

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

WILSON ANTÔNIO STEINMETZ

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Wilson Antônio Steinmetz; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-729-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos Fundamentais II", durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi – Porto Alegre-RS, sobre o tema geral Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, nos dias 14, 15 e 16 de novembro de 2018. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos às construções teóricas sobre direitos fundamentais e que contaram com relevantes pesquisas empíricas.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 18 ao todo, dos quais foram apresentados 17, com apenas uma ausência, sendo que dois deles com a participação dos coordenadores do Grupo de Trabalho. Todos foram permeados de intensos debates, desde o enfrentamento das dimensões gerais sobre o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito, ao lado de outras duas contribuições acerca da fraternidade enquanto princípio. Discutiu-se a educação e seus atores a partir do conceito constitucional, alcançando-se reflexões a respeito dos direitos fundamentais ligados à saúde como direito fundamental, em abordagem sobre o espectro autista e também sobre a reprodução assistida, ao gênero feminino, à vulnerabilidade do idoso e acrescidos de discussões sobre os desafios relativos à infância e sua proteção integral, a englobar subtemas como as medidas sócio educativas até as questões que envolvem a nutrição infantil e a ciberpublicidade.

Foram igualmente objeto de análise temas relativos à liberdade religiosa e aos preconceitos relacionados às práticas ligadas à religião e à afro-descendência. Por derradeiro, houve também exposições sobre os conteúdos das perícias médicas como direito fundamental e a corrupção como um processo corrosivo em relação aos direitos fundamentais.

Os temas dialogados tem amplo espectro e demonstram a importância do encontro científico, além de enfrentarem problemas teóricos e práticos quanto à integridade dos direitos fundamentais, de forma que a leitura indicará a preocupação com a proteção efetiva da dignidade daqueles que integram o Estado Democrático de Direito.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz – UCS

Profa. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - FDSM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO:
REPERCUSSÕES DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO ÂMBITO JURÍDICO**

**THE PROCESS OF CONSTITUTIONALIZATION OF BRAZILIAN LAW:
REPERCUSSIONS OF NEOCONSTITUTIONALISM IN THE LEGAL
FRAMEWORK**

João Bezerra Filho

Resumo

O Processo de Constitucionalização do Direito Brasileiro tem sido abordado sobre diversos enfoques, especialmente, no que se refere às implicações do Neoconstitucionalismo. O objetivo da pesquisa é tecer considerações acerca das repercussões do Neoconstitucionalismo e as mudanças que afetam o Direito Brasileiro. Utilizou-se de pesquisa teórica de caráter investigativo e descritivo. O Método de Procedimento foi um levantamento bibliográfico a partir do estudo de doutrinas, jurisprudências, livros, teses e artigos. Constatou-se que o Neoconstitucionalismo tem contribuído para efetivação dos direitos fundamentais /constitucionais, mas que também pode gerar insegurança jurídica.

Palavras-chave: Processo de constitucionalização, Repercussões neoconstitucionalistas, Direito civil, Divergência doutrinária, Supremacia da constituição federal

Abstract/Resumen/Résumé

The Process of Constitutionalisation of Brazilian Law has been boarded on diverse approaches, especially, as for the Neo-constitutionalism and implications. The objective of the research is to weave considerations concerning the repercussions of the Neoconstitucionalismo and the changes that affect the Brazilian Right. It was used of theoretical research of investigative and descriptive character. The Method of Procedure was a bibliographical survey from the study of doctrines, jurisprudences, books, theses and articles. One evidenced that the Neoconstitucionalismo has contributed for realization of the basic rights/constitutional, but that also it can generate legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalisation process, Neoconstitucionalist repercussions, Brazilian civil right, Doctrinal divergence, Supremacy of the brazilian constitution

1. INTRODUÇÃO

O Direito não é uma ciência estática, se transforma com os anseios sociais, ao longo do tempo e através dos costumes morais, culturais e principiológicos. Da mesma forma, a Constitucionalização do Direito no Brasil sofreu mudanças significativas desde a Constituição de 1988 e tem exigido da atuação dos Poderes, sobretudo, dos aplicadores do Direito uma nova forma de pensar a ciência jurídica. Esta nova forma de conceber a interpretação do texto constitucional é o que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo surge também com o propósito de consagrar o Princípio da Igualdade e, sobretudo, para concretizar o direito das minorias sociais.

Sendo assim, o trabalho tem por objetivo tecer considerações críticas acerca das repercussões do Neoconstitucionalismo e as mudanças que afetam o Direito Civil Brasileiro.

Para atingir o objetivo proposto utilizou-se a metodologia de pesquisa teórica, de caráter investigativo e descritivo, fazendo uma sondagem e análise do fenômeno do Processo de Constitucionalização do Direito, que mesmo sendo pouco conhecido pela população em geral, e, por parte de aplicadores do Direito, possui grande discordância doutrinária e calorosos debates acadêmicos acerca da sua aplicabilidade e eficácia constitucional. Neste contexto, Gil (2007, p. 25) diz que “este tipo de pesquisa tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses”.

O Método de Procedimento utilizado foi um levantamento bibliográfico a partir do estudo de doutrinas, jurisprudências, livros, teses e artigos impressos e indexados em sites acadêmicos atualizados, construindo, assim, um posicionamento crítico e robusto acerca da temática abordada. Neste ínterim, para Fonseca (2002, p. 32), a pesquisa bibliográfica busca referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema da pesquisa.

A pesquisa se debruça inicialmente sobre o conceito histórico e teórico do surgimento do Processo de Constitucionalização do Direito no Brasil e suas principais correntes doutrinárias, faz uma análise acerca do Neoconstitucionalismo e sua aplicabilidade no Direito Civil Brasileiro.

Constata-se que a pesquisa é de cunho interdisciplinar, vez que se fez apartes em diversos ramos da ciência, a saber: Direito Constitucional, Direito Civil e História do Direito.

Observa-se que, em que pese o Neoconstitucionalismo ser matéria de calorosas discussões e diferentes posicionamentos na doutrina, se tem percebido que os intérpretes do direito têm o utilizado para adequar a constituição à realidade das novas formas de viver da população. A Constituição Federal deve ser instrumento vivo, independente da época em que

seja utilizada, e deve ser interpretada à luz da realidade da população. Sendo assim, o Neoconstitucionalismo só tem a contribuir para a efetivação do direito constitucional e conseqüentemente para a melhoria da sociedade.

2. BREVE ANÁLISE DO CONTEXTO HISTÓRICO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O Processo de Constitucionalização tem se mostrado essencial para a compreensão e aplicação de diversos ramos do Direito. Todavia, o texto constitucional nem sempre foi interpretado como norma jurídica propriamente dita. Segundo Barroso (2006, p. 22) até meados do século XX, na Europa, a Constituição era utilizada como um instrumento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Sendo assim, cabia ao legislador à liberdade de conformação e ao administrador a discricionariedade da norma, não se vislumbrando papel relevante na realização do conteúdo Constitucional pelo Poder Judiciário.

Ainda segundo Barroso (2006 p. 22), o marco histórico que ensejou novas mudanças nos paradigmas constitucionais que permitiu que a Constituição saísse do *status* político para *status* de norma jurídica, sobreveio com a 2ª Guerra Mundial, inicialmente na Alemanha, e, posteriormente, na Itália, Portugal e Espanha, nesta ordem. Nos dias atuais, a Constituição é reconhecida por sua força normativa, de caráter vinculativo e obrigatório.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988 é que se evidencia a Constitucionalização do Direito, rompendo com as estruturas arraigadas do autoritarismo presente nas constituições brasileiras outorgadas. Neste contexto, se faz necessário mostrar o trato dado ao texto constitucional nas Constituições Brasileiras desde o Império até a Carta Magna de 1988.

A Constituição de 1824, também conhecida como Constituição do Império, foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, que impôs sua vontade de governante no texto constitucional. Este diploma foi o que mais durou no Brasil, tendo vigência de 1824 até 1965.

Segundo Vieira (2018, p. 43) esta Constituição era semirrígida, pois, de um lado era difícil alterar o texto constitucional, sobretudo, no que diz respeito aos limites e atribuições dos Poderes Políticos, bem como os Direitos Políticos e individuais dos cidadãos, de outro, era flexível, pois tudo que não estava escrito na Constituição poderia ser alterado sem as formalidades presentes nos artigos 173 a 177 pelas legislaturas ordinárias.

Segundo Barroso (2009), nesta Constituição há a herança marcante do patriarcalismo, o voto censitário, e o direito a igualdade era meramente formal, pois assegurava os privilégios da nobreza em detrimento aos pobres, negros, mulheres e crianças.

Em 1891 surge a segunda Constituição do Brasil pelas mãos dos militares, que após expulsarem a família de D. Pedro I das Terras Brasileiras, convocaram uma Assembleia Nacional Constituinte para a feitura de uma nova Constituição, desta feita, não mais outorgada, e sim, republicana, que teve como base a Constituição dos Estados Unidos da América. O Estado passa de Unitário para Federado; de religião obrigatória para Estado laico ou leigo. E ainda avançou ao criar o Supremo Tribunal Federal e o sistema constitucional de controle de constitucionalidade difuso (VIEIRA, 2018, p. 44).

Na verdade, a Constituição supracitada não observou inúmeros direitos fundamentais do Direito Americano, vez que não recepcionou questões relacionadas à igualdade social, o que ensejou em descontentamento e revoltas da população. Segundo Barroso (2009), em que pese a constituição de 1891 ter sido republicana, era autoritária, e não se preocupava com questões sociais. Não raro, havia revoltas e inquietações populares em busca de direitos fundamentais.

A terceira Constituição do Brasil foi instituída em 1934 e perdurou apenas por três anos, tendo, portanto, seu término em 1937. Sendo a primeira Constituição Social do Brasil, teve como base a Constituição Alemã de Weimar, de 1919. Dentre as principais conquistas deste marco, destaca-se o direito de votar das mulheres e a introdução no texto constitucional dos Direitos Trabalhistas.

A quarta Constituição Brasileira ficou conhecida como a Carta de 1937 e foi outorgada por Getúlio Vargas. Segundo Vieira (2018, p. 44), “as principais regras trazidas pela nova Constituição tinham caráter ditatorial e inquisitivo”.

Em 1946, em detrimento da redemocratização do Brasil, foi promulgada a quinta Constituição, que nasceu contra os atos ditatoriais da carta de 1937. Segundo Cruz (2014, p. 04) “uma constituição de desenho social marcante, mas inefetivo, uma Carta de prognóstico”.

A sexta Constituição do Brasil é concebida em 1967. Há divergências doutrinárias quanto a Constituição ser outorgada ou promulgada. O posicionamento majoritário é de que foi uma constituição outorgada. Fala-se em autoritarismo institucionalizado. Segundo Cruz (2014, p. 04), foi um período de elevado custo social. A censura e a tortura eram regra, e a liberdade, uma exceção.

A sétima Constituição do Brasil, também conhecida como Emenda Constitucional de 1969 foi uma constituição formal, pois a doutrina aponta ter sido mais uma reforma da Carta de 67 do que propriamente uma nova Constituição.

Por fim, no dia 05 de outubro de 1988, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil, vigente até os dias atuais. Com a CRFB/88 há a derrocada do regime militar autoritário e ascende a democracia. É uma Constituição que traz expressamente em seu bojo constitucional a garantia da igualdade social e a proteção dos direitos individuais.

Já no Preâmbulo da Carta Magna, destaca-se o princípio da igualdade e justiça como supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Na mesma esteira, a Constituição Federal de 1988 traz inúmeros direitos individuais fundamentais dentro de uma sociedade democrática de direito. Para se efetivar tais direitos é fundamental que sua aplicabilidade seja adequada a ordem temporal e modos de vida da sociedade.

A constituição funciona hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona assim não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema jurídico. (BARROSO, 2006, p. 43).

Diante das acepções *supra*, já é possível compreender que a Constituição tem sofrido variações desde a Carta Imperial de 1824 até a Carta Magna atual. Adiante entender-se-á melhor as mudanças, acepções, conquistas e contrariedades do Processo de Constitucionalização que deu origem a um novo modelo constitucional – o Neoconstitucionalismo.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO

É de notório saber que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que por meio dos institutos jurídicos, da legislação infraconstitucional, dos princípios e costumes busca garantir os direitos individuais de toda a sociedade, bem como, a proteção do Estado.

Contudo, com a crescente investigação do Direito Constitucional, estas formas de direito se orientam à luz da Norma Constitucional para ter uma interpretação mais robusta e contundente da realidade social. Entende-se que a constituição é um instituto normativo vivo que se adequa ao tempo e ao espaço para ser aplicada de forma integral e atual.

Neste Processo Constitucional, em desenvolvimento, não há mais espaços para aplicação das normas frias, nem para juízes técnicos, meramente aplicadores da letra fria da Lei. De acordo com Barroso (2006, p. 27), em relação ao papel da norma, constatou-se que a solução para as demandas jurídicas nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes, só se chega a uma solução eficazmente constitucional se for feita uma análise dos fatos relevantes, analisados topicamente.

Nesta senda, o juiz também possui papel importantíssimo, tornando-se coparticipante do processo de criação do Direito, contemplando o trabalho do legislador e fazendo valoração

de sentido para as cláusulas abertas e na escolha de soluções possíveis para o problema jurídico. Destaca-se, neste íterim, a mutação constitucional, que segundo Silva (2000, p. 61) “consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado”.

No mesmo contexto, para Bulos (1997, p. 57) a mutação constitucional é um processo informal de mudança da Constituição, que através da interpretação em suas modalidades e métodos ou pelos usos e costumes atribuem novos sentidos.

A mutação constitucional ocorre quando o intérprete do direito modifica o contexto do texto constitucional sem que haja, contudo, alteração do conteúdo do texto. Este procedimento adotado pelos intérpretes do direito tem ajudado na concretização dos novos direitos que surgem com o tempo e as mudanças culturais. Assim como a mutação constitucional tem a finalidade de resguardar o direito, o processo de constitucionalização do direito, objeto deste trabalho, surge com o fim de garantir os direitos fundamentais e a hierarquia constitucional em virtude das normas infraconstitucionais.

Costa (2014, p. 01) ensina que “a Constitucionalização do Direito é o reconhecimento da supremacia da Constituição Federal e a respectiva projeção das normas constitucionais por sobre todo o ordenamento jurídico”.

O termo Constitucionalização do Direito pode ser concebido como sendo a norma escrita e superior às demais normas infraconstitucionais e, portanto, deve ser observada antes de ser aplicada uma norma de hierarquia menor. Por outra vertente, pode ser utilizado para indicar que, apesar de não haver na legislação infraconstitucional um dispositivo específico que abarque determinada situação, o aplicador do direito poderá recorrer à norma constitucional para fundamentar sua decisão. A doutrina especifica este processo como “constitucionalização-inclusão”, isto é, a imersão do direito infraconstitucional no texto constitucional.

Neste contexto, ensina Barroso (2009, p. 360-361):

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em números capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Depreende-se desta citação que todas as áreas do Direito, de alguma forma, tiveram algum conteúdo de sua norma presente na Constituição Federal. Sendo assim, é papel do jurista ao interpretar e/ou aplicar uma norma infraconstitucional fazer um paralelo com a Constituição Federal, e, em caso de discordância entre as respectivas normas jurídicas, deve ser utilizada a Constituição Federal; pois é a Lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, Marinoni (2006, p. 45) preleciona: “cabe agora ao jurista, seja qual for à área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”.

Este novo modelo de constitucionalismo tem trazido inúmeras mudanças para o direito estrangeiro e para o ordenamento pátrio, dando origem a um fenômeno que propicia ao aplicador do Direito uma nova forma de examinar e aplicar a Constituição. Este processo de mudanças na órbita constitucional é denominado de Neoconstitucionalismo.

3.1. A Aplicabilidade do Processo de Constitucionalização no Direito Civil

O Direito Civil tem como missão disciplinar as relações jurídicas entre os indivíduos. As normas cíveis são infraconstitucionais, regulando a vida privada, os contratos, o patrimônio, as obrigações, a sucessão hereditária, enfim, cuida das relações entre particulares.

O Brasil já elaborou três códigos civis. O primeiro data de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua. O segundo nasceu 1969, revogando o código anterior, e o terceiro em 2002, estando em vigência atualmente. Miguel Reale foi o principal idealizador deste código, fundamentando-o em três princípios: Princípio da Eticidade, que se preocupa com a justiça e a boa-fé nas relações civis; Sociabilidade, se caracterizando como o princípio que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os individuais; e Princípio da Operalidade, sendo aquele que busca soluções viáveis, operacionais e sem grandes dificuldades (GARCIA, 2018, p. 257).

Em que pese o Código Civil vigente obedecer estes princípios e ter sido pensado para atingir a realidade das relações particulares, sua aplicabilidade não pode sobrepor a Constituição Federal.

A relação entre o direito constitucional e o direito civil tem passado, nos últimos séculos, por três fases distintas. Tem o seu início com a indiferença, tendo como ponto de partida a revolução Francesa, que, após um longo período de regime absolutista – onde o rei era soberano e acima dele só existia a vontade de Deus – deu a cada um destes ramos do Direito o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791 e, ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804 (CARLUCCI, 2014).

O Direito Constitucional e o Direito Civil atualmente se interligam, isto é, o Diploma Civil aborda no seu bojo legislativo questões que também dizem respeito a Constituição. Mas nem sempre foi assim. Antigamente, a Carta Magna era tida como Carta Política, que dispunha apenas das relações entre o Estado e os cidadãos, nestes termos, era o Código Civil que se preocupava e cuidava das relações entre particulares.

O Código Napoleônico, por exemplo, realizava de forma coerente 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, em contraponto ao regime absolutista, onde não havia essa “liberdade de contratação” (CARLUCCI, 2018, p. 12).

Atualmente, a Constituição atinge o centro do sistema jurídico e o direito civil é obrigado a submeter-se às regras constitucionais. Nenhuma legislação infraconstitucional pode ser elaborada sem observância das normas constitucionais.

A constituição também dispõe de normas específicas do direito civil, por exemplo, a plena igualdade entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, a função social da propriedade, a solidariedade, entre outras.

Para Barroso (2006, p. 43), o que marca o estágio atual é justamente “a 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”.

A interpretação da norma civil em detrimento da Constituição Federal deve ser compreendida como variação hermenêutica da norma constitucional (TARTUCE, 2007).

Nesta mesma concepção, pretende-se investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, bem como os fundamentos de validade jurídica que devem ser excluídos (LÔBO, 1999, p. 99).

Diante do exposto, observa-se que a norma civil – assim como ocorre em outros ramos do direito – não perdeu sua validade, o que houve após a Constituição de 1988 foi a interpretação conforme a Constituição. O direito constitucional deve ser aplicado também em questões de direito civil, e, mesmo este direito tendo um código específico e pormenorizado, não pode ser aplicado se for contrário à norma constitucional. Deve-se seguir a nova mensagem, os novos paradigmas constitucionais.

3.2. Concepções críticas acerca do Neoconstitucionalismo

O Constitucionalismo Democrático do século XX estabeleceu a importância da passagem da Constituição para o Centro do Sistema Jurídico; da supremacia formal para a

supremacia material da Constituição, passando pela dualidade entre o Direito Público e o Privado, e, por fim, a Constitucionalização do Direito (BARROSO, 2006).

Antes de adentrar especificamente nas considerações acerca do Neoconstitucionalismo, faz-se necessária uma breve análise das correntes doutrinárias que o antecederam, pois servirá de aporte teórico no entendimento do conceito deste novo direito constitucional. Destaca-se entre outras, o jusnaturalismo, o positivismo, a teoria dogmática e a teoria crítica.

Quanto ao jusnaturalismo tem-se que é doutrina da filosofia natural do direito. Sua base teórica é a justiça social, portanto, tenta impor um conceito de justiça como princípio fundamental.

As ideias jusnaturalistas foram o combustível para as revoluções de cunho iluminista. A lei, símbolo maior desta época, sobrelevou-se frente ao direito natural e assim, o criador foi superado pela criatura, o direito natural é postado à margem da história por suas características metafísica e anticientífica, bem como pela onipotência positivista (MOREIRA, 2008, p. 25).

Outra corrente doutrinária que antecede o Neoconstitucionalismo é o Positivismo, que não concebe margem para juízo de valor, seja qual for o caso concreto de aplicação da norma. Não sendo possível ao aplicador do direito interligar o direito às demais formas de correção do sujeito como, por exemplo, a moral e os costumes. Ao intérprete caberia apenas a aplicação técnica da lei.

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do direito como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça (BARROSO, 2009, p. 34).

Com a superação do jusnaturalismo e a derrocada política do positivismo, o direito passa a ser interpretado sob novas perspectivas. Surge o pós-positivismo, se preocupando não apenas com a legalidade escrita, mas procurando empreender também uma leitura moral do Direito, sem recorrer a categorias metafísicas. Os pós-positivistas defendem que a

interpretação e aplicação do direito devem ser pautadas na justiça social, mas também não descartam o voluntarismo ou personalismos, sobretudo, judiciais (CRUZ, 2014).

Embasado no positivismo, nasce a teoria dogmática jurídica, que estudava o direito das normas positivadas, sendo mera codificadora dos sistemas jurídicos. Como o próprio nome diz, cuidando das leis como dogmas. Para esta teoria as leis eram intangíveis, incontestáveis, definitivas. As posições dogmáticas são permeadas de intolerância com a visão pluralista do mundo, possuindo postura autoritária, acrítica e antidemocrática; bem como a imobilização do pensamento, ocasionando o maior número de erros dos sistemas jurídicos.

Posteriormente surge a teoria crítica do direito, que, de um lado, foi bem acolhida pelos intérpretes, propiciando um novo modo de pensar o direito. Todavia, por outro lado, foi um fracasso, pois esta nova forma de conceber as questões jurídicas foi fruto de falsa promessa de dominação que trouxe consequências desastrosas, como a inviabilidade de uma dogmática emancipatória, o desprestígio do discurso jurídico e o esvaziamento da dignidade normativa, dentre outros (CRUZ, 2014).

O Neoconstitucionalismo ou o Novo Constitucionalismo é a nova forma de pensar, interpretar e utilizar a Norma Constitucional, o que tem propiciado uma verdadeira revolução na doutrina, jurisprudência e na aplicabilidade das legislações infraconstitucionais por parte dos intérpretes do Direito.

O movimento Neoconstitucionalista pode ser definido como um conjunto de alterações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo, transformando a maneira de examinar o texto constitucional e seu papel na compreensão do ordenamento jurídico. É com o Neoconstitucionalismo que a constituição passa a ter uma força normativa reconhecida, assentada no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados (COSTA, 2014).

O Neoconstitucionalismo é um movimento que superou o positivismo jurídico e é garantidor dos direitos fundamentais, sobretudo, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É o principal responsável pelo novo modelo de direito constitucional que colocou a Constituição em posição de destaque em vários países europeus, além de redefinir o seu papel e o do direito constitucional, em relação às normas previstas em seus ordenamentos jurídicos. (CARLUCCI, 2018, p. 01).

O texto constitucional ganha efetividade concreta. As garantias individuais que em outras constituições não eram recepcionadas, nesta recebe destaque e preferência na ordem de aplicação dos direitos.

A Carta de 1988 é a verdadeira garantia dos direitos, sobrepondo-se aos demais ramos do direito. O Direito empresarial, administrativo, penal, civil, entre outros ramos do direito sofrem influência direta do processo de constitucionalização do direito. O destaque neste trabalho é para o direito civil que foi um dos principais alvos de constitucionalização do Direito. Tal direito será abordado no item subsequente.

A doutrina pós-positivista possui ideais bem definidos quanto à legitimação do Estado Democrático de Direito e, principalmente, em relação a utilização da norma constitucional, observando as demais normas do ordenamento jurídico pátrio e a moral constitucional.

Neste ínterim, o entendimento doutrinário é de que o Neoconstitucionalismo tem sido um grande avanço para efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais, e consequentemente, da Constituição Federal. Destarte, este entendimento não é unânime. Há doutrinadores que não reconhecem este avanço propagado por aqueles que defendem o novo constitucionalismo.

Com relação ao Princípio de Direito Democrático, ensina Morais (2003, p. 105-108):

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade, e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. [...] Ou seja, o Estado Democrático de Direito é uma fórmula de Estado Social que vai além de um projeto de bem-estar, como dito acima, previamente fixado e promove uma inovação nas relações entre o princípio democrático e o princípio (função) de garantia que advém das origens do constitucionalismo liberal.

Aqueles que defendem a Constitucionalização do Direito se pautam, especialmente, em dois princípios basilares da constituição, qual sejam, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Supremacia da Constituição. Para Sarmento (2004, p. 110), este princípio qualifica-se como o epicentro axiológico da ordem constitucional, transmitindo seus efeitos a toda legislação.

Ainda sobre o princípio da dignidade da Pessoa Humana, Barroso (2009, p. 252) preleciona:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da

incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

No que se refere ao princípio da Supremacia da Norma Constitucional tem-se que a exegese de toda e qualquer norma haverá de ter como parâmetro a Constituição, alterando o papel da norma e do intérprete quanto aos seus limites e às suas possibilidades de interpretação. Assim, a Constituição deve ser observada em detrimento as normas infraconstitucionais (CRUZ, 2014).

Em suma, é possível afirmar que a modernização da norma constitucional brasileira está intimamente ligada aos direitos fundamentais e a supremacia da Constituição Federal. Além disso, está acima de toda e qualquer Lei ou norma jurídica.

Há também parte da doutrina, mesmo que minoritária, que não coaduna com o processo de Neoconstitucionalismo, isto é, não acreditam que esse novo modelo de interpretação constitucional seja positivo para a aplicação do direito. Alguns autores argumentam que deixar o direito nas mãos do aplicador/intérprete pode gerar insegurança jurídica, vez que muitos juristas preferem aplicar os princípios como corolários do direito constitucional.

Segundo Sarmiento (2009, p. 113), o Neoconstitucionalismo na estrutura atual brasileira seria antidemocrática, argumentando que preferir por princípios e ponderação ao invés das normas seria muito perigoso para a ordem constitucional, sobretudo, em razão da nossa cultura jurídica e política. Isso pode gerar uma Panconstitucionalização do Direito em prejuízo da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

O autor ainda defende que o Neoconstitucionalismo retira o espaço do legislador em consonância com a democracia. Também configuraria excesso antidemocrático, o que poderia levar a um totalitarismo constitucional mediado pelos juízes (SARMENTO, 2009, p. 145).

Na mesma linha, Ávila (2009 p. 08-09) também faz críticas ao Neoconstitucionalismo ao afirmar que esta nova forma de interpretar o direito não encontra suporte na ordem jurídica brasileira, uma vez que a Constitucionalização vigente seria antes regulatória, atrelada às regras, do que principiológica. O autor ainda afirma que nada seria mais premente do que rever o constitucionalismo no Brasil. Sendo assim, defendê-lo seria uma contradição performática: se defenderia a primazia da constituição, violando-a; haveria um “não-constitucionalismo”, um movimento “barulhento” que supervaloriza a constituição e ao mesmo tempo silencia sua desvalorização.

4. CONCLUSÕES

Diante da abordagem realizada observou-se que até meados do século XX, na Europa, a Constituição era utilizada mais para defender os interesses políticos dos poderes do que para regularizar situações jurídicas. Não tinha um condão obrigatório e vinculativo, era meramente um instrumento de benesses políticas.

Constatou-se que no Brasil existiram diversas constituições, umas outorgadas – que eram elaboradas conforme os critérios e vontades do Imperador – e outras publicadas; que eram idealizadas e elaboradas pensando no bem-estar social. Assim, o processo de constitucionalização do direito começa a ser observado apenas na Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, que objetiva, sobretudo, a garantia dos direitos fundamentais e, em especial, o direito a igualdade, como se evidencia por meio do princípio da primazia constitucional de que todos somos iguais perante a Lei.

Quanto ao Processo de Constitucionalização do Direito e as repercussões do Neoconstitucionalismo, constatou-se que, de forma geral, esta nova modalidade de norma constitucional tem sido vista pela maioria dos doutrinadores como um momento de extrema importância por priorizar o direito individual, a dignidade da pessoa humana e a supremacia constitucional, o que tem sido visto positivamente no cenário internacional e nacional.

Constatou-se que neste processo foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro oito constituições, algumas outorgadas e outras autoritárias; que concentravam o poder de decisão da norma nas mãos de governante. Não se falava em prevalência dos direitos sociais ou individuais, pois eram constituições políticas, que não objetivavam o direito das minorias, mas sim os interesses da burguesia. Outras constituições foram publicadas e construídas por meio de um processo formal, mas que na realidade era autoritarista. E, por fim, a Constituição Cidadã de 1988, que foi concebida e implementada levando-se em conta a vontade da população.

Observou-se que, antes da Constituição de 1988, as relações de caráter privado eram disciplinadas pelo Código Civil. Com a referida Constituição, a responsabilização por estas relações também são analisadas pelo viés constitucional, pois segue a tendência moderna de prevalência dos direitos fundamentais sobre os patrimoniais

A Constituição Federal de 1988 não se preocupou apenas com a técnica do Direito, o direito positivo e sua aplicação legalista, mas, principalmente, passou a se preocupar com o sentimento constitucional do país, com as transformações sociais vigentes.

O direito constitucional passa a ser visto como um dos mais importantes ramos do direito, já que todos os outros ramos devem ter como parâmetro a Carta Constitucional.

Por fim, no tocante ao Neoconstitucionalismo, a doutrina majoritária defende a tese de que as repercussões são positivas, pois antes de 1988 não se registrou no país um processo de constitucionalização do direito. Este processo teve como objetivo principal resguardar a norma maior, objetivando o bem-estar social da população e a proteção de seus direitos, respeitando, sobretudo, o direito a dignidade da pessoa humana. Contudo, também há doutrina minoritária, que defende a não recepção do Neoconstitucionalismo com o fundamento que gera insegurança jurídica e antidemocratização.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência**. Salvador: Revista eletrônica de Direito do Estado n. 17, jan/fev/mar/ 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. **Neoconstitucionalismo e Costitucionalização do Direito. O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006.

_____. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Cajur, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo, 1997.

CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. **A Influência do Constitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045-A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>> Acesso em: 10 de Agosto de 2018.

COSTA, Lucas Sales da. **Neoconstitucionalismo: definição, origem e marco**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,neoconstitucionalismo-definicao-origem-e-marcos,47162.html>> Acesso em 15 de Agosto de 2018.

CRUZ, Danilo Nascimento. **Premissas Históricas e Teóricas sobre a Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33733/premissas-historicas-e-teoricas-sobre-a-constitucionalizacao-do-direito/1>> Acesso em: 28 de Agosto de 2018.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UECE, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 141, p. 100-109, jan./mar. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Dilemas do/para o Estado constitucional. *In*: SCAFF, FERNANDO FACURY (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: obra coletiva que ele coordena Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, parte geral**. 3. ed. São Paulo: Método, 2007.