

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

ELCIO NACUR REZENDE

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-725-0

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Esta publicação reúne os artigos aprovados no Grupo de Trabalho intitulado Direito Civil Contemporâneo II, do VI Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre 20 a 24 de junho de 2023.

O grupo foi coordenado pelos Professores Doutores Daniela Silva Fontoura de Barcellos da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Elcio Nacur Rezende da Escola Superior Dom Helder Câmara e Faculdade Milton Campos e Mariana Ribeiro Santiago da Universidade de Marília

Portanto, a coordenação do Grupo de Pesquisa e a redação desta apresentação foi incumbência de todos os docentes acima que, honrosamente, fazem parte do CONPEDI e buscam em suas pesquisas aprofundar o conhecimento sobre a Ciência Jurídica, na esperança da conscientização da importância de vivermos em uma sociedade melhor.

É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados do Brasil, fruto de profundas pesquisas realizadas por Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores dos diversos Programas de Pós-graduação em Direito de dezenas instituições de ensino.

Nos textos, estimado(a) leitor(a), você encontrará trabalhos que representam, inexoravelmente, o melhor conhecimento sobre Direito Civil e suas interrelações com os demais ramos da Ciência Jurídica e de outras áreas do conhecimento como a Sociologia, Urbanismo, Inteligência Artificial, Ciência Política, Psicanálise, entre outras.

Os autores dos artigos foram Ariolino Neres Sousa Junior, Haroldo Trazibulo Matos Guerra Neto, Flávia Thaise Santos Maranhão, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Marcos Vinícius Canhedo Parra, Daniel Stefani Ribas, Leticia Faturetto de Melo, Danilo Rodrigues Rosa, Óthon Castrequini Piccini, Fabio Garcia Leal Ferraz Kelly Cristina Canela, Nicole Kaoane Tavares Judice Giane, Francina Rosa, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, Alisson Jose Maia Melo, Alisson Jose Maia Melo, Paulo André Pedroza de Lima, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Adelino Borges Ferreira Filho, Jorge Teles Nassif, Elizabete Cristiane De Oliveira Futami De Novaes, Frederico Thales de Araújo Martos, Alissa Serra Buzinaro, Elizabete Cristiane De Oliveira Futami de Novaes, Valdir Rodrigues de Sá, Joel

Ricardo Ribeiro De Chaves, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini, Elcio Nacur Rezende e Warley França Santa Bárbara.

Fica registrado o enorme prazer dos coordenadores do grupo de trabalho em apresentar este documento que, certamente, contém significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA ABORDAGEM SOBRE AS MUDANÇAS DE PARADIGMA E SUA INFLUÊNCIA NO PENSAMENTO DO DIREITO CIVIL

CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: AN APPROACH TO PARADIGM SHIFTS AND THEIR INFLUENCE ON CIVIL LAW THINKING

Daniel Stefani Ribas ¹
Leticia fatoretto de melo ²
Danilo Rodrigues Rosa ³

Resumo

Este estudo visa analisar as mudanças de paradigmas políticos, sociais e econômicos e como isso afeta o direito. Um novo marco para análise das relações sociais é necessário, com isso, o direito se transformou desde o Estado absolutista, passando para o modelo liberal até o então vigente Estado social. A Dignidade da Pessoa Humana não é apenas um vetor axiológico de observância obrigatória, mas juntamente com a eficácia horizontal dos direitos humanos integram a releitura do direito civil, onde uma relação privada deve ser analisada sim pela sua autonomia, mas respeitando os dizeres constitucionais. O método do estudo é o hipotético-dedutivo, analisando a legislação, doutrina. Os resultados obtidos ajudam a compreender o fenômeno da constitucionalização do direito civil e seus desdobramentos, para avançarmos em uma sociedade onde o privado é valorizado e não prejudica o âmbito público, diante do respeito as normas constitucionais que garantem Direitos Humanos e Fundamentais de diversas gerações.

Palavras-chave: Paradigma, Constituição, Direito civil, Dignidade da pessoa humana, Eficácia

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze changes in political, social and economic paradigms and how this affects the law. A new framework for the analysis of social relations is necessary, with that, the law was transformed from the absolutist State, moving to the liberal model until the then current Social State. The Dignity of the Human Person is not only an axiological vector of obligatory observance, but together with the horizontal effectiveness of human rights, they

¹ Advogado, Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia, tendo como linha de pesquisa: Direito Privado, pela Fundação Mineira de Educação e Cultura-FUMEC, Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior. E-mail:danielstefani.adv@gmail.com

² Advogada, Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa: Direito Privado, pela Fundação Mineira de Educação e Cultura-FUMEC, Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba. E-mail: leticiafaturetto@yahoo.com.br

³ Mestrando em Direito (FUMEC). Bacharel em Direito (UNIPAM). Especialista em Direito Público, Constitucional e Notarial/Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Tabelião de Notas e Registrador (MG). Mediador e Conciliador no TJMG. Email:cartoriodanilo@gmail.com

integrate the reinterpretation of civil law, where a private relationship must be analyzed because of its autonomy, but respecting the constitutional provisions. The study method is hypothetical-deductive, analyzing legislation, doctrine. The results obtained help to understand the phenomenon of the constitutionalization of civil law and its consequences, in order to advance in a society where the private is valued and does not harm the public sphere, in view of the respect for constitutional norms that guarantee Human and Fundamental Rights of different generations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Paradigm, Constitution, Civil law, Dignity of human person, Effectiveness

1 INTRODUÇÃO

O paradigma que se encontra a sociedade diz muito sobre a forma como será observado e aplicado o direito. A mudança de paradigma é um processo lento e gradual, inclusive coexistem diversas nuances, mesmo que divergentes, até que se tenha uma melhor harmonização com o modelo atual vivenciado. Com isso, importante salientar que a divisão cronológica ou dogmática ocorrerá para fins didáticos, mas jamais será um marco inflexível.

No tocante ao direito civil constitucional, como ensinam Farias, Rosenvald (2021, p.27), podemos defini-lo da seguinte forma:

A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos. (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 27).

Ocorre que em que pese essa concepção ser amplamente aceita e adequada para os tempos atuais, será que ela já poderia ter sido usada e aplicada em tempos anteriores.

As transformações sociais alteram a hermenêutica do direito e para haver uma correlação assertiva na aplicação da norma posta, se faz essencial compreender o contexto em que ela se insere.

Ao longo dos anos a sociedade se modificou, alterou seu sistema político, econômico, social, religioso, sendo assim, fonte material para a interpretação e aplicação do direito. Diante disso alteram a forma de pensar em Direito. O conhecimento e a compreensão do contexto vivido são importantes para que não haja uma hermenêutica anacrônica ao ordenamento jurídico.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS MUDANÇAS POLÍTICAS: do estado absolutista ao estado social

O autor Reale (1992), em sua obra “O Direito como Experiência: introdução à Epistemologia Jurídica” aborda o direito como uma experiência histórico-cultural. Permitindo inferir que as mudanças políticas, religiosas, científicas, sociais e econômicas não serão indiferentes para o ordenamento jurídico. A norma posta, mesmo que concretizada em uma regra expressa, sofrerá mutações em decorrência de seu tempo/espaço para se harmonizar ao direito contemporâneo.

Do mesmo modo, temos a colocação do doutrinador Oñate, senão vejamos:

Essa crescente preocupação dos juristas pelos problemas da "experiência" social e histórica, como objeto da Ciência do Direito, F. Lopez de Onate observa, com razão, que o mesmo desejo de concretidade se manifesta em tôdas as tendências da Filosofia do Direito contemporâneo, abstração feita da diversidade das escolas, pois tanto os idealistas como os empiristas repelem, cada vez mais, a concepção do Direito, como simples estrutura lógico-formal (*apud* REALE, 1992, p. 110)

Partindo dessa premissa, observa-se uma categorização das grandes mudanças de paradigmas em três momentos histórico/políticos distintos: absolutismo (início no século XV e permanece até meados do século XVIII), o liberalismo (surge já no século XVIII e tem seu apogeu no início do século XIX) e o estado social (emerge no final do século XIX e presente nos tempos atuais).

O conteúdo do direito, a partir dessa vertente, é constantemente aprofundado pelos denominados "contratualistas", eles justificam a formatação do ordenamento jurídico por meio de um contrato social, que a depender do momento vivido, pressupõe determinadas atribuições e prerrogativas.

O estado absolutista, regularmente estudado pelo viés de Thomas Hobbes de Malmesbury, defende a racionalização dos mecanismos de poder e da instituição do Estado. Para a teoria política do filósofo inglês o poder, e conseqüentemente o direito, pertence ao soberano de forma absoluta, sendo esse o único capaz de possuí-la. Nesse momento o monarca limita não só as liberdades individuais, mas detém os poderes do Estado, (MALMESBURY, 2006, p.27). Em sua obra "O Leviatã", Hobbes aborda o papel fundamental do soberano:

O desígnio dos homens causa final ou fim último (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos.

Para Hobbes a construção do direito nessa época perpassa por um contrato social. O direito de propriedade, por exemplo, é submetido ao soberano com sendo uma medida justa e necessária. Weffort nos informa que:

Hobbes reconhece o fim das antigas limitações feudais ao direito de propriedade e está de acordo com as classes burguesas, empenhadas em acabar com o direito das classes populares à terra comunal ou privada – mas, ao mesmo tempo, estabelece um limite muito forte à pretensão burguesa de autonomia. (WEFFORT, 1.991: 72,73).

Ocorre que com o passar dos anos e das mudanças que foram ocorrendo, manifesta-se uma nova forma de organização: o liberalismo. Esse movimento surge principalmente pela necessidade de limitar o poder do Estado, até então absoluto, soberano e predominantemente nas mãos do monarca.

Uma expoente desse momento foi John Locke. Locke era avesso à monarquia absolutista e identificava como direitos naturais a liberdade, a propriedade e a vida. (LOCKE, 2006). Em sua obra “Segundo tratado sobre o governo”, o filósofo inglês pontua seus ensinamentos:

Se, como disse, o homem no estado de natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito, por que abriria mão dessa liberdade, por que abdicaria ao seu império para se sujeitar ao domínio e controle de outro poder? A resposta óbvia é que, embora o estado de natureza lhe dê tais direitos, sua fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões porque, sendo os outros tão reis quanto ele, todos iguais a ele, e na sua maioria pouco observadores da equidade e da justiça, o desfrute da propriedade que possui nessa condição é muito insegura e arriscada. Tais circunstâncias forçam o homem a abandonar uma condição que, embora livre, atemoriza e é cheia de perigos constantes (LOCKE, 2006, p. 92).

No estado liberal surge uma nítida clivagem entre o direito público e o direito privado. Diante disso, temos os ensinamentos de Bobbio (1998, p19), assim delineados:

[...]na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis.

Ao longo dos anos e principalmente no período pós-guerra, surge a necessidade de uma atuação distinta por parte do Estado. O governo não deve se resumir em se abster de intervir na economia e em assuntos privados, mas deve agir e garantir determinados setores, fortemente abalados da sociedade.

Nesse momento surge a ideologia do social que ocorre quando há uma projeção para além dos indivíduos sobre a tutela de seus direitos, incluindo o direito do trabalho, da educação, da saúde, da seguridade social, do meio ambiente, entre outros.

Com o estado social, há um abrandamento da distância entre direito público e direito privado. Sob o ponto de vista do direito, esse momento é marcado pois a sociedade possui agora na Constituição uma diretriz para a estruturação da ordem econômica e social, para além da limitação ao poder político.

Rousseau foi um importante contratualista que por meio de seus estudos demonstra que deveria existir na constituição de um Estado as balizas para organizar a sociedade civil.

Para Rousseau, o soberano é o povo, e a voz do povo deve ser compreendida como uma regra geral (ROUSSEAU, 1973, p.362). Do mesmo modo, no capítulo VII, Livro I, do Contrato social – o que aborda sobre o poder soberano –, Rousseau discorre:

Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do estado em relação ao soberano. Não se pode, porém, aplicar a essa situação a máxima do Direito Civil que afirma ninguém estar obrigado aos compromissos assumidos consigo mesmo, pois existe grande diferença entre obrigar-se consigo mesmo, e em relação a um todo do qual se faz parte.

No Brasil, o reflexo de todo esse cenário social e posteriormente, do Estado Democrático de Direito, surge com a Constituição Federal de 1988. A nossa lei maior normatiza como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, inciso IV, que se deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com esse novo Estado social, se afasta também o formalismo jurídico, que conforme Bobbio (2016, p.103), “[...] entende-se certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual ato justo é a aquele conforme à lei, e injusto, o que é diferente”, devendo a lei ser mais um parâmetro de interpretação, para buscar a efetividade social, devendo se analisar o caso concreto, juntamente com toda a realidade social envolvida.

Ainda, devemos nos atentar, conforme Schwab (2016, p.99), “A quarta revolução industrial não está mudando apenas o que fazemos, as também quem somos”, devendo ser consideradas novas tecnologias e um avanço social muito mais acentuado em pouco espaço de tempo, que antigamente, devendo o direito se aproximar o mais rápido dessa nova tendência.

Em outras palavras, além disso, a ordem social na Constituição de 1988 é parte integrante da norma constitucional que aborda diretrizes sobre distintas nuances da sociedade brasileira.

3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, promulgou no dia 5 de outubro de 1988 a constituição vigente. Em seu discurso histórico, o parlamentar teceu comentários a respeito:

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão.[...] Foi a sociedade mobilizada nos colossais comícios das Diretas Já que pela transição e pela mudança derrotou o Estado usurpador. Termino com as palavras com que comecei esta fala. A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. (BRASIL, 2022)

O discurso emblemático de Ulysses Guimarães reflete a ruptura de pensamento com o modelo anterior. Nesse mesmo sentido, em função da premissa acima, quando uma norma do direito se mostrar incompatível com a nova constituição haverá a sua não recepção, (caso tenha sido editada antes do parâmetro constitucional) ou sua inconstitucionalidade (se editada posteriormente). Não obstante, poderá haver ainda sua interpretação conforme, momento em que o intérprete irá buscar na magna carta as balizas para compreender a norma referida.

A dignidade da pessoa humana é havida na Constituição Federal de 1988 como superprincípio, o que significa dizer que é a diretriz de observância obrigatória em todas as escolhas políticas.

A compreensão do sentido e do alcance da dignidade da pessoa humana envolve inúmeras variáveis interdisciplinares de ordem religiosa, filosófica, cultural, política e histórica. O pensamento cristão, as guerras mundiais, as lutas de classes, o capitalismo enquanto sistema econômico e até mesmo a globalização são responsáveis pelo que se entende hoje como esse superprincípio que rege, ou deveria reger, todas as relações.

Na sistemática jurídica brasileira, pontuam Mendes e Branco (2015), os direitos fundamentais são definidos como direitos constitucionais, sendo normas impostas a todos os poderes constituídos, devendo respeitá-los sob pena de serem invalidados. O objetivo principal dos direitos fundamentais, conforme percepção de Bonavides (2004), é a manutenção dos pressupostos elementares da vida, da liberdade e da dignidade humana, sendo os direitos que a atual norma jurídica assim os qualificou. Dessa forma, os direitos fundamentais garantem a todos uma existência digna, livre e igualitária, relacionados à realização de todas as potencialidades humanas.

Na segunda seção da obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” o pensamento de Kant sobre o tema é retratado da seguinte forma (KANT, 2007, p. 77):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade [...] A própria legislação, porém, que determina todo o valor, tem que ter exatamente por isso uma dignidade, quer dizer um valor incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra *respeito* pode exprimir convenientemente.

Nesta senda, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana também se torna vetor hermenêutico para todo o ordenamento jurídico pátrio. A força normativa da constituição não é apenas uma base interpretativa formal, mas um estágio obrigatório no processo de mudança de paradigma.

No Direito Civil observa-se agora a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas se torna constante. Nesta senda podemos mencionar inclusive, as dimensões dos direitos fundamentais, ao longo dos anos.

Sarlet (2012) expõe em sua obra que, a partir do reconhecimento pelas Constituições precedentes, aos direitos fundamentais foram impostas diversas modificações, tanto em seu conteúdo como em sua titularidade, efetivação e eficácia. Para tanto, a doutrina clássica os divide em três gerações de direitos. Não obstante, parte doutrinária de vanguarda postula pela quarta, quinta e sexta gerações. No decorrer do processo em que os homens os conquistaram, os direitos fundamentais se desenvolveram, por um prolongado processo sociohistórico.

Bonavides (2004) difere as gerações dos direitos fundamentais em dimensões, ato que já foi bastante criticado por outros doutrinadores, mas que atualmente encontra seu lugar na difusão do ensino acadêmico. Seu uso baseia-se na ideia de que os direitos fundamentais não são substituídos com o passar dos anos, desenvolvendo-se por meio de um processo cumulativo. O autor, de forma complementar, informa que a Revolução Francesa, com seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” define os três princípios essenciais que exprimem o teor dos direitos fundamentais, bem como determinando sua sequência histórica

A primeira dimensão retrata direitos relativos ao valor liberdade, que são os direitos civis e políticos, são ainda direitos individuais com caráter negativo por exigirem de forma direta uma abstenção do Estado, o receptor de tais comandos.

Dantas (2018) expõe que no findar do século XVIII e início do século XIX, as diretrizes constitucionais do ocidente consagram os direitos individuais chamados de liberdades clássicas ou negativas; e os direitos políticos, denominados de liberdades-participação. Os direitos individuais respaldam-se no princípio da liberdade, no qual se impõe à atividade estatal prestações negativas, ou seja, o Estado se abstém de condutas que ferem os direitos fundamentais de cada indivíduo. Exemplos são o direito à propriedade, à vida e à liberdade. Os direitos políticos permitem que o cidadão faça parte de todo o processo político estatal ao qual esteja vinculado, de forma efetiva, não só por

meio do voto, mas também através dos outros instrumentos de participação popular, como referendo, plebiscito e participação popular.

Entretanto, com o passar do tempo, a omissão estatal promoveu uma igualdade social exclusivamente formal. Constatou-se que a inércia por parte do Estado não era suficiente para que os direitos fossem garantidos, sendo imprescindível que cada um fosse compreendido em seus mais variados aspectos, como o social e o econômico. Dessa forma, emerge a igualdade material/substancial, forjada através dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais.

A segunda dimensão abarca o valor da igualdade, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Trata-se de direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois reivindicam atuações do Estado.

A doutrina clássica menciona os direitos fundamentais de terceira geração, relativos ao valor fraternidade ou solidariedade, que envolvem o desenvolvimento ou progresso, a importância do meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Desta forma, na terceira dimensão priorizam-se os direitos fundamentais relacionados à solidariedade e à fraternidade. São chamados de interesses/direitos transindividuais, metaindividuais, supraindividuais, direitos de solidariedade ou coletivos, em sentido amplo. Suas características são totalmente transindividuais, relacionando-se aos direitos difusos e coletivos, abrangendo o direito à paz, à defesa do consumidor, à autodeterminação dos povos, à proteção ambiental e ao patrimônio histórico-cultural. Para Pereira Filho e Simões (2018), a característica da transindividualidade é preponderante, uma vez que a ruptura com a titularidade essencialmente individual abrange pessoas indeterminadas, pois se adquire uma natureza coletiva ampla, irrestrita a qualquer grupo, classe de pessoas ou categoria, em especial quanto aos direitos difusos.

Ainda no século XX, os direitos de terceira dimensão foram consagrados. Segundo Braz (2016), são marcados por ter caráter coletivo, onde o indivíduo deixa de ser examinado de forma isolada e a coletividade determina seu espaço. Existe também a relação de fraternidade e solidariedade entre os povos, principalmente ao se considerar bens determinados como indivisíveis e imprescindíveis à existência das presentes e futuras gerações humanas.

Bonavides (2004) delinea os direitos fundamentais de quarta dimensão, sendo eles o direito à democracia, ao pluralismo e à informação. Tais direitos decorrem da atual globalização, em seu ápice de universalização da sociedade, no qual se defende a determinação de tais direitos e instituição de um Estado Social. Braz (2016) afirma que Norberto Bobbio assimila os direitos de quarta dimensão como aqueles relacionados ao desenvolvimento das pesquisas científicas do campo da genética.

Com a realização do Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional, Bonavides (2004) determina o direito à paz como supremo direito da humanidade, classificando-se como direito fundamental de quinta dimensão. Fundamenta seu posicionamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966), importantes documentos internacionais que destacam e reconhecem a paz.

Bonavides (2008) pondera que o direito à paz, ao ser estabelecido no rol dos direitos de terceira dimensão, foi uma ação feita de modo incompleto e permeado por lacunas, sendo sua menção superficial e vaga. Dessa forma, defende o reconhecimento jurídico do direito à paz, principalmente em sua acepção de democracia e cooperação mútua dos povos.

Finalmente, Souza (2011) elucida que a água potável é o direito de sexta dimensão, por ser um recurso essencial à vida humana, exercendo influência inquestionável para se manter e promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a vida na Terra. Portanto, trata-se de um recurso limitado e distribuído de modo irregular entre as nações. Isto posto, defende-se a imprescindibilidade de identificar a água potável como uma prerrogativa humana essencial, de forma que todos promovam políticas públicas relativas ao seu acesso igualitário e racional, mantendo-se a sadia qualidade de vida.

Em consequência do exposto, a edição de um novo Código Civil, em 2002, buscou suprir toda essa demanda constitucional que surgiu em 1988.

Na “era das codificações” o Código Civil era tido como um sistema único, sistemático e completo sobre temas como: propriedade, contratos e família. O Código de Clóvis Bevilacqua possuía marcas do positivismo, com uma maneira taxativa de legislar. Todavia, valores como patrimonialismo, individualismo, patriarcalismo e família matrimonializada tão defendidos em 1916 se tornaram anacrônicos.

O Código Civil de 2002 de autoria de Miguel Reale, tem como base a eticidade, sociabilidade e a operabilidade. A dignidade da pessoa humana, a função social da

propriedade e dos contratos, a igualdade e a família plural se tornam elementos de observância mandamental no direito civil.

Com a inserção das cláusulas gerais, normas de diretrizes indeterminadas tanto no conteúdo (pressuposto) quanto na solução jurídica (consequente) permitem que a irradiação dos direitos fundamentais atinja a sistemática civilista.

Nesta senda, não há mais o formalismo clássico como única etapa a ser observada. A partir de agora a forma juntamente com a essência é quem legitima o direito. Para exemplificar o exposto temos o art. 421, do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

A lógica proprietária até então vigente, passa a se submeter a função social. Não há uma renúncia do direito de propriedade, mas sim um aperfeiçoamento desse direito. A função social é determinada constitucionalmente no ditame 186, *in verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Temos ainda a correlação expressa da norma referida no próprio ordenamento civil:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O direito civil permanece como um ramo autônomo do direito, porém o vetor axiológico, até então desprezado no Código Civil de 1916, será constantemente aplicado, a finalidade da norma é requisito fundamental para a sua subsunção.

Esse vetor axiológico é agora ilustrado nos ditames constitucionais. A validação da boa-fé, juntamente com a autonomia, sopesa os princípios em jogo juntamente com a interferência do Estado que deve ser observada com menos interferência em relações privadas, porém não será ausente.

Essa aproximação, do direito Civil e Constitucional, gera uma maior aproximação ao caso concreto, respeitando a intersubjetividade, que é a grande característica do direito,

em especial dos ramos do direito privado, de forma que “considerada função da lei (direito objetivo), que dá à relação sua garantia jurídica, e ao sujeito ativo da relação (ou seja, ao *dominus* da relação), a garantia de tutela de seu direito e, na sequência a garantia da sanção [...] (NERY, NERY JUNIOR, 2019, p.75)”.

Convém ainda, ressaltar que certa objetividade na construção de uma sociedade é realmente válida, entretanto com o desenvolvimento, analisar situações jurídicas com maior gama de princípios e normas se aproximando do caso concreto é a verdadeira efetividade social (BRAGA NETTO, 2019, p.27).

Por todo o exposto, todo esse fenômeno é o que se denomina constitucionalização do direito civil e com isso, o que se opor a esse movimento, será não recepcionado ou declarado inconstitucional.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE APLICADA AO DIREITO CIVIL

A inconstitucionalidade de uma norma, como já mencionado anteriormente, acontece quando a matéria tratada for de encontro com os princípios ou violar os direitos e garantias fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal.

A ação é proposta ao Supremo Tribunal Federal (STF), com fundamento no artigo 102 da CF/88 e o Supremo, enquanto representante do Estado irá decidir se determinada lei ou ato normativo é constitucional.

A inconstitucionalidade declarada pode induzir inclusive em uma interpretação específica ou afastar determinado entendimento, sem reduzir a norma legal, esse instrumento já se faz apto aos efeitos desejados, como no caso abaixo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.815, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, versou sobre a interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil, o tema era relativo à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

A referida ação julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para harmonizar os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, o julgamento decide que não é necessário o consentimento de pessoa biografada quando se trata de obras biográficas literárias ou audiovisuais, implicando ainda como sendo despicienda a autorização de

pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). (BRASIL, 2015)

Para melhor entendimento, os artigos em comento são os referidos abaixo, *in verbis*:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815)

O Supremo por maioria, neste mesmo sentido, por meio da filtragem constitucional, fixou a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (TEMA 786)

Os exemplos trazidos acima são reflexo da constitucionalização do direito, fruto da mudança de paradigma que impõe o reconhecimento do Estado Democrático de Direito e como se observa, um movimento inevitável diante dos contornos jurídicos já apresentados.

Em suma, o Estado, no papel do STF ao julgar uma ADIN, tem o dever de compatibilizar o direito posto, com a realidade vivida. Esse *múnus* será indissociável da sociedade, pois em virtude de sua complexidade e dinâmica, sempre necessitará de adaptações.

Acrescenta-se ainda, que na sociedade de mudanças correntes e inovações legislativas abruptas, merecem um olhar acerca da segurança jurídica, mas segurança essa em função de um bem comum para sociedade, como complementa Mendes, Mendes (2022, p.35), “O mundo contemporâneo vivencia modificações cada vez mais frequentes nas diversas áreas, destacando-se as inovações tecnológicas e as mudanças sociais”.

Com eventuais declarações de inconstitucionalidades de normas, ainda é reconhecida uma característica bem acentuada do processo, sendo ele instrumento que

serve aos escopos da sociedade, buscando efetividade social das normas, respeitando os objetivos iniciais do Estado (EZEQUIEL, 2022, p.214).

O uso de uma ADI, ou outros instrumentos do processo constitucional, ainda é o meio correto e corrente de ataque a possíveis leis que violem direitos fundamentais, o devido processo legal é o meio adequado delimitado pela própria Constituição para assegurar as impugnações judiciais e legislativas, respeitando a missão pacificadora do judiciário, evitando outros meios de impugnação inadequados (THEODORO JÚNIOR, 2022, p.559).

CONCLUSÃO

Desse modo, conclui-se que as alterações econômicas, políticas e sociais que vieram desde o absolutismo, passando pelo liberalismo para sedimentar o Estado social influenciaram e influenciam a forma de entender o direito.

Com a promulgação da CRFB/88 ocorre a constitucionalização do direito civil, que passam a serem interpretados conforme os preceitos fundamentais expressos na Lei Maior. Importante observar que os direitos fundamentais, aqueles relacionados à pessoa humana, tiveram seu desenvolvimento de forma lenta e gradual, não sendo percebidos histórica e socialmente de uma vez só, pois foram delineados concomitantemente ao desenvolvimento social, uma vez que a própria sociedade é o fundamento para a evolução jurídica.

A mudança de paradigma provocada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 provocou mudanças indeléveis no ordenamento jurídico civilista e com isso também provocaram uma releitura do direito civil.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se torna presente no sistema, inclusive por meio das cláusulas gerais. O patrimonialismo vigente no Código Civil de 1916 dá espaço para a eticidade, operabilidade e sociabilidade, vetores norteadores, segundo Miguel Reale.

Diante disso, temos o exemplo da interpretação conforme dado na ADIN nº 4.815 que trás ao direito civil uma necessária observância do direito fundamental da liberdade de pensamento, intervindo na esfera privada. Por fim, como pontuado ao longo do estudo, essas mudanças são contínuas, lentas e graduais, de elementar compreensão e havendo uma cisão apenas para fins didáticos.

Pelo exposto, a constitucionalização do direito civil representa um papel revolucionário, numa construção e releitura de seus conceitos conforme o princípio da

dignidade humana. Ademais, não há experiência jurídica e/ou setor do Direito que não tenha experimentado sua eficácia radiante, tanto no direito público como no direito privado, em relações simétricas e assimétricas, com ou sem a participação estatal, pontua-se a dignidade humana com especial força normativa por toda a ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23"). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/> . Acesso em: 10 nov. 2022
- _____. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.
- _____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4815/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709> .Acesso em: 10 nov. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: UNESP, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, pág. 19.
- BRAGA NETTO, Felipe. **Os novos rumos da responsabilidade civil o Estado e a violência urbana**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- BRAZ, J. M. C. U. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S. A., 2016.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- EZEQUIEL, Caroline Dal Poz. **Instrumentalidade e adequação do procedimento por iniciativa do legislador, do juiz e das partes**. In: Dianamarco et al. Estudos em

Homenagem Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo. Malheiros, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. v. 1.** 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes.** Trad.: Paulo Quintela. Lisboa : Edições 70, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo.** Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Trad. Alex Marins; São Paulo: Martin Claret, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MENDES, Carolina Paes de Castro Mendes. **Direito Processual Comparado, teoria geral do processo e precedentes** In: Dianamarco et al. Estudos em Homenagem Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo. Malheiros, 2022.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do direito privado. 2. Ed. ver., atual. ampl.** – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo; SIMÕES, Eduardo Lemos. A tutela inibitória como instrumento de efetividade dos direitos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesual**, v. 4, p. 109-128, jan./jun. 2018.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência: introdução à Epistemologia Jurídica.** 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social, discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** 1. ed. Trad. de Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul-Arbousse Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril, 1973.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUZA, M. N. O direito fundamental à água potável. **Âmbito Jurídico**, 1 set. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-fundamental-a-agua-potavel/>. Acesso em: 22 jan. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisdição e tutela jurisdicioanl.** In: Dianamarco et al. Estudos em Homenagem Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo. Malheiros, 2022.

WEFFORT, Francisco. **Os Clássicos da Política – volume único.** 13^a ed. São Paulo: Editora Atica, 2005.