direito Civil, como a família, a propriedade e o Contrato, eram formados de maneira individualista, fruto de uma ideologia liberal no qual até hoje possuem influência na legislação civil, mas passam por transformação sendo socializados sem perder a essência de institutos de Direito Privado.

No Brasil, existe juridicamente o entendimento que quando a Norma Civil estiver em conflito com princípios constitucionais, deve ser revogada se for anterior à Constituição e ser considerada inconstitucional se for posterior. Se for possível o aproveitamento, deve ter interpretação conforme a Constituição, pois ela é a lei maior do

Ordenamento Jurídico, sendo base para a transformação social ou pelo menos deveria ser para a melhoria do convívio de todas as pessoas na sociedade.

Nesse contexto, considerando-se que o cidadão, enquanto pessoa humana e ente de uma sociedade civilizada regida por um Estado Democrático de Direito é o destinatário de todo esse arcabouço normativo, contemporaneamente, muito tem se falado na Constitucionalização do Direito Civil, ou seja, ressaltar a consideração da pessoa humana como objeto principal dessa proteção normativa, possibilitando o diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Civil e conseqüentemente a eficácia dos direitos individuais tutelados pelo Código Civil e dos direitos fundamentais da pessoa humana consagrados pela Carta Magna, atribuindo-lhes também uma função social.

Conclui-se, portanto, que o entendimento do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil somente pode ser alcançado a partir de sua perspectiva histórica. Nesse sentido, pode-se analisar, que os códigos civis, ao longo da história, sempre foram identificados como normas gerais regulamentadoras dos direitos do indivíduo em seus vários aspectos de atuação nas relações privadas, nos contratos, na propriedade, no direito de família, nas sucessões, e em todos os casos com forte cunho patrimonializante. O Direito Privado ocupava papel central no ordenamento jurídico e o âmbito de atuação do Direito Público, era bastante restrito, se limitando a regulamentação da atividade política do Estado.

Nada obstante, enquanto o Estado e a sociedade evoluíam, alterando substancialmente as Constituições, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

Com o advento do Estado Social, as Constituições passaram a exercer papel de suma importância na concreção dos direitos fundamentais por intermédio do Estado, consagrando valores, direitos e garantias fundamentais. Tal contexto histórico reflete nos demais ramos do Direito imprimindo uma nova face ao Direito Privado, que passa a ser interpretado considerando os direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior. Com a imposição de cumprimento das normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, o Direito Civil passa a ter função não apenas de regulamentar as relações privadas, mas também de efetivar os primados constitucionais e atribuir a estas uma função social.

A Função Social do Direito está contida, na verdade, em todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, de modo que no Código Civil de 2002, se apresenta de modo muito claro, na medida em que todas as relações civis devem ser norteadas pelo catálogo de valores, bens e direitos concebidos pela ordem jurídica, mais precisamente, a Ordem Jurídica Constitucional.

O diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Civil é marcado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, através do qual passa a atuar como filtro axiológico por meio do qual se procede a leitura do Direito Civil.

Assim, vem a lume o fenômeno da incorporação dos direitos humanos ao Direito Constitucional, como instrumento de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais pelo Estado, e conseqüentemente incorporando também ao Direito Privado dando origem à Teoria da Constitucionalização do Direito Civil.

Atualmente, por conta das mutações sociais, informatização, globalização, dentre outros, motivados por variados movimentos sociais, o Estado liberal foi paulatinamente sendo substituído por um Estado social, chegando até o estágio atual de Estado Democrático de Direito. Durante esse processo pode-se vivenciar grande instabilidade social. Sem precedente. Que força a intervenção do Estado na economia e nas relações privadas, formando uma verdadeira socialização do Direito Civil, que perdeu seu caráter individualista, passando a ser protetivo sobre a pessoa humana enquanto membro da sociedade. Nasce um direito mais humano, focado na tutela da pessoa, buscando sempre o bem-estar social, incluindo fundamentos como o da dignidade do ser humano. Observa-se bem que o Direito Civil deixou de ser absoluto no Sistema Jurídico Brasileiro, pois surgiram diversos microsistemas tratando de certas matérias. A própria CRFB/88, passou a versar sobre matérias que até então era de exclusividade do Direito Privado, eis que, mais do que apresentar os princípios que hoje conhecemos, concedeu supremacia constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não é o suficiente afirmar a prevalência dos interesses da personalidade no Direito Privado, urge a reconstrução do Direito Civil, pelo qual não se vislumbra uma maior ou menor tutela das situações patrimoniais, mas se busca, sim, uma tutela qualitativamente diversa, tendo por centro a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, W. **Instituições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

ALONSO, C. Á. **Lecciones de História del Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do Direito Civil Brasileiro: Das origens aos dias atuais. **Rev da Fac de Dir da Universidade de São Paulo**. v.88. 1993.

_____. O papel de Teixeira de Freitas na formação do Direito Brasileiro. **Rev Bras de Direito Comparado**. Nº 34, Publicação Semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro - IDCLB, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:
<[http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20(10).pdf)>.

AMARAL, D. F. do. **Ciência Política**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1991.

ANDRADE, J. C. V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAUJO, L. A. D. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASÚA, L. J. de. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, t. 1, 1964.

ATALIBA, G. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.

BANDECCHI, B. **Elementos de história do direito brasileiro**. São Paulo: Pannartz. 1984.

BARBOSA, J. **O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa**. ADV Advocacia Dinâmica, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996.

BARRETO, I. C. **A Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Aequitas Editoria I Notícias, 1995.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. 3, 2005.

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. **Rev. Amp. e Atual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, L. R. (coord.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Rev Cons Jur**, 26 de abril de 2006.

BASTOS, C. R.; TAVARES, A. R. **As Tendências do Direito Público no Limiar do Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILAQUA, C. **Código Civil Comentado**. 1940.

BISCARETTI DI RUFFIA, P. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BITTAR, E. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. Atlas Jurídico. São Paulo, 2005.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRAGA DA CRUZ, G. **Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro**, 1975.

_____. Comunicação ao II “Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros”, realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV Centenário da cidade de São Paulo.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o novo Código Civil**. Enunciados Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BUENO, E. **A Trilogia do Descobrimento**. Coleção Terra Brasilis. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1998.

BURKE, P. (Coord.). **A escrita da história. Nova Perspectiva**. São Paulo, UNESP. 1992.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAETANO, M. **Direito Constitucional: Direito Comparado; Teoria do Estado e da Constituição; As Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1977.

_____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1963.

CALHEIROS, M. C. **Do Estado: História e Conceitos**. Teoria do Estado Contemporâneo. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2003.

CAMPOS, G. B. **Manual de Derecho Constitucional Argentino**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1988.

_____. **La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

_____; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1992.

CERVATI, A. A. El legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, A. L. (org.). **La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales: Alemanha, Espanha, Francia e Itália**. Madrid: Civitas, 1991.

CHAUÍ, M. **Convite a Filosofia-Filosofia Ciência e Senso Comum**. Ed. São Paulo, 2000.

CICCO, C. **Direito: Tradição e Modernidade – Poder e Autoridade na Família e no Estado**. Das Origens Romanas ao Direito Brasileiro Moderno. Coleção Elementos do Direito. São Paulo: Ícone, 1993.

CIOTOLA, M. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, M. M. (coord.) e outros. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLÈVE, C. M. **O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

CRUZ, Braga da. **Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro, 1975**. Comunicação ao II.º "Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros", realizado em setembro de 1954, em comemoração do IV.º Centenário da cidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66222/68832>>. 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, R. **Les Grandes Systemes du Droit Contemporaine**. 6. ed. Paris: Dalloz, 1974.

DAVID René, **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Editora: Martins Fontes: 1986.

DEL VECCHIO, G. **La Giustizia**. 4. ed. Roma: Editrice Studium, 1951.

- DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional: interpretação, controle de constitucionalidade e outros temas.** Imprensa: Brasília, Vestcon, 2007.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, v. 1: teoria geral do direito, 2003.
- DWORKIN, R. **Los Derechos en Serio.** Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- ENGISCH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ENTERRÍA, E. G. de. **La Lengua de los Derechos : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa.** Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- _____. **La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- FACHIN, Luiz Edson, **Teoria Crítica do Direito Civil,** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FALLA, F. G. **Comentários a La Constitución.** 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Direito Civil: Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FAVOREU, L. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). **La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália.** Madrid: Civitas, 1991.
- FERREIRA, M. G. **Curso de direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIÚZA, R. **Relatório geral: Comissão Especial do Código Civil.** 2000.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**. v.I. Ministério da Justiça. Rio de Janeiro 1952.

FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. v. 1: parte geral. 2003.

GOMES, O. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Everton das Neves. **Hermenêutica jurídica para concretude da ordem constitucional econômica brasileira**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ORLANDO, Gomes. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: RT. 1980.

GRINOVER, A. P. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

HÄBERLE, P. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, A. L. (org.). **La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemanha, Espanha, Francia e Itália**. Madrid: Civitas, 1991.

HAURIUO, M. **Précis de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.

HELLER, H. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, p. 304. 1968.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris. 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Escritos de Direito Constitucional.** 2. ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha.** 20. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General.** 5. ed. Tradução de: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

KELSEN, H. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAGES, F. C. de. **História do Direito-Geral e Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **O que é uma Constituição;** trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

_____. **A Essência da Constituição.** Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 14. ed. **Rev., Atual e Ampl.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

LERCHER, P. **Übermass und Verfassungrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit.** 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999.

LIMA, E. de Q. **Theoria del Estado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

LOCKE, J. Dos Ensayos sobre el Gobierno. In: DOMINGO, R. (coord.). **Juristas Universales: Juristas Modernos; Séculos XVI a XVIII.** Madrid: Marcial Pons, v. 2, 2004.

LOEWENSTEIN, K. **Teoria de la Constitucion.** Traducción esp. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MALBERG, R. Carré du. **Teoria General del Estado. Tradução de: José Lión Depetre.** México: Faculdade de Derecho/UMAM, 2001.

MARTINEZ PAZ, Enrique. **Freias y su influencia sobre el código civil argentino.** Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1927.

MARTINS, A. M. G. **As Origens da Constituição Norte-Americana: Uma lição para a Europa.** Lisboa: Lex, 1994.

MATTOS, M. R. G. de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando ausente uma Justa Causa. In: **A&C Rev de Dir Adm e Const.** Belo Horizonte, n. 20, ano 5, p. 77-124, abr./jun. 2005.

MEDINA, P. R. de G. **Direito Processual Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MICHELET, J. **História da Revolução Francesa: da queda da Bastilha à festa da federação.** São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

MIRANDA, F. C. **Pontes de. Comentários à Constituição de 1946.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1, 1960.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, t.1, 1990.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., t. 2, 1996.

MONCADA, L. C. de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra Ed., v. 2. 1996.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, M. C. B. de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Rev de Dir Civ**. São Paulo, nº 65, p. 22, jul./set., 1993. 67

NERY J. N. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, M. J. e S. **Curso de Direito Constitucional (Atualizado até EC 52/2006)**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

OTERO, P. **Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Fundamentação da Constituição. In: MARTINS, I. G. da S. e CAMPOS, D. L. (orgs.). **O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2003.

PAULO Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PELAYO, M. G. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil. Atualizado por Regis Fichtner**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3. 2005.

PEREIRA, J. R. G. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, L. R. (coord.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ, J. G. **El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2002.

QUINTANA, V. L. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, v. 3. 1978.

_____. **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, t. 3, 1978.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

_____. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. *Rev dos Trib*, n. 752, ano 87, jun. 1998, pp. 22-30.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil. Reformulada e atualizada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIVAS, J. J. G. **La Interpretación de La Constitución por El Tribunal Constitucional (1980-2005)**. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

RODRIGUES, S. **Direito Civil – Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, vol.1, 2002.

ROMANO, S. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: *Rev dos Trib*, 1977.

_____. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SALDANHA, N. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAMPAIO, José Adércio L. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projeto do Código Civil Brasileiro de Joaquim Felício dos Santos**. Rio de Janeiro, Nacional, 1882.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHIER, P. R. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, C. **Teoria de la Constitución**. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932.

SCHWARTZ, S. B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus juizes: 1609 – 1751**. 2011.

SIEYÈS, E. J. **A constituinte burguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: Qu'est-ce que le Tiers État.

_____. **A Constituinte Burguesa**. Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. **Direito constitucional do trabalho**. Imprensa: São Paulo, Ltr, 1977. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1977;000067293>>, 1977.

SILVA, Madja Garcia Pereira da. **Word para trabalhos acadêmicos**. Florianópolis, 2015. 27 slides, color. Acompanha texto. Disponível em:
<<http://portal.bu.ufsc.br/files/2013/10/Tutoriaeditoração-trabalho-academico1.pdf>>.
Acesso em: 30/11/2017.

SOUZA, Manuel de Almeida. **Tratado prático e compendiário das águas**. Editora Imprensa Nacional. 1864.

SOUZA NETO, C. P. de. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, M. R.; ALEXANDRINO, J. de M. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso: constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Flávio. Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

TEPEDINO, G. J. M. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil**, p. XIX.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O Código Civil ainda é útil? Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Timm.pdf>. Acesso em 09. maio.2017.

_____. **O velho Projeto de um revelho Código Civil**, in: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.438. 2.

_____. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, G. (coord.). **Crise de Fontes Normativas e Técnicas Legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, v. 1: parte geral, 2003.

VERDÚ, P. L. **Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural**. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1988.

_____. **La Lucha Contra el Positivismo Jurídico en la Republica de Weimar**. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

_____. **La Constitución Abierta y sus Enemigos**. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

VERNEY, Luis Antonio. **Verdadeiro método de estudar**. Editora Verbo: 1965.

VILLALON, P. C. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). **La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemanha, Espanha, Francia e Itália**. Madrid: Civitas, 1991.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno, tradução de A.M. Botelho Hespânia**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, t. 1, 1988.

ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.