

**CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

**CONSTITUTIONALISM AND NEOCONSTITUTIONALISM IN
CONSTITUTIONAL CIVIL LAW**

CORREIA, Adelson Luiz¹

CAMBLLER, Everaldo Augusto²

PEREIRA, Fábio Zonta³

RESUMO: A teoria constitucional passou por transformações ao longo do tempo, sob a conquista do: *status normativo* e efetividade da Constituição, por meio do constitucionalismo e constitucionalização do direito, onde a norma infraconstitucional deve ser criada, interpretada e aplicada à luz das normas e princípios constitucionais. Alterando-se, assim, o sentido de interpretação do Código Civil, passando de um sistema hermenêutico de único centro científico do Direito, para um novo sistema de interpretação normativa do Código Civil, o qual deve ser interpretado segundo à Constituição, de modo a dar maior densidade e concreção normativa aos preceitos constitucionais. Competindo ao Direito Constitucional, realçar, despertar e preservar a

¹ Doutorando em Direito - área de concentração: Função Social do Direito Constitucional, pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2019) - área de concentração: Direitos Humanos; Especialização em Direito de Família e das Sucessões (2015); Especialização em Direito Notarial e Registral (2014); Graduação em Direito pelo Centro Universitário Assis Gurgacz (2014), Graduação em Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos pelo Centro Universitário de Maringá (2012). Atualmente, Oficial Registrador de imóveis, das pessoas naturais, das pessoas jurídicas e de títulos e documentos de Rio Negro/MS. E-mail: luiz_adelson@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9114-3757>

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1981), Mestrado (1991) e Doutorado em Direito (1997), pela mesma Universidade. Atualmente é professor assistente doutor do programa de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, professor e cocoordenador do Curso de Especialização em Direito Imobiliário no curso de extensão e especialização em Direito do COGEAE da PUC/SP. É Professor Titular do Programa de Graduação e Pós-graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Autor de diversos artigos e livros. Arbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira (2015-2019) e Presidente da Comissão de Direito Imobiliário do Instituto dos Advogados de São Paulo (2016-2021). Parecerista em revistas especializadas nos processos de avaliação de trabalhos encaminhados para publicação. É sócio do Escritório Arruda Alvim Tereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, consultor jurídico e parecerista nas áreas de Direito Civil, Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Direito das Coisas, coordenando o núcleo de Direito Imobiliário. E-mail: ecambler01@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1310-9518>

³ Doutorando em Direito - área de concentração: Função Social do Direito Constitucional, pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; Mestre em Direito - área de concentração "Tutela Jurisdiccional no Estado Democrático de Direito", pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba/SP); Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru/SP). Especialização em Direito Processual Civil, pela Universidade Católica Dom Bosco (Campo Grande-MS). Conselheiro Vitalício do Colégio Notarial do Brasil - Seção Mato Grosso do Sul. Tabelião do 7º Tabelionato de Notas de Campo Grande/MS. E-mail: fabiozontapereira@gmail.com

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

vontade da constituição, de modo a garantir a extensão máxima à concreção da força normativa da constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Código Civil. Força Normativa.

ABSTRACT: Constitutional theory has undergone transformations over time, under the conquest of: the normative status and effectiveness of the Constitution, through constitutionalism and the constitutionalization of law, where infra-constitutional rules must be created, interpreted and applied in the light of constitutional rules and principles. This changes the interpretation of the Civil Code from a hermeneutic system of a single scientific center of law to a new system of normative interpretation of the Civil Code, which must be interpreted in accordance with the Constitution in order to give greater density and normative concretion to constitutional precepts. Constitutional law is responsible for highlighting, awakening and preserving the will of the constitution, in order to guarantee the maximum extent to which the normative force of the constitution is realized.

KEYWORDS: Constitutionalism. Civil code. Normative Force.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a renascença da centralidade do Direito Constitucional, no âmbito do ordenamento jurídico, que gradualmente adotou a consciência de que a Constituição somente concretizará a sua eficácia e efetividade se incidir no domínio da norma infraconstitucional. Ou seja, a norma infraconstitucional deve ser brotada e aplicada de combinação com os ditames constitucionais, à luz das regras e princípios normativos constantes da Carta Constitucional.

O anterior Código Civil de 1916⁴ já estava passando por um processo de filtragem constitucional, com o advento da Constituição de 1988, através do instituto da recepção ou não recepção normativa, levando em entendimento a conformidade ou inconformidade com o texto constitucional.

Com a promulgação da Lei 10.406, de 10/01/2002, que instituiu o atual Código Civil Brasileiro, com raízes em princípios filosóficos e metodológicos da eticidade, da sociabilidade e da praticidade, a normativa privada passou a ser

⁴ Clóvis Beviláqua foi o precursor no Brasil do Direito Civil Constitucional, ao tratar do tema sob a denominação “A Constituição e o Código Civil”, onde de forma inovadora aborda as repercussões da Constituição de 1934 sobre os dispositivos do Código Civil de 1916.

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

regulada com valores elevados da ordem jurídica, em contraponto ao liberalismo e individualismo exacerbado, porém, anda por risco de ser parcialmente suplantada, por embasamentos em teses anteriores à vigente Constituição de 1988, em virtude de o anteprojeto do Código Civil ser apresentado no dia 07/08/1972, em que pese o projeto ser submetido a uma atualização no Senado Federal em 1997, e, posteriormente, ser reorganizado na Câmara dos Deputados, com o escopo de adaptar o Código às novas regras constitucionais, suprimindo as incompatibilidades do projeto do Código à luz da Constituição de 1988.

Contudo, faz-se necessário fazer uma análise temática de cada dispositivo contido no Código Civil de 2002, de forma sistemática, no contexto de sua vinculação com a realidade contemporânea e de sua compatibilidade com a Constituição.

Em outras palavras, para a aplicação de modo coerente e adequado do Código, dentro de padrões constitucionais, imperioso que se faça uma interpretação à luz da ordem e valores consagrados na Constituição, afinada com os princípios e valores fundamentais da ordem jurídica.

80

2 DAS TRANSFORMAÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL E DA FORÇA NORMATIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A teoria constitucional passou por transformações, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – internacionais e nacionais. Assim, de acordo com Luís Roberto Barroso, a transformação da teoria da constituição, deu-se em três grandes blocos:

a conquista de *status normativo* e de efetividade pela Constituição; o surgimento de um novo Constitucionalismo, sobre bases filosóficas e teóricas diversas; e a constitucionalização do Direito, vale dizer, a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo sistema jurídico. (BARROSO, 2022, p. 417)

A força normativa das normas constitucionais é efetivamente reconhecida no constitucionalismo dos Estados Unidos da América desde o julgamento de

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

Marbury v. Madison, que teve o seu julgamento em 1803, no qual se reconheceu a dimensão jurídica do texto Constitucional, com aplicação imediata pelo Poder Judiciário. O *judicial review* – revisão judicial, que é o poder dado aos juízes de anular a legislação contrária à Constituição, apesar de não ser explícito na Constituição Americana de 1787, tem antecedente histórico nas Cartas das Colônias e nas constituições estaduais. (YOO, PRAKASH, 2003).

Divergindo dos relatos históricos padrão, que localizam as origens nas teorias do direito fundamental ou na estrutura americana de governo, com o argumento que as origens da revisão judicial estão no direito societário, discorre Mary Sarah Bilder quando diz que:

a revisão judicial foi a continuação de uma prática inglesa de longa data de restringir as leis corporativas ao exigir que não fossem contrárias às leis da nação. Essa prática de limitar a legislação sob o padrão de repugnância às leis da Inglaterra tornou-se aplicável à lei colonial americana. (BILDER, 2006, p. 504).

Conduziu-se, progressivamente, à aceitação da força normativa das normas constitucionais no constitucionalismo romano-germânico a partir do pós-guerra. As causas desse fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico alemão estão intimamente ligadas ao desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no pós-guerra e à atuação decisiva do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no sentido de ampliar a sua proteção.

81

Quanto à natureza da força normativa das normas constitucionais, o doutrinador Konrad Hesse alega que:

O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia da sua força normativa". (HESSE, 1991, p. 27).

Ou seja, é dar efetividade às normas constitucionais, dando extensão máxima e plena à concreção normativa da Constituição, tornando-se fonte de

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

direitos e obrigações, de aplicabilidade direta e imediata, independente de intermediação do legislador.

J.J. Gomes Canotilho (1986, p. 97) acresce ao catálogo de pautas de princípios de interpretação da Constituição o que chama de princípio de máxima efetividade, o qual atribui-se a seguinte formulação: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, advertindo que, embora se trate de um princípio aplicável a todas as normas constitucionais, tem maior espaço e aplicabilidade na seara das normas constitucionais programáticas e no domínio dos direitos fundamentais. Esse princípio no Direito Constitucional Brasileiro foi consagrado no Art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Para Konrad Hesse:

a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (HESSE, 1991, p. 18).

Que se desrespeitado o preceito Constitucional, a estrutura normativa deva garantir meios satisfatórios de tutela, por meio da jurisdição constitucional, manifestado seja pela criação de tribunais constitucionais ou ações constitucionais.

2.1 Constitucionalismo.

Historicamente percebemos que o Poder Judiciário, desde o nascimento do constitucionalismo, assumiu uma função de defesa da supremacia constitucional, da tutela da constituição e dos direitos fundamentais, vigiando, contestando e mesmo cassando decisões dos demais poderes. É necessário meditar se eventualmente o super fortalecimento do Poder Judiciário pode causar abusos e desequilíbrios; porém, se houver o reconhecimento do papel quase exclusivo de guardião da Constituição pelo Poder Legislativo ou Executivo, também poderia causar abusos e desequilíbrio?

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

Parte da doutrina indaga qual é a razão de o judiciário ser o único guardião da autenticidade constitucional e não simplesmente ser um entre os vários aplicadores da Constituição. Indaga, ainda, se a interpretação dada por um magistrado também não poderia estar eivada de arbítrio ou ser dócil em regimes autoritários.

Sussana Pozzolo faz um contraponto crítico sobre a interpretação jurídica a ser dada à Constituição, defendendo a tese de que a Democracia é um valor fundamental, em razão de estimular de forma contínua a autonomia das pessoas e a sua participação na sociedade. Ela entende que o processo democrático é um procedimento que busca alcançar a unanimidade do consenso pela maioria, e é mais proveitoso do que uma reflexão individual. Pozzolo indaga que a superioridade moral do juiz sobre a avaliação dada ao legislador não é explicada, isso não quer dizer que a decisão tomada por uma maioria democrática não tenha defeitos de forma e de conteúdo, e porque o controle de constitucionalidade não é um julgamento moral, mas um julgamento de compatibilidade constitucional.

83

Discorre Sussana Pozzolo:

Se presenta, además, un problema fundamental para el constitucionalismo contemporáneo: ¿quién controla al controlador? La separación de poderes constituye una barrera contra la concentración de poder, pero para tutelar los derechos individuales las constituciones contemporáneas prevén algunas garantías específicas frente al poder. Así, las constituciones prevén garantías frente al poder legislativo, frente al poder ejecutivo, frente al poder judicial. Por eso, mientras el poder ejecutivo y legislativo están sujetos a controles externos al control del poder jurisdiccional, no sucede lo mismo frente a este último. Generalmente las garantías constitucionales, últimas, ofrecidas por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos reconocidos en la carta fundamental son de tipo jurisdiccional. Esta técnica de tutela de los derechos se revela satisfactoria hasta que no hay algún problema de garantía frente al poder jurisdiccional, o sea, hasta que este último no se configura como un poder normativo. Pero desde el momento en que el juez es un libre intérprete, incluso moral, del derecho: ¿qué garantía tiene el ciudadano?⁵. (POZZOLO, 1998, p. 350).

⁵ Tradução: "Há também um problema fundamental para o constitucionalismo contemporâneo: quem controla o controlador? A separação de poderes constitui uma barreira contra a concentração de poder, mas para proteger os direitos individuais as constituições contemporâneas preveem algumas garantias específicas contra o poder. Assim, as constituições

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

Hodiernamente, faz-se do constitucionalismo um projeto de tendência global, onde há um propósito intelectual de ideias constitucionais em comum, que são compartilhadas e implementadas entre os países e tribunais de regime democrático, nascendo daí um direito constitucional genérico.

Sob o ponto de vista científico ou dogmático, o Direito Constitucional, é objeto de atuação própria e autônoma, onde tem como vértice os valores na exegese jurídica, dando potência normativa aos princípios em relevo às regras; restaurando a razão prática e a argumentação jurídica; construindo essa novel hermenêutica jurídica sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais, arquitetada toda em razão da dignidade da pessoa humana. Surgindo-se, assim, uma nova compreensão sobre: a normatividade dos princípios, a colisão entre normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

A Constitucionalização do Direito é a propagação dos valores e princípios constitucionais por todo sistema e ordenamento jurídico. No Brasil, a Constituição de 1988 passou a usufruir da supremacia material, além da supremacia formal, anteriormente já existente, onde todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com os valores e princípios constitucionais, para que a Constituição passe a condicionar a validade e o sentido das normas infraconstitucionais.

Sobre qualquer operação de realização do direito envolver a aplicação direta ou indireta da constituição discorre Luís Roberto Barroso:

Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma o intérprete deverá verificar

fornecem garantias contra o poder legislativo, contra o poder executivo, contra o judiciário. Portanto, enquanto os poderes executivo e legislativo estão sujeitos a controles externos ao controle do poder jurisdicional, o mesmo não é verdade para este último. De um modo geral, as garantias constitucionais últimas oferecidas pelo sistema jurídico para a proteção dos direitos reconhecidos na Carta Fundamental são jurisdicionais. Essa técnica de proteção de direitos é satisfatória até que haja algum problema de garantia contra o poder jurisdicional, ou seja, até que este se configure como um poder normativo. Mas já que o juiz é um intérprete livre, até moral, da lei: que garantia tem o cidadão?".

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

se ela é compatível com a constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance aos fins constitucionais. (BARROSO, 2022, p. 422).

Assim, toda interpretação jurídica direta (Constituição) ou indireta (normas infraconstitucionais) é uma interpretação constitucional.

2.2 Do Neoconstitucionalismo.

No âmbito da teoria da Constituição, há dissensos e controvérsias entre os doutrinadores, existindo uma dificuldade de se esboçar o conceito de neoconstitucionalismo, o qual alguns doutrinadores preferem utilizar termos constitucionalismo e neoconstitucionalismo como sinônimo, outros entendem que o neoconstitucionalismo se aplica à teoria do moralismo jurídico no campo do direito constitucional.

Há adeptos incondicionais do “neoconstitucionalismo”, tais como Luís Roberto Barroso; porém, há autores que consideram extremamente desastrosa e errada a proposta “neoconstitucionalista”, entre eles Leonardo Martins.

Entre os que defendem o “neoconstitucionalismo”, há um consenso doutrinário, que os ordenamentos jurídicos modernos não podem ser operacionalizados ou entendidos sem referência e observância à ordem constitucional. Essa onipresença da constituição nos debates jurídicos indica uma “constitucionalização do ordenamento jurídico”. Esse movimento muitos descrevem como “neoconstitucionalismo”.

Outro ponto levantado pela doutrina defensiva do “neoconstitucionalismo”, é que a Constituição não pode ser interpretada sem atribuir centralidade aos seus princípios.

A teoria do Direito, em termos contemporâneo, é compreendida para os seus adeptos, como “neoconstitucionalista”, sob três características básicas: (i) reconhecimento da força normativa da constituição; (ii) expansão da jurisdição constitucional; e (iii) nova interpretação constitucional.

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

Os críticos entendem que essa pontuação e debate não significa aceitar o “neoconstitucionalismo” como orientação teórica, nem silenciar sobre os problemas e incertezas do instituto.

Sobre o problema da constitucionalização do ordenamento jurídico, do sistema concentrado alemão, discorre Leonardo Martins:

Trata-se de um fenômeno de desaparecimento gradual entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Foram os esforços pela otimização da vigência das normas constitucionais, principalmente as normas que garantem os direitos fundamentais, que o criaram. (MARTINS, 2005, p. 95)

A doutrina que diverge sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico, diz que esta tem consequências imediatas para as relações jurídicas privadas. Pois a delimitação entre o direito privado e o direito constitucional é relevante, não somente para a preservação da autonomia e da diferenciação sistêmica dos dois ramos jurídicos, mas para que se preserve as respectivas forças normativas.

Leonardo Martins cita exemplos de disfunção na constitucionalização do ordenamento jurídico alemão:

A constitucionalização do ordenamento jurídico tem consequências imediatas para as relações jurídicas privadas. O direito das obrigações, por exemplo, ao sofrer a influência (*Ausstrahlungswirkung*) dos critérios e parâmetros constitucionais, acaba tendo que ser reinterpretado, justamente “a luz” da Constituição. Cláusulas e institutos privados, como a autonomia da vontade, ou o princípio da “*pacta sunt servanda*” acabam sendo muito enfraquecidas, na medida em que o juiz, ao analisar o contrato, tem que avaliar a constitucionalidade, sob pena de, em não o fazendo, possivelmente violar direitos fundamentais. Outra consequência relevante é o já muito criticado aumento do poder do Judiciário, mais precisamente da corte especializada na aplicação do “direito constitucional específico”, no caso, o TCF. (MARTINS, 2005, p. 95).

Constata-se que há divergências doutrinárias para definir e aplicar de forma satisfatória a teoria do neoconstitucionalismo, mas isso não se isenta do dever jurídico de respeitar a Constituição, nem afasta a supremacia constitucional, muito menos da imposição de se aplicar sanções àqueles que

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

violam o mandamento contido na Constituição. O ordenamento jurídico não tolera violação à Constituição.

Então, conclui-se que o neoconstitucionalismo não revela um desenho intrínseco de uma ordem jurídica, não delinea subsídios da ordem jurídica em contraposição a outros. Ou seja, não existe Constituição ou nações neoconstitucionalistas, o que existe são escolas jurídicas ou doutrinadores que aplicam uma visão teórica neoconstitucionalista a uma dada Constituição, ou seja, interpreta normas, tem uma opção ideológica e visão de política constitucional, dando prioridade da dignidade humana ou outro princípio valor.

3 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

Com o aumento do processo de industrialização, em meados do século XIX, e, posteriormente, a eclosão da 1^a e da 2^a grande guerra mundial, houve a necessidade de uma redemocratização no mundo e uma intervenção do Estado na economia para repelir o individualismo, em razão do desequilíbrio e perversidade que fora implantada; intervenção essa que teve o escopo de equilibrar o panorama social, que para tanto: (i) foram promulgadas novas leis extravagantes em caráter emergencial ou sem caráter emergencial, dando solução aos novos conflitos sociais que surgiram, não sinalizadas e abrangidas pelos Códigos Civis, em especial pelos Códigos Civis Europeus; (ii) a doutrina Europeia apresenta a teoria que o Direito Civil deixa de ter como centro o Código para ter como centro a Constituição, ou seja, o início do Direito Civil Constitucional.

87

De acordo com Paolo Grossi:

O mundo jurídico que o jusnaturalismo nos propõe é um mundo não de sujeitos concretos, não de sujeitos realmente existentes, mas de modelos de homem. E isto é natural, a idade de ouro, a primeira idade da natureza é claro que nunca existiu historicamente, é um artifício daqueles grandes filósofos do direito os quais trabalhavam sobre alguns modelos abstratos. Na velha idade medieval, plena de injustiças sociais, mas os indivíduos singulares eram sujeitos de carne e osso, eram sujeitos históricos; neste mundo medieval se fala de ricos e de pobres, de machos e de fêmeas, de doentes e sãos, de nobres e de

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

plebeus, de mercadores e de camponeses. Isso é uma humanidade carnal que chama a atenção do direito medieval. É importantíssimo para o civilista moderno sinalizar ao invés que o jusnaturalismo criou um mundo de sujeitos abstratos, criou um mundo de modelos, um igual ao outro, um para o outro, um comparado ao outro, titulares de uma série de situações jurídicas perfeitas, primeira entre todas a propriedade privada individual. Qual era o resultado em que se queria chegar? Se queria chegar a identificar um direito civil eterno, válido para cada lugar e para cada tempo, no qual o singular pudesse encontrar a própria proteção. O artifício estava que se acreditava de ler este, ou se fazia de conta ler isso em um fantasmático livro da natureza. Eis o porquê o título da primeira lição eu ressaltava um resultado importante para compreender os códigos futuros: a humanidade do sujeito do direito civil. No direito medieval, no direito privado medieval esta unicidade não existia, existia uma pluralidade de sujeitos, existia uma humanidade variada que emergia; daqui para frente o direito civil – que é um direito que se ocupa de sujeitos abstratos, de esquemas abstratos – conhecerá apenas um sujeito, porque todos os sujeitos seriam iguais, iguais juridicamente, quase um estanho no mundo das máquinas ou de estátuas que vem confeccionadas por esta grande corrente jusnaturalista. Cada instância de justiça material, cada instância de historicidade concreta é estranha, justo porque se quer construir da parte destes filósofos do direito um mundo voluntariamente abstrato. Nasce daqui a grande abstração do direito civil de mil e oitocentos, que é a sua grandeza e também o seu defeito⁶. (GROSSI, 1995, p. 5-6).

Examinaremos a título de exemplo o direito italiano na década de 40, que contava com o Código Civil Italiano de 1942, promulgado na época do fascismo de Mussolini, legítimo representante do Nacional-Socialismo, código esse que se voltara à extrema produtividade em prol do Estado, sem nenhuma singela referência a direitos humanos fundamentais. Em período posterior, após a derrocada da 2^a Guerra, foi promulgada a Constituição democrática de 1947, que mesmo não sendo obrigada, procurou centrar sua filosofia na dignidade do ser humano, seguindo os parâmetros da Constituição Alemã, a qual fora imposta por impulso das nações vitoriosas (Estados Unidos, Inglaterra, França e Rússia), a introdução da lei fundamental, que assim dispõe no seu Art. 1º: “é fundamento da República Democrática Alemã a dignidade do ser humano”.

Em razão do desacerto de ideologia entre a escola do Código Civil Italiano e a Constituição Italiana, os hermeneutas partiram para o estudo do Direito Civil Constitucional, como um singular meio de se recepcionar o Código Civil,

⁶ Tradução livre

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

submetendo-o a uma releitura pelo ponto de vista constitucional. Não se podia aceitar um Direito Civil cujo núcleo era um Código que só focava a produtividade e a propriedade, que fosse inteiramente contrário àquilo que dispunha a subsequente e democrática Constituição Italiana.

Realça relembrar que a Codificação surgiu em um período de unificação ideológica e política de uma nação, valendo-se do conjunto de normas que as associa. Após a Revolução Francesa, ocorrida no Século XIX, a qual rompeu com a monarquia, com o clero e com a magistratura, que só favorecia casuisticamente a nobreza, por não atender aos anseios populares; assim, como aconteceu na Europa em ocasião da pós guerra, com a derrocada de governos totalitários, a ciência do Direito Civil, com antecedentes históricos oriundos do Código Civil Francês – Napoleônico, que refletiu os princípios da Revolução, da liberdade, fraternidade e igualdade, focalizou também fundamentos sobre propriedade e contratos, seguindo a teoria de que um Código Civil deve prevalecer sobre a própria Constituição, código esse que foi adotado na Itália e serviu de modelo a inúmeros países como a Bélgica, posteriormente com o surgimento do Código Civil alemão todo orgânico, o estudo era centrado integralmente em um sistema legal único, seguro e generalizado, ou seja, no Código.

89

Renan Lotufo discorre que:

O Código Civil é o monumento legislativo, é o centro do Direito Civil e o símbolo da história do cidadão francês. Essa concepção servirá de molde para muitas estruturas legislativas, sem falar na forma de encarar e interpretar o sistema legislativo. O Direito Francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será *a boca da lei, o escravo da lei*. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei.

Quando estamos diante de uma estrutura deste tipo, essa influência e esse raciocínio firme em cima da exegese, como poderia uma Itália, que obtém uma Constituição Democrática, aplicar um Código fascista? É evidente que o raciocínio se alterou, como também alterou-se todo o sentido de interpretação do Código Civil, e tudo sem que haja a necessidade de qualquer mudança do que estava escrito com o ordenamento. Para ler o Código, a partir daí, será necessária uma leitura através da Constituição. A Constituição, então, é o foco de iluminação, é quem informa e dá os valores do Direito Civil e com isso

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

é possível que todo o Direito Privado Italiano progredisse, abarcando as novas concepções elevadas ao Texto Maior daquele país. (LOTUFO, 2003, p. 21-22).

Com o final da 2ª Guerra, com o marco da vitória em 08 de Maio de 1945, com a obtenção da vitória das Forças Aliadas (Reino Unido, França, União Soviética e Estados Unidos) sobre as Forças do Eixo (Alemanha, Itália e Japão), nasceu um movimento de redemocratização nas nações ditoriais. Recorda Renan Lotufo que:

Na Europa, também tivemos grandes regimes ditoriais. A França, mesmo que não tivesse expressamente uma ditadura, sempre teve um regime de força, muito centralizado, suportando De Gaulle por diversos anos, que mandou e desmandou, não deixando de fechar casas de lei como os piores exemplos de ditaduras da América Latina. Na Itália, tivemos a ditadura de Mussolini; na Alemanha a de Hitler; na Espanha, a do general Franco; em Portugal, Salazar. Na América Latina, especificamente na Argentina, tivemos Peron; no Brasil, Getúlio Vargas. Todos ditadores. (LOTUFO, 2003, p. 22).

Em 24 de Outubro de 1945 é fundada a Organização das Nações Unidas, que é uma organização internacional de caráter *sui generis*, que tem como objetivo de unir todas as nações do mundo, por meio de tomada de medidas em grandes questões como a humanidade, a paz, a segurança, os direitos humanos e muitas outras, com base nos princípios da justiça, na dignidade humana e no bem estar de todos. Já em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, texto esse que passa a ter grande centro de valores e princípios para toda humanidade, repercutindo inclusive no direito privado.

90

Norberto Bobbio observa que:

Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre expressamente aceito, através de seus respectivos governos pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (BOBBIO, 1992, p. 28)

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

Foram também surgindo novos institutos e necessidades sociais, políticas e econômicas específicas, a partir do processo de industrialização de massa, no século XX, oriundos de vindicação de movimentos sociais e adversidades econômicas, o qual se fez necessário dar novas formas jurídicas a setores e a questões da atividade privada, por meio de leis especiais (Estatutos) que regulam de forma objetiva e concreta, por meio de cláusulas gerais abertas, com o escopo de sanear esses anseios específicos, e não raro as legislações especiais introduzem normas processuais, penais e princípios interventivos. Por consequência, fez diminuir o caráter de exclusividade do Código Civil nas relações patrimoniais privadas, submergindo a unidade sistemática antes posta, de maneira estável e duradoura. Além disso, uma gama de juristas tem se manifestado contrário à codificação e outra se manifestando favoravelmente à codificação.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira diz que,

91

Enquanto críticas ácidas são dirigidas, aos códigos, vozes erguem-se em defesa, para justificar a indispensabilidade de uma construção normativa sistemática, única, reunindo por ordem, matérias que pela própria natureza, não devem prescindir de tratativa formulada em conjunto ordenado, na forma de Código. (FERREIRA, 1997, p. 44).

Vale salientar que surge nas Constituições promulgadas no pós-guerra a propagação de princípios e normas que impõem obrigações sociais no incremento da atividade econômica privada; a Constituição assume compromissos e impõe limites à autonomia privada e à propriedade.

O debate sobre a constitucionalização do direito privado, gradualmente, começa a ter uma concordância doutrinária, em especial depois da promulgação da Constituição portuguesa de 1976, em seu Art. 18, I, segundo a qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Historicamente, sob uma égide individualista e patrimonialista de regras imutáveis, fundada na estabilidade e na segurança, havia dúvidas sobre a constitucionalização do direito privado, a qual o interprete somente poderia

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

utilizar como elemento subsidiário os princípios e normas constitucionais, em caráter estritamente excepcional, na ausência de norma específica, isso depois da tentativa de o hermeneuta fazer a utilização da analogia e dos costumes. Na forma do Art. 4º, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Dúvida essa que passou a ser estancada com a eficácia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, como valores impregnados em toda a ordem jurídica, inclusive a ordem jurídica privada.

Joaquim de Sousa Ribeiro alude a um novo:

modo de ser constitucional, agora claramente assumido, de *lex superior*, de uma verdadeira lei, e de uma lei fundamental, no sentido exato do termo. Impregnada pela intencionalidade material de todo o direito, e comungando da pretensão de validade que é própria deste, a constitucionalização coloca-se no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e actos com as suas opções valorativas. (RIBEIRO, 1998, p. 733).

As normas do ordenamento jurídico, inclusive as de direito privado, dentre as quais a de Direito Civil, devem ser lidas sob a luz dos princípios e valores constitucionais, estando em ponto de subalternidade e submissão, em relação ao Direito Constitucional; em razão de esse ser o vértice do ordenamento jurídico e arquitetar regras fundantes do sistema normativo.

92

Sobre a supremacia constitucional na atividade hermenêutica discorre Konrad Hesse:

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. A constituição não ficou limitada a esses aspectos. Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegurasse-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo. (HESSE, 1991, p. 28).

Passa a disciplinar e ter gerência o direito constitucional em disciplinas e esferas que antes, ainda que em nome do direito natural, era expungido, por se tratar de relações privadas. Paulo Bonavides (2020, p.47) pontua: “Interesses,

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

há menos de meio século, reputados exclusivamente individuais e aparentemente intangíveis tornaram, com o tempo, notável transcendência social, ocasionando, com efeito, sua ordenação subsequente pelo Direito Constitucional”.

Para Pietro Perlingieri (1999, p. 6), “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionais e civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

A progressiva imputação de eficácia normativa das normas constitucionais e a eficácia absoluta dos direitos fundamentais em relação aos particulares e aos poderes públicos. Ingo Wolfgang Sarlet entende que inexiste norma constitucional destituída de eficácia; para ele, todas as sistematizações subordinam-se à ideia de que uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não havendo, portanto, como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a eficácia (aplicabilidade) da norma. Em face do exposto,

93

pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositivo legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica. (SARLET, 2007, p. 264).

J.J. Gomes Canotilho fala de um “princípio da eficiência” ou da “interpretação efectiva”, assim conceituado “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 1.993, p. 1187), o qual é associada ao processo de unidade do Direito e abertura do sistema normativo. Para Hans Kelsen, a Constituição representa o fundamento de validade de todas as normas: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa". (KELSEN, 1962, p. 4).

Sobre a aplicabilidade direta da norma constitucional, discorre Pietro Perlingieri:

Não existe, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos. (PERLINGIERI, 2002, p. 11).

A imputação da eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais, ou seja, os preceitos constitucionais incidem de forma direta ou incidem sobre a legislação ordinária, ordenam compatibilidade da lei ordinária com a Constituição, estabelecendo uma fronteira para a reserva legal, ou seja, as normas infraconstitucionais não terão aplicação automática, devendo o seu significado e aplicabilidade ser auferida a partir do texto constitucional, impondo a leitura e harmonização do direito civil, a ser interpretado conforme o texto constitucional.

94

Para André Ramos Tavares:

O tema “interpretação conforme a Constituição” enquadra-se no estudo das técnicas de decisão operadas pela jurisdição constitucional. Não se trata propriamente de um método específico ou diferenciado de interpretação da Constituição, mas sim das leis. Assim, quando uma norma infraconstitucional contar com mais de uma interpretação possível, uma (no mínimo) pela constitucionalidade e outra ou outras pela inconstitucionalidade, múltipla interpretação dentro dos limites permitidos, ao intérprete, este deverá sempre preferir a interpretação que consagre, ao final, a constitucionalidade. E isso é assim porque as leis são consideradas a expressão da vontade popular, e, pois, se possível, devem ser preservadas pelo judiciário.

Contudo, há uma abordagem outra do tema, que insere no contexto da hermenêutica da Constituição. Significa essa diretriz que não se interpreta a Constituição a partir das leis em geral (de baixo para cima). É absolutamente vedada a interpretação da constituição conforme às leis. Não se pode fazer uso de

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

conceito legais para pretender exprimir conceitos constitucionalmente conformados. (TAVARES, 2022, p. 196).

O Texto Constitucional é um grande marco, reconhecido como instrumento de regulação dos aspectos básicos de convivência social e política e da garantia da dignidade humana, possui caráter normativo e de comando, sendo destinadas a exercer uma notável influencia na intepretação das leis ordinárias, no que toca ao direito público, coletivo e privado. Observando sempre, que as normas ordinárias não podem ser contrárias às normas constitucionais, aos princípios fundamentais e aos direitos inalienáveis da pessoa garantidos na Constituição, pois se isso acontecer, as normas ordinárias serão inconstitucionais e sem eficácia normativa no ordenamento jurídico.

Paulo Luiz Neto Lôbo atento à unidade hermenêutica, defende:

95

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapontos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria na frequência (e ainda ocorre). (LÔBO, 1999, p. 100).

No campo jurídico que regulam as relações civis, as normas constitucionais possuem pelo menos eficácia negativa, sendo complementáveis ou não, “vedam qualquer conduta contrária ao que estabelecem” (ASSIS, 1990, p. 39-40). O autor ainda destaca que a eficácia das normas constitucionais impede o surgimento de regras opostas no âmbito infraconstitucional e não recepcionam normas de conteúdo normativo antagônico.

Trata-se de uma mutação qualitativa dos institutos do direito civil iluminado pela normativa constitucional, sem que isso se ambicie diminuir da autonomia privada a sua competência, titularidade e encargo na construção de uma sociedade justa e solidária.

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

4 O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.

Clóvis Bevilaqua foi um dos primeiros precursores da doutrina brasileira a detectar que as constituições são fontes primárias do direito positivo, em Conferência pronunciada em Fortaleza, sob o tema “A Constituição e Código Civil”, ele enuncia e tece críticas a respeito do então novo direito civil brasileiro à época, criado pela Constituição de 16 de Julho de 1935, o qual modificou o Código de 1916. O doutrinador argumentou que:

É certo que todo o direito de um povo se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo. Aliás, como todo direito positivo, expressão embora da vontade social preponderante, não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida em comum. Suas theses se dilatam ou flexionam dentro do seu sistema legislativo, para se ajustar as relações humanas, de verdade indefinida. Mas a nossa Constituição vigente, urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiências jurídicas, necessárias a existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente, em proveito da utilidade prática. Por essa atitude, o Código Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões lógicas. (BEVILAQUA, 2012, p. 1-2).

96

Porém, na época anterior à promulgação da Constituição de 1988, a maior parte dos doutrinadores em direito civil, fazia uma leitura da Constituição como se esta pertencesse a outro ramo da ciência do direito, sob os argumentos: (i) de deficiência de força normativa da constituição; (ii) que valor não tem força normativa – é fórmula subjetiva e interna do hermeneuta; e (iii) que por singela leitura evolutiva do Código Civil, em favor das afinidades existências e da dignidade da pessoa humana, não haveria obrigação de se amparar na Constituição. Argumentos esses, quiçá oriundos do sublinhar desprezo recíproco entre doutrinadores publicistas e civilistas.

Delineava de forma resistente o entendimento teórico da incompatibilidade axiológica entre o direito privado - Código Civil e a ordem pública constitucional, fundado na dicotomia direito público (aportado em constituições não rígidas suscetíveis de constante reforma) e direito privado (destinado a purificação da autonomia da vontade – dogmas imutáveis da teoria

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

do contrato e da propriedade privada – com estrutura estável e perene fruto da Escola da Exegese); na objeção da baixa densidade normativa dos princípios constitucionais; na estrutura dogmática do direito civil ser estável e na interferência na vida privada e na liberdade do indivíduo.

Norberto Bobbio (1993, p. 242) assinala sobre o fetichismo do Código Civil nas relações de direito privado quando argumenta que “o caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação, um confiança cega na suficiência das leis, em definitivo a crença que o Código, uma vez emanado, basta completamente a si próprio”.

Gustavo Tepedino faz um delineamento das duas correntes bastante definidas no panorama do direito civil brasileiro atual:

De um lado situam-se os estudiosos que, filiados embora a matizes diversas, superam efetivamente a herança dogmática do século XIX, convencidos que as relações privadas não mais se circunscrevem em uma redoma abstrata e neutra, mas, ao contrário, mostram-se redefinidas axiologicamente pela ordem pública constitucional, cuja aplicação direta e imediata permite a constante abertura do sistema, com a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais. De outro lado situam-se os nostálgicos da concepção do código civil como estudo orgânico das relações patrimoniais; os autores da ideia de que o verdadeiro direito civil é o codificado, dogmaticamente imutável no tempo e no espaço, fundado em concepções invulneráveis, do ponto de vista estrutural e funcional, ao influxo das normas constitucionais. (TEPEDINO, 2006, p. 398).

Diante da formulação da teoria constitucional, esses argumentos acima caíram por terra. Contemporaneamente é imperioso o entendimento de compatibilizar o direito civil à Constituição - em razão da eficácia normativa da constituição, e, de modo constante, fazer uma releitura do direito civil sob o vértice da Constituição, à luz dos princípios e valores constitucionais, centrado na proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante de todo o ordenamento jurídico, associada a não exclusão de quaisquer direitos e garantias expressos na Constituição e outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Art. 5º, § 2º, CF), configuram uma perfeita

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

cláusula geral de tutela e proteção a pessoa humana, adotada como valor máximo do ordenamento.

Mesmo o vigente Código Civil, aprovado por meio da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ser posterior ao advento da Constituição de 1988 e originário do Projeto de Lei 635, de 1975, sucedâneo da Mensagem nº 160, de 10/06/1975, de submissão a deliberação de Projeto de Lei, ao Congresso Nacional, subscrito pelo Ministro da Justiça Armando Falcão, contendo a Exposição de Motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. Revelando em seu teor a influência dos Códigos Civis: alemão – BGB, de 1896, italiano, de 1942, e português, de 1966. Continua a ser necessário fazer uma interpretação sob a ótica constitucionalizada nos institutos de direito civil, de forma a realizar um diálogo harmônico entre essas fontes normativas. Fundado no princípio da legalidade, que ganha maior relevo, pois assegura ao particular, a prerrogativa de repelir pela via legal, as injustiças que lhe sejam impostas. Discorre sobre o princípio da legalidade Everaldo Augusto Cambler:

98

Assim como no sistema jurídico italiano, o brasileiro procura combater o poder arbitrário do Estado, em especial da União, seja na expressão do Poder Judiciário, do Executivo ou do Legislativo, mediante a elaboração das espécies normativas elaboradas de acordo com as regras do processo legislativo constitucional, somente essas capazes de criar obrigações para os indivíduos. (CAMBLER, 2014, p. 354)

Luiz Edson Fachin em momento histórico anterior à publicação do Código Civil de 2002, fez a seguinte advertência, sobre as impropriedades de estrutura do projeto do Código, merecendo destaque o fundamento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

Tem o presente estudo a finalidade de levar efeito a análise do Projeto do Código Civil, ainda em trâmite, no momento de formulação deste exame, perante a Câmara Federal, visando a uma conclusão acerca de sua aprovação – e consequentemente a inserção no ordenamento jurídico positivo – frente à ordem constitucional vigente. [...] Coloca-se, então, em análise, sem pretensão de esgotar o tema, não só o texto e o conteúdo explícito do projeto, mas a racionalidade que o informa, buscando-se, assim, avaliar-se sua adequação ou não à tábua axiológica e à ordem normativa trazida pela Constituição de 1988. [...] A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, Código napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação. Neste contexto, à luz do sistema constitucional, o aspecto patrimonial que era o elemento de maior destaque é deixado em segundo plano. Não tem mais guarda constitucional uma codificação patrimonial imobiliária, ranço que marcou a edição do Código Civil em 1916. [...] O patrimônio foi considerado, por muitos autores “atributo da personalidade”. Duas reflexões devem ser levadas em consideração nessa perspectiva. Em primeiro lugar, a personalidade a que se está a referir-se é a personalidade abstrata, ou seja, aquela que é conferida pelo ordenamento, tornando alguém apto a ser sujeito de direitos. Não se trata da pessoa concreta, com necessidades, sentimentos, desejos, aptidões, mas de uma categoria abstrata, que não se confunde com o ser humano concreto. Em segundo lugar, a ideia de patrimônio seria atributo da personalidade faz com que se chegue à ideia de que a personalidade se confunde com o próprio patrimônio. Constatase por conta disso, confusão conceitual que vincula o patrimônio à pessoa. Ocorre que essa pessoa abstrata não se confunde com o ser humano concreto. Ainda que se pudesse admitir que o patrimônio fosse um atributo de personalidade, está-se, aqui, a falar de uma categoria abstrata, que não se confunde com o valor da pessoa humana, que não se limita a uma categoria abstrata. Desse modo, privilegiar-se o patrimônio – ao contrário do que se poderia imaginar, em uma visão pouco aprofundada do que significaria essa noção de “atributo da personalidade” – é colocar à margem o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Essa tem agora, sob o texto de 1988, *status* de princípio de cardeal organizativo dentro do sistema jurídico, e toda regra, positivada ou proposta, que com esse princípio colide, no todo ou em parte, é inconstitucional. (FACHIN, 2000, p. 129-131).

A perspectiva do Direito Civil Constitucional compõe-se de valores expressos na constituição, consubstanciando em princípios que informam todo o sistema jurídico e também o Código Civil.

Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Bruno Lewicki sublinham algumas premissas essenciais do direito civil constitucional:

- (i) o reconhecimento do direito como realidade cultural, e não como resultado (*rectius, submissão*) da ordem econômica vigente: o direito tem uma intrínseca função promocional e não apenas função mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências;
- (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade da pessoa humana;
- (iii) valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertado o fato – justamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto;
- (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico;
- (v)

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação ao outro. (TEDEPINO, MORAES, LEWICKI, 2003, p. 378).

A partir daí, surge a instigação do hermeneuta moderno, de amoldar-se às fontes normativas do sistema do direito civil a partir do vetor dos valores e princípios constitucionais. Compete ao interprete a obra de integração jurídica, em concordância com a lei constitucional, de modo a dar maior densidade e concreção normativa aos preceitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Faz-se necessária uma leitura diferenciada do direito privado, pois questões relativas à pessoa ascenderam, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a patamar Constitucional, implicando uma ampla reforma da concepção do Direito Civil e reestruturação dos Códigos Civis. Surge a necessidade de um novo estudo e visão, pregando a tese de que o Direito Civil não tem mais como único centro científico de informação o Código, mas a Constituição de seus países, fundado na teoria do direito, dentro do estudo da hierarquia das normas, o qual implica que a Constituição sempre será a primeira fonte de informação, de valores fundamentais e de princípios fundantes de todo o sistema normativo, proclamando assim a tese do Direito Civil Constitucional.

100

Sem deixar de olvidar que o Código ainda tem uma função social participativa, harmônica e intermediária de regular regras gerais entre a Constituição e os Microssistemas, que regulam por meio de leis especiais em sistemas próprios problemas mutáveis, com mecanismos e princípios peculiares, que às vezes tem de ser amparados e compatibilizados de forma harmônica pelos Códigos, através de suas regras gerais, para regular situações específicas. A ele cabe ser uma legislação básica de assuntos plenamente assimilados, que representa o amadurecimento de ideias da civilização.

Assim, o Código Civil de 2002 é um Código que não quer ser o centro do Direito, e nem ser uma Constituição, mas lhe cabe ser um corpo de normas com cláusulas abertas, para servir e viabilizar o direito privado, efetuando a sua leitura

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

à luz dos preceitos e valores constitucionais democráticos, dando efetividade às normas constitucionais, pugnando a dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Eficácia das normas constitucionais**. Porto Alegre: Ajuris, v. 50, nov. 1990.

BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BEVILACQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil: conferência pronunciada pelo Professor Clovis Bevilaqua em Fortaleza. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.101, n.919, p. 35-47, maio 2012. Disponível em:
<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/114860/117865.pdf> . Acesso em: 02 abr. 2023.

BILDER, Mary Sarah. **The corporete origins of judicial review**. *Yale Law Journal*. Vol. 116, Iss. 3 (2006). Disponível em:
http://works.bepress.com/mary_bilder/3/. Acesso em: 02 abr. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

101

_____. **Teoria Geerale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAMBLER, Everaldo Augusto Cambler. **Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade, in Estatuto da Cidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Coordenação José Manoel de Arruda Alvim, Everaldo Augusto Cambler.

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Coimbra: Separara de Boletim da Faculdade de Direito, v. 76, 2000.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **O projeto de novo código civil e a tutela dos direitos individuais e coletivos**. Londina: *Scientia Iuris*, Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, v. 1, 1997.

GROSSI, Paolo. **Fondamenti del pensiero giuscivilistico moderno**. Palestra realizada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 1995.

HESSE, Konrad **A força normativa da constituição** (Die normative Kraft Der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, v. 2, 1962.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 141, jan./mar., 1999.

102

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang organizad. MELLO, Cláudio Ari [et al.]. **In: O Novo código civil e a constituição**. Imprenta: Porto Alegre, Liv. Do Advogado, 2003.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. **In: Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Coletânea Original: Jürgen Schwabe. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Perfis de direito civil**. Tradução. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLO, Sussana. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretacion constitucional. Edição digital de Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Atas do XVIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social (Buenos Aires, 1977), n. 21, vol. II (1998). Traducción de Josep M. Vilajosana.

CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CORREIA, Adelson Luiz; CAMBLER, Everaldo Augusto; PEREIRA, Fábio Zonta

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 74, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. O novo Código Civil e a Constituição. *In: Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In: Temas de direito civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional**. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003.

YOO, John; PRAKASH, Saikrishna. The origins of judicial review. The university of Chicago **Law Review 70: XX** (2003). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=426860> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.426860>. Acesso: 02 abr. 2023.

103

Submetido em: 14.07.2024

Aceito em: 14.05.2025