XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-089-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redunda em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recognição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

LA INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

Renato Marcuci Barbosa Da Silveira

Resumo

O presente trabalho analisará a correlação histórica existente entre o movimento de constitucionalização do Direito Civil verificado no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988, e o surgimento de documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos elaborados após a Segunda Guerra Mundial. Inexistem dúvidas quanto à influência exercida pelo contexto histórico no momento de elaboração das normas jurídicas, sendo inafastável tal consideração histórica em qualquer estudo que se pretenda realizar a respeito do Direito, para que possa evitar equívocos quanto à sua estrutura principiológica e hermenêutica. No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, observa-se uma brusca alteração paradigmática quando da promulgação da Constituição da República de 1988, situação que exigiu uma releitura de todas as disciplinas jurídicas para que se adequassem aos mandamentos do novo texto constitucional, o qual se apresentou mais humanizante e democrático, principalmente em virtude da inauguração de um rol de direitos fundamentais que tem observância obrigatória e necessidade de concretização imediata como forma de se generalizar a implementação da dignidade humana, estabelecida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. O Direito Civil pátrio sofre os efeitos desta alteração paradigmática observada após 1988, exigindo-se uma releitura de seus institutos com o objetivo de compatibilizá-los aos novos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Contudo, pouco se comenta a respeito da influência dos documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos no processo histórico de constitucionalização do Direito Civil, tornando deficiente o entendimento a respeito das consequências desta necessária releitura para adequação dos institutos de Direito Civil ao texto constitucional, bem como o entendimento a respeito da necessária concretização da função social atribuída a todos aqueles institutos. Ao final será possível concluir que os institutos de Direito Civil cumprem a sua função social quando viabilizam a concretização, na maior medida possível, de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Constitucionalização do direito civil, Função social

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio analizará la correlación histórica existente entre el movimiento de

constitucionalización del derecho civil se produjo en Brasil, especialmente después de la promulgación de la Constitución de la República de 1988, y la aparición de los instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos elaborado después de la Segunda Guerra Mundial. No hay dudas acerca de la influencia del contexto histórico en el momento de la elaboración de las normas legales, la consideración histórica inamovible y como en cualquier estudio que tiene la intención de hacer que el respeto de la ley, por lo que se pueden evitar malentendidos en cuanto a su estructura y la hermenéutica de principios. En relación con el sistema jurídico brasileño, hay un cambio de paradigma repentino cuando de la promulgación de la Constitución de la República de 1988, una situación que exigía una relectura de todas las restricciones legales a la que monta los mandamientos de la nueva Constitución, la cual es presentado más humanizadora, democrática, debido principalmente a la apertura de una lista de derechos fundamentales que tiene el cumplimiento obligatorio y la necesidad de aplicación inmediata como una manera de generalizar la aplicación de la dignidad humana, establecido como un principio fundamental de la República Federativa del Brasil. El Derecho Civil sufre los efectos de este cambio de paradigma observado después de 1988, exigiendo de sus institutos con el fin de hacerlos compatibles con las nuevas metas establecidas constitucionalmente. Sin embargo, poco se dice acerca de la influencia de los documentos internacionales de protección de los derechos humanos en el proceso histórico de constitucionalización del derecho civil, por lo que la mala comprensión de las consecuencias de esta relectura necesarias para la adecuación de los institutos de derecho civil de la Constitución y la comprensión de la realización necesaria de la función social atribuida a todos esos institutos. Al final, será posible llegar a la conclusión de que los institutos de derecho civil cumplen su función social cuando permitan la realización, en la mayor medida posible, de los derechos fundamentales presentes en la constituición.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos humanos, Derechos fundamentales, Constitucionalización del derecho civil, Función social

1 O PERFIL CONSTITUCIONALIZADO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

1.1 O processo histórico de constitucionalização do Direito Civil.

O estudo que se propuser a realizar uma análise científica de qualquer instituto de Direito Civil deve, necessariamente, levar em consideração o contexto histórico do período pesquisado para compreender a estrutura e a forma de aplicação do instituto, tendo em vista que os princípios e regras de direito têm seus respectivos conteúdos delimitados de acordo com o momento histórico de cada época.

Neste sentido, Amaral (2006) aponta o Direito Civil enquanto fenômeno cultural histórico e contínuo, na medida em que sua estrutura se forma e se aperfeiçoa de maneira gradativa e constante ao longo da história, sendo tal evolução conduzida por princípios fundamentais que o orientam, uma vez que os sistemas de direito são instrumentos técnicos utilizados para a realização de valores apresentados pela própria sociedade.

> O estudo do direito civil e, particularmente, do direito civil brasileiro, deve, portanto, levar em conta a realidade que o faz nascer, não somente os aspectos formais de suas instituições, pois o direito se torna incompreensível com o exame apenas de suas normas e sem a necessária perspectiva histórica e social. (AMARAL, 2006, p.111).

A história do Direito Civil brasileiro é relativamente recente se comparada à cultura jurídica europeia que influenciou a elaboração dos instrumentos codificados que aqui ainda estão em vigor.

O código de Miguel Reale, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, possui uma importante e difícil tarefa de servir de instrumento geral de orientação e organização dos interesses privados, utilizando-se de institutos seculares que devem estar em sintonia com os princípios, fundamentos e objetivos trazidos pelo Texto Constitucional de 1988.

Assim, o Direito Civil pátrio ainda atravessa um período de reorganização estrutural e de conscientização por parte dos operadores do Direito a respeito da perspectiva *humanizante e solidarista* trazida pela Constituição da República de 1988, quando em seus artigos 1º inciso III e 3º inciso I, estabelece a dignidade humana como fundamento da República em busca da construção de uma sociedade solidária.

Essa fase de análise, discussão e interpretação dos institutos de Direito Civil conforme as expectativas trazidas pela Constituição de 1988, que perdura desde a entrada em vigor do atual Código de 2002, reflete o descompasso existente entre este instrumento legal e

aquele texto constitucional, exigindo perspicácia e conhecimento técnico por parte do operador do direito a respeito das intenções contidas nas normas constitucionais vigentes.

Contudo, torna-se compreensível este descompasso na medida em que toda a estrutura do Código Civil de 2002 fora pensada e elaborada em outro contexto histórico, conforme outros reclames sociais e sob os auspícios de outro texto constitucional que não se apresentava, repita-se, tão humanista e solidário quanto o atual.

Hironaka (2003) estabelece que o atual momento histórico, impõe a releitura dos institutos do Direito Civil de forma a adequá-los às mudanças ocorridas na vida das pessoas, as quais foram provocadas não somente pelo progresso da ciência e pelos avanços da tecnologia, mas também pela mudança de comportamento das pessoas frente à realidade social em que estão inseridas.

Esta necessária releitura dos institutos de Direito Privado, realizada através de um processo que presume a interferência dos princípios e normas constitucionais para a utilização daqueles institutos é denominada pela doutrina civilista como *constitucionalização do Direito Civil*, envolvendo também a incorporação de institutos do Direito Civil aos textos constitucionais.

Lôbo (2003) analisa o processo de *constitucionalização* como uma importante etapa pela qual passou o Direito Civil, quando da transição do Estado Liberal para o Estado Social, tratando-se de critério hermenêutico que influencia todo o ordenamento jurídico privado, já que absorve deste os fundamentos de validade das relações jurídicas civis e, neste sentido, a constitucionalização é entendida como um processo de elevação dos princípios fundamentais do Direito Civil ao plano constitucional, para determinar os caminhos a serem trilhados quando da aplicação da legislação infraconstitucional.

O que se pretende demonstrar a seguir é que a denominada *constitucionalização do Direito Civil* não ocorreu por acaso, mas sim, que fora consequência de um complexo e paulatino processo histórico de valorização da dignidade humana, tendo como ponto alto a elaboração de instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Sendo o Direito Civil fruto do contexto social em que se encontra inserido, serão analisados alguns dos principais períodos históricos elencados pela doutrina como fundamentais para se compreender a atual estrutura normativa e principiológica daquela disciplina jurídica, não se deixando de dar destaque, como restou mencionado acima, à importância dos instrumentos internacionais de tutela dos Direitos Humanos dentro do que restará denominado de *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil*.

1.1.1 Do direito romano ao direito contemporâneo.

A influência romana pode ser observada no Direito Civil brasileiro através de diversos institutos presentes na codificação atualmente em vigor e que também se fizeram presentes, primeiramente, nas normas jurídicas observadas no período que se estendeu desde a criação da cidade de Roma (753 a.C), até a morte do Imperador Justiniano (565 d.C).

Amaral (2006) informa que a doutrina divide o Direito Romano em 3 (três) fases, sendo que a *primeira fase* se estende da criação da cidade de Roma até o século III a.C e tem como característica o *ius civile* – o direito dos *cives* – que fora apresentado pela primeira vez através da Lei das XII Tábuas, tratando-se de um direito destinado exclusivamente ao romano.

A modificação na estrutura social e econômica trazida ao longo dos anos, a alteração na forma de vida dos romanos com a conquista de novos territórios e a influência sofrida com a cultura de outros povos, exigiram do Direito Romano a devida adaptação aos anseios e expectativas daqueles que já se submetiam e daqueles que passaram a se submeter aos seus desígnios.

A *segunda fase* do Direito Romano é marcada por um direito mais flexível, na medida em que as relações sociais tornaram-se mais complexas com o passar do tempo, o que exigia menos rigidez do *ius civile*; por outro lado, repita-se, o Império Romano encontrava-se em processo de expansão territorial, sofrendo influência da cultura dos povos que viviam nos territórios anexados e esta diversidade cultural atingiu o Direito Romano, dando origem ao que se denominou de *ius gentium*, ou seja, um direito aplicado aos não romanos.

> No ano de 367 a.C. cria-se o cargo de *praetor urbanus*, magistrado encarregado da jurisdição civil. Suas decisões constituem o *ius praetorium*, ou *ius honorarium*, de *honos*, honra, significado técnico da função conferida ao magistrado pelo povo romano. [...] O *ius honorarium* era o produto da atividade judicante do magistrado, que, além de aplicar o *ius civile* (*iuris civilis adjuvandi gratia*), completava-lhe as normas (*iuris civilis suplendi gratia*), ou até o reformava (*iuris civilis corrigendi gratia*). [...] Ainda na mesma época surge o *ius gentium*. O caráter exclusivo do *ius civile*, aplicável somente aos cidadãos de Roma, impedia que fosse aplicado aos estrangeiros, aos não-romanos, os *peregrini*. [...] No ano de 242 a.C. instituiu-se o cargo de *praetor peregrinus*, o juiz para os estrangeiros, de cuja atividade resultou o *ius gentium*. (AMARAL, 2006, p.113, grifos no original).

Não há dúvida de que a continuidade do processo de expansão territorial levado a cabo pelo Império Romano provocaria, além da perda da força do *ius civile* na medida em que

trazia direitos elaborados para um sujeito específico (o *cives*), a necessidade de elaboração de direitos que fossem pensados para além das situações observadas nos limites da cidade de Roma.

Dessa forma, o *corpus iuris civilis*, obra de compilação do Direito Romano observado até o ano de 565 d.C. e que fora determinada pelo Imperador Justiniano, marca a sua *terceira fase*, viabilizando a aplicação não somente aos romanos, mas também para todos aqueles que viviam em territórios dominados pelo Império Romano.

Nesta fase, o Direito Romano, aplicado em todas as províncias do Império, perde qualidade quanto ao pensamento e à técnica jurídica se comparado ao Direito elaborado no período clássico, porém observa-se o surgimento e a aplicação de um Direito denominado *comum* ou *vulgar*, tendo como base o direito romano clássico influenciado pelo direito dos povos estrangeiros (AMARAL, 2006).

A queda do Império Romano do Ocidente no ano de 476, com a tomada de Roma, serve de marco para designar o início do período histórico conhecido como *Idade Média*, sendo que o Direito produzido a partir de então possui características que o distanciaram do direito clássico produzido em períodos anteriores.

O esfacelamento da parte ocidental do Império, provocado pela vagarosa e constante ocupação dos territórios romanos pelos povos germânicos, permitiu o surgimento de diversos reinos, cidades e estados independentes que elaboravam o seu próprio direito de acordo com a necessidade, interesse e expectativas de cada região, sem considerar exclusivamente as regras e o sistema do Direito Romano, mas considerando também o Direito Germânico e Canônico.

O Direito Civil elaborado neste período histórico, nas palavras de Amaral (2006), manteve o Direito Romano como direito comum e fora constituído por outros diversos direitos elaborados no contexto dos estados nacionais, sendo o responsável pela criação da base cultural e científica que serviram de estrutura para o Direito Civil contemporâneo.

Contudo, com a invasão e tomada de Constantinopla, capital do Império Romano do Oriente (Império Bizantino), pelos turcos otomanos em 1453, a *Idade Moderna* tem o seu início e perdura até a época das revoluções burguesas do século XVIII, mais especificamente, a Revolução Francesa de 1789, sendo marcada pelo surgimento de um direito sistematizado e elaborado a partir de princípios racionalistas e individualistas.

Diversos foram os elementos caracterizadores da *Idade Moderna* que influenciaram diretamente o Direito Civil elaborado a partir do século XV, principalmente, o desenvolvimento da filosofia racionalista que fora de extrema importância não somente para a ciência jurídica daquela época, no que diz respeito ao incentivo pela sistematização das regras

jurídicas, mas também na cultura e na forma de se pensar a estrutura dos Estados Nacionais que iniciavam a sua formação.

Pensado inicialmente em uma estrutura absolutista, que se manteve até o último quartel do século XVIII, o Estado Moderno sofre abalo direto com as revoluções burguesas que exigiam, dentre outras reformas, a igualdade (formal) de todos perante a lei e a limitação do poder do Estado frente o particular, de forma a possibilitar a elaboração de instrumentos legais que permitiriam o livre exercício da autonomia da vontade nas relações jurídicas entre os particulares, além da proteção de seus interesses quando a relação jurídica se observasse entre o particular e o Estado.

A partir de então, verifica-se a substituição do Estado Absolutista pelo Estado Liberal ou Estado de Direito, sendo esta uma forma de Estado que sucumbe ao império da lei e à divisão de poderes, além de possibilitar a formação de um Direito com características que passam pela abstração, generalidade e sistematização de suas regras, pela igualdade de todos perante a lei, pela abstração da pessoa enquanto sujeito de direitos e deveres e pela divisão do direito em *público* e *privado.*

> A importância do direito moderno para o direito civil está, portanto, no fato de ter, pelas circunstâncias políticas, econômicas e culturais, levado à construção da ciência jurídica, com seus conceitos, suas técnicas de abstração, suas operações lógicas, seu formalismo, com a "imagem do homem como indivíduo singular, como sujeito abstrato, matéria com que trabalha o pensamento sistemático e que tem, no positivismo jurídico, a grande herança deixada para as mudanças do direito civil contemporâneo". Concluindo, a grande contribuição do Estado moderno ao direito, principalmente do Estado Liberal, é a racionalização da vida jurídica, com a adoção da ideia de sistema e o desenvolvimento do pensamento sistemático, do que os maiores exemplos foram os códigos e as constituições do século XIX, e ainda o princípio da subjetividade jurídica, que estabelece o indivíduo como causa e razão final da esfera jurídica privada. (AMARAL, 2006, p.121).

Mister ressaltar, que a necessidade de sistematização do Direito defendida e difundida pelos jusracionalistas, incentivou o *processo de codificação* ocorrido no século XIX, que se caracterizou pela elaboração de instrumentos legais que se pretendiam completos a respeito da verdade sobre o Direito, reunindo em um mesmo documento, e de maneira sistematizada, normas jurídicas de mesma natureza e assunto, como forma de facilitar a consulta e trazer mais segurança àqueles que a elas fossem subordinados.

Ao tratar do processo de codificação, Lorenzetti (2003) afirma que os Códigos traziam a ideia de segurança, na medida em que toda a sua estrutura de artigos se apresentava sequenciada e ordenada, sendo desnecessária a interpretação de suas regras, pois que se

propunha completo, imutável, de forma a poder ser manuseado por todos, como um verdadeiro guia jurídico para ser utilizado nos casos que se apresentavam.

O Código, enquanto ícone do Direito Moderno e criação do Estado Nacional representou uma separação entre sociedade civil e Estado, na medida em que este buscava ordenar igualitariamente a conduta jurídico-privada das pessoas e estabelecer o limite da atuação do Estado na esfera de interesse do particular, sendo que, noutra vertente, pensado para ser autossuficiente em relação a outros instrumentos legais, o Código dispensava a atuação do intérprete, na medida em que apresentava um modelo dedutivo, baseado em axiomas, ou seja, para a solução de um problema que exigisse a intervenção do Direito bastava ao juiz aplicar a norma já prevista pelo Código ao caso concreto (LORENZETTI, 2003).

> Como fenômeno de origem política e social, a pretensão exclusivista do movimento codificador – que se espraiaria pela Europa e pela América Latina nos séculos XIX e XX – é marcada pela lógica individualista do iluminismo. [...] O código marca a tendência ideológica do seu momento, com um fator agravante: sua vocação fagocitária e totalizadora pretende atingir, com plenitude, todas as facetas da complexa e multifária cadeia de relações privadas. O código pretende ser o "sol" do universo normativo. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014, p. 89).

Acontece que toda essa expectativa criada frente aos Códigos quanto à sua infalibilidade, ao estabelecimento de certezas a respeito do direito e à desnecessidade de interpretação de suas regras, sucumbiria diante do aumento da complexidade das relações jurídicas, fruto do próprio aumento da complexidade da vida em sociedade a partir do fim do século XIX e início do século XX, principalmente, em virtude das consequências socioeconômicas trazidas pela revolução industrial.

Dessa forma, os Códigos passaram a conviver com instrumentos legais denominados *microssistemas*, os quais buscavam tratar exclusivamente e de maneira exauriente, a respeito de temas específicos que não encontravam previsão nos instrumentos codificados, pela incapacidade do legislador de acompanhar, na mesma velocidade, as mudanças sociais que exigiam tratativa legal imediata.

Por outro lado, a partir da verificação de que o modelo de Estado Liberal permitia o surgimento de inúmeras situações de abuso econômico entre os particulares, na medida em que não havia intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, principalmente, pela valorização da razão e da tutela da autonomia da vontade – esta enquanto consequência direta daquela racionalidade –, passou-se a verificar a necessidade de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, objetivando coibir iniquidades.

Assim, somando-se o processo de *descodificação* à maciça intervenção estatal na economia e nas relações jurídicas privadas, intensificada pela Primeira Guerra Mundial, duas consequências foram produzidas, quais sejam, os Códigos perdem o lugar de instrumento legal responsável pela condução principiológica e normativa do Direito Privado e, por outro lado, a assunção pelos textos constitucionais da função que outrora era conferida aos Códigos.

> Se, por um lado, o movimento codificador do século XIX distanciava-se do Direito Constitucional – por imaginar, dentro de sua perspectiva exclusivista, que todo o direito privado estaria concretizado em um corpo monolítico, vocacionado à perenidade, e com traços de autossuficiência –, o processo descentralizador do Direito Civil, nascido em um período de maior consciência democrática, tem na Constituição o seu sistema principiológico superior, estruturador da harmonia do conjunto. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014, p. 93).

Assim, após a verificação de outros instrumentos normativos que passaram a ser elaborados em virtude da perda de capacidade dos Códigos de apresentar soluções adequadas às demandas da sociedade contemporânea, os textos constitucionais assumiram o papel de eixo principiológico de todo o ordenamento jurídico, inclusive do Direito Privado.

A partir de então, ao se evocar a utilização de qualquer instituto de Direito Civil torna-se obrigatória a adequação do instituto escolhido aos princípios constitucionalmente estabelecidos, principalmente, se o texto contiver um rol de direitos fundamentais a ser considerado.

Tal adequação deve buscar, na maior medida possível e através dos institutos do Direito Civil, a efetivação dos princípios e normas constitucionais no caso analisado de forma a identificar, no conteúdo deste, uma interferência direta das expectativas sociais expressas nas próprias constituições.

Como consequência desta função assumida pelos textos constitucionais, inclusive como instrumento legislativo norteador das relações jurídicas privadas, tornou-se necessário incluir em seu conteúdo diversos institutos de Direito Civil que, até então, permaneciam submetidos exclusivamente aos cuidados e à letra dos Códigos.

Neste contexto, a propriedade, a família, os contratos e a sucessão ganharam contornos mais humanizantes, menos individualistas, os quais se tornaram mais evidentes com a elaboração dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

As Cartas Constitucionais do pós-guerra incluíram em seus conteúdos princípios e normas que estabelecem obrigações sociais comprometidas com o desenvolvimento da atividade econômica privada, buscando a obediência e concretização de seus mandamentos

pelo legislador ordinário, de forma a estabelecer limites à autonomia da vontade e ao controle de bens, retirando definitivamente dos Códigos, o papel de constituição do direito privado[1] (TEPEDINO, 2004a).

Esta é a realidade apresentada para o Código dentro da estrutura do Direito Civil contemporâneo, qual seja, um lugar relevante, mas não central, quando se trata da definição da estrutura principiológica daquele ramo do Direito.

Exige-se do Código, além de uma convivência harmoniosa com diversos instrumentos legais regulamentadores de assuntos específicos (*microssistemas*), os quais não foram trazidos para o texto codificado, uma submissão aos mandamentos dos textos constitucionais que, a partir da segunda metade do século XX, passaram a exercer papel fundamental na manutenção e concretização da dignidade humana.

Torna-se indispensável ao Direito Contemporâneo a coexistência harmoniosa entre os Códigos e as Constituições, sendo que a doutrina civilista atribui o título de *constitucionalização do Direito Civil*, ao processo de incorporação aos textos constitucionais de diversos institutos de Direito Privado, exigindo destes, interpretação e aplicação que levem em consideração os princípios constitucionais.

Contudo, torna-se fundamental explicar a importância dos mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, para que então se possa compreender o que aqui se denominou de *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil*.

Esta análise levará à conclusão de que a noticiada constitucionalização trouxe como consequência a *funcionalização dos institutos de Direito Civil*, atribuindo a cada um destes institutos uma função social que deve ser cumprida como forma de atender as expectativas sociais presentes nos textos constitucionais, quanto às características da sociedade que se pretende construir.

Neste sentido, promover cumprimento da função social constitucionalmente estabelecida para cada instituto do Direito Civil, significa verificar em qual medida cada um daqueles institutos é capaz de, na maior medida possível e de acordo com suas próprias limitações, concretizar direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

A relação de subordinação principiológica e normativa de todo o ordenamento jurídico com o texto constitucional exige que a utilização dos institutos do Direito Privado

[1] A respeito da noticiada *crise do direito civil*, observada após as mudanças sofridas pelo Direito Civil e quanto à função dos Códigos no ordenamento jurídico, Amaral (2006) afirma se tratar de uma crise de paradigmas, na medida em que os institutos de Direito Civil que foram forjados pelos princípios e diretrizes do Direito Moderno, perderam a capacidade de solucionar questões advindas das demandas da sociedade contemporânea. Trata-se de uma questão de inadequação dos institutos do Direito Civil com os anseios e expectativas da sociedade que a eles se submetia.

ocorra de forma a buscar, na maior medida possível, a concretização das normas, princípios e objetivos traçados constitucionalmente.

2 A INFLUÊNCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

A análise do *processo de constitucionalização do Direito Civil* não pode ser realizada desprezando-se o contexto histórico que motivou a elaboração de documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, a partir da segunda metade do século XX, principalmente, no que diz respeito à realidade brasileira, uma vez que o perfil humanizante atribuído a diversos institutos do Direito Civil pátrio, após a Constituição da República de 1988, surge com a importância assumida pelos Direitos Humanos no cenário internacional.

O período histórico localizado entre as duas Grandes Guerras Mundiais foi importante para o surgimento das primeiras medidas de alcance internacional quanto à proteção do ser humano[2] enquanto sujeito de direito no âmbito internacional, independentemente de qualquer elemento que adjetive a sua condição de ser humano.

Nessa esteira, pode-se identificar a Segunda Guerra Mundial como o grande marco histórico que alterou a forma de tutela do ser humano no cenário internacional, buscando suprir a ineficiência do Estado quanto à tutela da integridade e dignidade humanas em situações de evidente violação.

Por outro lado, também incentivou o surgimento de um sistema de atribuição e proteção de Direitos Humanos, fundamentado na manutenção da vida digna de seus titulares, independentemente da nacionalidade.

> A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. [...] neste contexto, desenha-se o esforço de reconstrução

[2] Piovesan (2012) ressalta que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho inauguraram o processo de internacionalização dos Direitos Humanos estabelecendo, respectivamente, regras de respeito ao ser humano em período de guerra e que devem ser observadas pelos Estados envolvidos no conflito; um organismo internacional de promoção da paz e segurança internacionais e, por fim, o estabelecimento de regras para a promoção de condições dignas de trabalho.

> dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2012, p. 184).

A resposta aos absurdos cometidos contra a espécie humana durante o período de guerra, e que se estendeu dos anos de 1939 a 1945, ocorreu através da criação das Nações Unidas (1945) e da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), marcando de vez a necessidade de articulação de um novo cenário mundial de convivência pacífica entre as nações de forma a possibilitar o desenvolvimento cooperativo de políticas econômicas, sociais e culturais, como forma de viabilização dos Direitos Humanos.

> A proteção internacional dos direitos humanos defere, no sistema onusiano, um status e um standard diferenciado para o indivíduo, isto é, apresenta um sistema de proteção à pessoa humana, seja nacional ou estrangeiro, diplomata ou não, um núcleo de direitos insuscetíveis de serem derrogados em qualquer tempo, condição ou lugar. Inaugura-se, portanto, um sistema onde os instrumentos de proteção dos direitos do indivíduo levam em consideração o reconhecimento, em termos planetários, da dignidade da pessoa humana. (GUERRA, 2013, p. 99).

A Carta das Nações Unidas é um marco na valorização dos direitos humanos, tendo em vista que os Estados signatários assumem o compromisso de buscar a efetivação das determinações estabelecidas naquele instrumento, assumindo postura ativa com políticas públicas eficazes para a concretização daqueles direitos[3]; por outro lado, o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece um padrão a ser seguido pelas nações que dela são signatárias, no que tange ao respeito aos direitos humanos, uma vez que seu objetivo é traçar diretrizes capazes de garantir a viabilização de uma vida digna à toda pessoa humana[4], objetivo este que paulatinamente fora incorporado a outros documentos de proteção dos direitos humanos, bem como a diversos textos constitucionais (PIOVESAN, 2012).

---

[3] Ressaltando o compromisso dos Estados signatários com as determinações da Carta das Nações Unidas, assim estabelece a norma do artigo 56 deste instrumento internacional, o qual fora promulgado no Brasil pelo Decreto 19.841 de 1945, nestes termos: "Art. Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente." (BRASIL, 1945). No mesmo norte, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina que ao assinarem este documento "os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇOES UNIDAS, 1948)

[4] O preâmbulo da Declaração Universal traz a dignidade humana como principio norteador a ser seguido e tutelado por todas as nações signatárias da Carta da ONU, assim estabelecendo: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelecer em seu conteúdo direitos fundamentais de primeira (direitos civis e políticos) e de segunda (direitos sociais, econômicos e culturais respectivamente) dimensões/gerações[5], e mesmo garantindo indivisibilidade aos direitos fundamentais apresentados, o fato de não ter assumido a forma de Tratado Internacional – mas sim, de Resolução –, não lhe conferiu de imediato o pretendido caráter vinculante que viabilizasse exigir a concretização e o respeito aos direitos por ela enunciados.

Tornou-se necessário, portanto, conferir força jurídica à Declaração Universal dos Direitos Humanos[6] de forma a estabelecer consequências jurídicas aos Estados signatários que descumprissem suas determinações, através de um sistema global de observação da conduta de todos eles, e assim, pensou-se na elaboração de Pactos Internacionais que trouxessem todo o conteúdo daquele documento, além de uma sistemática capaz de exigir obediência ao conteúdo dos pactos.

Dessa forma, foram promulgados em 1966 dois instrumentos internacionais, quais sejam, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,* sendo que este traz os direitos fundamentais de segunda geração presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e aquele traz os direitos fundamentais de primeira dimensão presentes na mesma declaração.

A partir de então, a Carta Internacional de Direitos Humanos – ou *International Bill of Rigths* – formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais de 1966, passou a configurar como um instrumento de proteção da dignidade humana com pretensão de ampla aceitação e implementação em todo o mundo.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos alterou a relação dos Estados com os seus cidadãos, na medida em que os problemas relativos à violação daqueles direitos deixaram de ser apenas assuntos locais para assumir *status* internacional, situação que

---

social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇOES UNIDAS, 1948)

[5] Reconhecendo a discussão a respeito da classificação *geracional* dos direitos fundamentais, Guerra (2013) se posiciona de forma a entender a classificação como uma forma didática de visualização do período histórico em que determinado direito fundamental passou a ser observado, sem determinar um processo de superação de direitos na medida em que as novas gerações fossem identificadas pela doutrina.

[6] [...] a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos" constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2012, p. 213).

interferiu diretamente na soberania estatal, pois, o sistema de proteção dos direitos humanos (global ou regional) definiu, através de tratados internacionais, a responsabilidade dos Estados signatários, imputando-lhes sanções por violação[7] ou descumprimento de suas normas (GUERRA, 2013).

Jayme (2005) informa que no âmbito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos existem três tipos de obrigações impostas aos Estados signatários com relação às suas determinações, quais sejam: a) *respeitar* – não impedir a fruição de direitos econômicos, sociais e culturais; b) *proteger* – impedir que atos de terceiros violem aqueles direitos; c) *cumprir* – exige que o Estado concretize efetivamente os direitos previstos nos instrumentos internacionais. Estabelece também que os direitos humanos não comportam escusa quanto ao seu cumprimento, por estarem diretamente ligados à sobrevivência digna do ser humano.

Desta forma, os Estados signatários dos documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos têm o dever de buscar a concretização dos objetivos traçados naqueles documentos internacionais, uma vez que se comprometeram cumprir este objetivo nas respectivas ordens jurídicas internas.

Os documentos da Carta Internacional de Direitos humanos, principalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, exerceram forte influência sobre diversos textos constitucionais, tornando a obrigação de viabilização e concretização de direitos fundamentais[8] não somente uma obrigação internacional, mas uma obrigação interna capaz de ser exigida dentro do âmbito jurídico nacional.

---

[7] As consequências jurídicas podem advir de um *sistema vertical de monitoramento* realizado pelos órgãos previstos na Carta Internacional de Direitos Humanos, bem como por um *sistema horizontal de monitoramento* e proteção dos direitos humanos, o qual é realizado pelos próprios Estados que se utilizam de boicotes, embargos ou pressões políticas contra aqueles que sejam declaradamente violadores de direitos humanos. Assim, apresenta-se o sistema de monitoramento previsto na Carta Internacional de Direitos Humanos: 1) *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:* a) Comitê de Direitos Humanos é o principal órgão de monitoramento das regras do pacto; b) envio de relatórios do Estado-parte para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, informando sobre as ações tomadas em obediência ao pacto; c) comunicação interestatal, observada quando um Estado-parte comunica ao comitê que outro Estado-parte é violador das determinações do pacto; d) apresentação de petições individuais, desde que o Estado-parte tenha ratificado o protocolo facultativo (que é de 16/12/1966), o qual atribuiu competência ao Comitê de Direitos Humanos para o recebimento das petições individuais. Ressalta-se que as decisões do Comitê de Direitos Humanos não possuem força vinculante, não havendo previsão de sanção estritamente jurídica ao Estado que não cumpre as determinações do comitê, contudo, o Estado violador pode sofrer sanções de cunho político no âmbito internacional mediante o chamado *power of embarassment*, que pode causar constrangimento político e moral ao Estado violador; 2) *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:* a) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é o órgão responsável pelo monitoramento das regras do pacto; b) envio de relatórios; b) petições individuais; c) medidas de urgência; d) comunicações interestatais; d) investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações de direitos econômicos, sociais e culturais por parte dos Estados-parte. (PIOVESAN, 2012)

[8] No que diz respeito às diferenças e semelhanças existentes entre os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais, Sidney Guerra (2013) afirma que ambos dizem respeito a direitos da pessoa humana, contudo, a

À pessoa humana, por determinação de tratado internacional ou de norma constitucional, deve ser garantida pelo Estado a viabilização de direitos fundamentais como salário digno, saúde, moradia, educação e cultura, tudo isso sem se esquecer da garantia à liberdade, à propriedade e aos direitos políticos, como forma de se garantir a dignidade humana[9] que, no caso do Brasil, caracteriza-se como fundamento da República trazido no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Portanto, quando se trata da implementação e garantia de direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente por influência dos textos internacionais, o Estado deve se voltar para o cumprimento desta obrigação, utilizando-se de seus instrumentos jurídicos internos para o alcance daquele objetivo e, é neste momento que o *processo de constitucionalização do Direito Civil* e a consequente *funcionalização dos institutos do Direito Civil* aparecem de maneira mais evidente, na medida em que todos os institutos de Direito Privado (p. ex. contrato, família e propriedade) receberam uma releitura adequada para a promoção e garantia dos Direitos Humanos, com o objetivo final de garantir a viabilidade da dignidade humana.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil inicia uma nova fase no cenário internacional no que diz respeito à promoção e garantia dos Direitos

---

expressão *direitos fundamentais* é utilizada para designar aqueles direitos estabelecidos nos textos constitucionais e que têm por objetivo garantir condições dignas de vida aos cidadãos, proibindo qualquer conduta do Estado ou do particular que impeça a concretização daquele objetivo. Por outro lado, a expressão *direitos humanos* é utilizada para aqueles direitos estabelecidos em declarações e convenções internacionais, também com o objetivo de garantir liberdade e igualdade, como pressuposto para a garantia de condições dignas de vida a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade. Complementando o ponto de vista supra mencionado, aquele autor apresenta a seguinte diferenciação: "os direitos humanos não se diferenciam dos direitos fundamentais nem pela referência a valores éticos superiores, nem pela fundamentalidade, nem pela finalidade. O que distingue uns e outros são os traços seguintes: a) os direitos humanos podem ser direitos puramente morais, ao passo que os direitos fundamentais são sempre jurídicos; b) os direitos humanos não estão necessariamente positivados, ao passo que os direitos fundamentais são direitos previstos na constituição; c) os direitos humanos apresentam uma pretensão de vinculatividade universal, ao passo que os direitos fundamentais vinculam, sobretudo o Estado, no âmbito de uma ordem jurídica concreta, situada no espaço e no tempo; d) os direitos humanos são, em regra, direitos abstratos, ao passo que os direitos fundamentais incorporam tradicionalmente garantias jurídicas concretas e delimitadas, imediatamente acionáveis pelos interessados; e) nada impede que os direitos humanos possam, em certos casos e para certos efeitos, ser concebidos como fins ou como programas morais de reforma ou de ação política, ao passo que os direitos fundamentais necessitam sempre de determinados mecanismos de garantia jurisdicional." (ALEXANDRINO *apud* GUERRA, 2013, p. 196)

[9] Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET *apud* GUERRA, 2013, p. 69)

Humanos, pois, aquele texto constitucional além de restabelecer o regime democrático[10] no país, também está em sintonia com diversos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos[11], apresentando instrumentos de incorporação de princípios e normas de tratados internacionais daquela temática ao ordenamento jurídico brasileiro[12].

> A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a ajustá-lo com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. (PIOVESAN, 2012, p. 158).

Participando do sistema global de proteção dos Direitos Humanos, o Brasil deve se comprometer não somente com a ampliação dos direitos garantidos a todos os seus cidadãos, tornando-se signatário de diversos documentos internacionais de tutela da pessoa humana, mas também pela efetivação dos direitos fundamentais e liberdades individuais reconhecidos nos tratados dos quais faz parte, sob pena de sanções nos âmbitos nacional e internacional.

Assumindo o compromisso de concretizar os direitos fundamentais que passaram a fazer parte do texto constitucional, por influência dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, passa a ser observado no Brasil o que se denominou de *constitucionalização do Direito*, tratando-se de um processo de releitura de todo o ordenamento jurídico submetido aos desígnios constitucionais de respeito e tutela dos direitos fundamentais.

---

[10] "O pressuposto dos direitos humanos é a democracia, pois direitos humanos só têm dimensão apreciável em regimes democráticos. Nesses regimes assegura-se autonomia ao indivíduo, permitindo-se-lhe optar livremente por quais aptidões irá desenvolver-se, pois é através da democracia que são criadas as oportunidades para que as pessoas se estabeleçam em sua capacidade de ser cidadãos. [...] Os governos democráticos orientam-se em direção à realização dos direitos humanos, porque, a partir do exercício de direitos civis e políticos, particularmente do direito de participar da vida política e da liberdade de manifestação do pensamento, permite-se que, do consenso colhido das diversas opiniões existentes, adotem-se decisões políticas que contribuam para a realização de outros direitos. A democracia constrói as instituições necessárias para a realização dos direitos humanos." (JAYME, 2005, p. 25).

[11] Alguns artigos da Constituição da República de 1988 encontraram inspiração em tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, conforme pode ser observado na comparação entre o texto do artigo 5º, inciso III do texto constitucional ("ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante"), com o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante"). A mesma sintonia pode ser observada entre os artigos 5º, inciso XXII do texto constitucional ("é garantido o direito de propriedade") e artigo 17 §1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros").

[12] Art. 5º [...]
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

A partir da *função social* atribuída aos institutos de Direito Civil, com o processo de constitucionalização do Direito, todos eles passaram a ser reinterpretados de forma a garantir, na maior medida possível, a concretização de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República de 1988, ocorrendo o abandono do viés patrimonialista herdado do paradigma liberal oitocentista, o qual influenciou grande parte da história codificada do Direito Civil pátrio.

> O direito civil, sob o viés constitucional, começa a se preocupar com as questões sociais e, principalmente, com a proteção da parte mais fraca nas relações contratuais. Por essa razão é que a partir da relativização da autonomia da vontade mediante a intervenção estatal, com a aplicação de normas de ordem pública à relação jurídica de direito material, acarreta na chamada publicização do direito privado ou dirigismo contratual. [...] Com a força dos contratos flexibilizada e, tão logo, a relação privada interpretada à luz dos preceitos constitucionais, passou a ser um instrumento para evitar o predomínio da vontade do mais forte sobre a parte hipossuficiente, visando, portanto, a promoção dos direitos fundamentais. (NUNES, 2011, p. 117-118)

Contudo, neste *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil,* dois eventos não podem ser confundidos, quais sejam, o processo de substituição do eixo principiológico do Direito Privado que migrou dos Códigos para as Constituições, com o processo de humanização pelo qual passa o Direito, especialmente o Direito Privado quanto aos seus principais institutos (contrato, família e propriedade).

Farias e Rosenvald (2013a) afirmam que a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de normas advindas de documentos internacionais com conteúdo humanitário, contribuiu para a crise das fontes normativas do Direito Civil, na medida em que ficou evidente a necessária releitura de todo o Direito Civil para possibilitar que seus institutos apresentassem as respostas esperadas para os problemas imediatos verificados na sociedade. Em efeito, com o agravamento dessa crise, verificou-se a migração de princípios gerais e regras relativas àqueles institutos para a Constituição, a qual passou a exercer papel interpretativo central no ordenamento jurídico.

Assim, a substituição do eixo principiológico do Direito Civil, substituindo-se os Códigos pelas Constituições, ocorreu em virtude da necessidade de intervenção Estatal na economia e da insuficiência dos Códigos de tratarem, adequadamente, de todas as demandas sociais que passaram a ser observadas após a segunda metade do século XIX.

A inclusão de diversos institutos de Direito Privado nos textos constitucionais e a assunção de centro principiológico irradiador da normatividade daquele ramo do Direito, passou a ser verificado a partir da necessidade de se estabelecer o texto constitucional como

eixo condutor do Estado para a realização das intervenções na esfera privada e na economia, podendo ser afirmado que essa mudança ocorreu como forma de suprir uma necessidade do próprio ordenamento jurídico, de ter a sua orientação realizada por um instrumental que apresentasse respostas adequadas ao momento histórico observado.

> Diante dessas circunstâncias, verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. Afinal, a tipificação (de cunho monista ou pluralista) dos direitos da personalidade, concebida sob o paradigma dos direitos patrimoniais, com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para sua proteção, mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico. (TEPEDINO, 2004b, p. 62).

O processo de humanização pelo qual passou o Direito teve como ponto de partida os instrumentos internacionais de tutela dos Direitos Humanos elaborados pela Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, sendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi imprescindível para este processo, na medida em que serviu de inspiração, não somente para outros tratados internacionais, mas também para textos constitucionais que passaram a incorporar, literalmente, seus mandamentos.

Dessa forma, as constituições que já haviam sido alçadas à posição de eixo principiológico de todo o Direito passaram a conter normas relativas a Direitos Humanos, as quais exigem concretização imediata, na medida em que buscam a tutela e a garantia da dignidade humana em todos os aspectos da vida da pessoa.

Os textos constitucionais, além de assumirem o centro principiológico de todo o Direito Privado (em substituição aos Códigos) ganharam conteúdo humanizante quando incorporaram aos seus textos o conteúdo de diversos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, passando então a exigir de todo o ordenamento jurídico a busca pelo respeito e pela concretização dos direitos fundamentais.

A análise do *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil* deve ser realizada nestas duas perspectivas, quais sejam, uma que se inicia na segunda metade do século XIX e que consiste na mudança do eixo principiológico do Direito Privado, substituindo-se os Códigos pelos textos constitucionais, e outra que se inicia após a Segunda Guerra Mundial com a elaboração de instrumentos internacionais de tutela dos Direitos Humanos, os quais tiveram seus conteúdos paulatinamente incorporados aos textos constitucionais, provocando a necessidade de tutelar e concretizar a dignidade humana em

todas as suas vertentes, com o objetivo de evitar que as atrocidades verificadas durante aquele período de guerras voltassem a acontecer.

Conclui-se, portanto, que a busca pela concretização dos direitos fundamentais, através dos institutos do Direito Civil, colabora para o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil no cenário internacional no que diz respeito à tutela dos Direitos Humanos e, assim sendo, o *processo de constitucionalização do Direito Civil* no Brasil encontra-se diretamente vinculado com a postura por ele assumida frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como signatário de diversos documentos internacionais que exigem o pronto cumprimento de suas regras para a concretização de direitos fundamentais, tendo como objetivo final a promoção da dignidade humana.

2.1 A concretização de direitos fundamentais e o cumprimento de função social pelos institutos de Direito Civil.

Como forma de concatenar as ideias lançadas neste trabalho para torna-las passíveis de serem observadas faticamente, mister realizar uma correlação entre a concretização dos direitos fundamentais e o cumprimento da *função social* pelos institutos de Direito Civil, mormente aqueles cuja estrutura encontra-se estabelecida no Código Civil de 2002.

Passa-se a analisar o Direito Civil pátrio tomando como ponto de partida o Código Civil de 1916, as suas primeiras influências, as interferências e a necessidade de alteração do texto codificado, observadas a partir do cenário europeu da segunda metade do século XIX, a promulgação da Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002.

Esta abordagem se faz necessária para demonstrar que as diferenças observadas entre o texto codificado de 1916 e o de 2002 são reflexos de contextos históricos diferentes, dentro dos quais aqueles instrumentos foram elaborados.

Também será importante para demonstrar que a principiologia fixada pela Constituição da República de 1988 para todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive para o Direito Civil, se impõe tanto aos códigos quanto aos instrumentos legislativos denominados *microssistemas*.

Esta análise reafirma a ideia de que a *constitucionalização do Direito Civil* ocorreu em virtude de um processo histórico de valorização do ser humano, recebendo influência direta dos instrumentos internacionais de tutela dos Direitos Humanos elaborados a partir do

fim da Segunda Guerra Mundial e que, um conteúdo significativo daqueles instrumentos internacionais foi incorporado pela Constituição de 1988.

Este mesmo texto constitucional também trouxe expressamente para alguns institutos de Direito Civil (p.ex. a propriedade), a necessidade de cumprimento de *função social* na medida em que os ideais de construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem miséria não coadunam com a perspectiva patrimonialista e egoísta da codificação anterior a 2002.

Verificando o Código Civil de 1916 observa-se a independência de seu texto com relação aos textos constitucionais que vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 2002, inclusive, pelo fato de que sob a influência do paradigma liberal, entendia-se que os textos constitucionais tratavam de questões relativas à estrutura e aos interesses do Estado, não havendo o que tratar a respeito de assuntos vinculados aos interesses privados.

Sendo assim, o texto codificado de 1916 trouxe consigo influências da sociedade europeia do século XIX, bem como valores da sociedade brasileira que ainda mostrava fortes vínculos com o período colonial português, mesmo porque, aquele Código foi resultado de um longo processo legislativo iniciado no século XIX com o projeto de Teixeira de Freitas em 1855.

> O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão de mundo condicionada pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes detentores do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais. [...] Do ponto de vista ideológico, consagrava os princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo. Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico. (AMARAL, 2006, p.131).

Elaborado com a pretensão de servir como a constituição do cidadão comum e sob a influência do paradigma liberal do século XIX, o Código Civil de 1916 pressupõe a paridade de forças nas relações privadas, busca a tutela do patrimônio como fim em si mesmo ou para a manutenção da família, não se vinculando à noção de dignidade humana presente de maneira marcante no atual ordenamento jurídico brasileiro.

No que diz respeito aos principais institutos do Direito Civil, o Código de 1916 não se desviava daquela forma de estabelecer Direito, ou seja, *a propriedade* era um direito absoluto que tinha em seu titular um dominador preocupado com os próprios interesses;

quanto aos contratos, não havia consideração pela figura do devedor, o qual era impiedosamente punido pelo inadimplemento da obrigação.

A família era constituída tão somente através do casamento, a condução dos interesses familiares era de responsabilidade do homem, independentemente dos interesses dos demais membros; lado outro, o desfazimento do casamento ocorria através do divórcio, o qual era dificultado ao extremo em virtude da ideia de que o esfacelamento da família e a pulverização do patrimônio ali constituído provocariam a própria ruína do Estado.

Acontece que o lugar dos Códigos nos ordenamentos jurídicos e a nova roupagem constitucional já vinham sendo discutidos no cenário europeu desde a segunda metade do século XIX e todo este cenário provocou reflexos no Brasil a partir da segunda década do século XX, tendo como principais motivadores os efeitos da industrialização, as demandas sociais não atendidas e a Primeira Guerra Mundial.

Este cenário também contribuiu para que surgissem exigências quanto à maior intervenção do Estado nas questões relativas à economia e dessa forma, o sujeito de direito, com toda a característica que lhe fora concedida pelos instrumentos codificados de cunho liberal, passa a sofrer restrições no exercício de seus direitos, bem como a conviver com os interesses de inúmeras pessoas que não tinham acesso de fato às garantias e liberdades atribuídas legalmente.

Farias e Rosenvald (2013a) ressaltam que dentro deste quadro político, social e econômico, inicia-se o processo legislativo de elaboração de leis para tratar de assuntos específicos não abordados pelo Código Civil de 1916, fato que contribuiu para o enfraquecimento da influência deste instrumento codificado frente ao Direito Privado como um todo.

Este quadro de elaboração de leis específicas (*microssistemas*), com o objetivo de solucionar demandas de cunho privado não tratadas pelo Código Civil de 1916, fez com que este perdesse a condição de eixo condutor do Direito Privado pátrio, pois se tornou fonte subsidiária em relação ao conteúdo tratado por aquelas leis.

Além disso, a promulgação da Constituição da República de 1988 e a sua assunção definitiva à função de norte principiológico de todo o ordenamento jurídico, trouxe à tona a necessidade explícita de promulgação de um novo Código Civil mais integrado com as diretrizes daquele texto constitucional.

> O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional, de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o código civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais,

> cada um deles com vocação universalizante. [...] Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. (TEPEDINO, 2004a, p. 8).

Dessa forma, o Código Civil de 2002 fora promulgado trazendo uma proposta diferente daquela contida na codificação anterior, trazendo como pilares principiológicos da codificação cível vigente no Brasil, os princípios da *eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade* (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014).

A *socialidade* trata de estabelecer limites ao exercício dos direitos subjetivos, de forma a evitar a permanência do conteúdo egoísta e individualista presente na codificação de 1916, promovendo a harmonia entre a autonomia privada e o princípio da solidariedade social; por outro lado, a *eticidade* permite que valores reconhecidos socialmente possam fazer parte do Direito Civil através da técnica das cláusulas gerais[13], objetivando conferir ao texto legal maior eficácia frente a situações não previstas taxativamente; por fim, a *operabilidade ou concretude* exige a consideração concreta das necessidades e peculiaridades da pessoa, diferentemente do Código de 1916 que ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando todos de maneira formalmente igual (FARIAS; ROSENVALD, 2013a).

A estrutura do Código Civil de 2002, por mais que tecnicamente esteja aquém do que dela se espera, é mais adequada a uma convivência harmoniosa com o texto constitucional de 1988, na medida em que se afasta da perspectiva liberal que conduziu a obra de Clóvis Beviláqua, buscando a reformulação de seus institutos de forma a possibilitar a concretização de mandamentos constitucionais relativos à dignidade humana.

> Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária. (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2014, p. 93).

Essa relação necessária que se estabeleceu entre a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002, também provoca a necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que não se pode conceber a ideia de vinculação daquela espécie de direito apenas às questões de interesse público para limitar a

[13] Farias e Rosenvald (2013a) estabelecem que as cláusulas gerais permitem a aplicação da *Teoria Tridimensional do Direito*, construída por Miguel Reale, tendo em vista a dialética entre a norma, o fato e os valores.

sua aplicação, pois, há que se buscar a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, aumentando, dessa forma, o seu âmbito de incidência.

Outra questão que se mostra relevante no atual contexto constitucionalizado do Direito Civil é a submissão de suas regras ao conteúdo dos Tratados e Convenções Internacionais, por força da norma do artigo 5º §3º da Constituição da República de 1988, estabelecendo que tratados e convenções internacionais que tenham em seus conteúdos normas relativas aos Direitos Humanos, desde que obedecidas às regras de tramitação das emendas constitucionais, têm aplicação imediata, inclusive no âmbito privado, por serem àquelas equiparadas.

A partir de então, passa-se a falar não somente em um *processo de constitucionalização do Direito Civil,* mas também na *Convencionalização do Direito Civil,* tratando-se de um processo de adequação dos institutos do Direito Civil pátrio aos tratados e convenções internacionais de tutela dos Direitos Humanos, estabelecendo-se um verdadeiro controle de convencionalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2013a).

Neste contexto, o Direito Civil pátrio está submetido a uma conformação principiológica determinada pela Constituição da República de 1988, bem como por princípios presentes em instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, os quais têm acesso ao ordenamento jurídico brasileiro através das normas presentes no artigo 5º, §§ 2º e 3º da CR/88.

Também não se pode olvidar da *cláusula geral de tutela da personalidade,* estabelecida pela interpretação conjunta das normas dos artigos 1º, inciso III; 3º, inciso I; e 5º, §2º da Constituição da República de 1988, que nas palavras de Tepedino (2004b) definiu uma nova ordem pública de valorização da dignidade humana e de compromisso com a garantia de uma sociedade mais solidária, da qual pertence o Direito Civil com seus institutos.

Toda essa reconstrução histórica buscou demonstrar o contexto democrático e humanizante no qual se encontram inseridos os institutos de Direito Civil, bem como a imposição, pelo texto constitucional de 1988, de uma *função social* a ser cumprida por eles de acordo com sua relevância e impacto social.

Contudo, ainda é possível verificar algumas dúvidas a respeito de como cada instituto de Direto Civil cumpre a sua *função social,* sendo esta caracterizada como reflexo das expectativas sociais a respeito de cada instituto, as quais são criadas de acordo com os efeitos que cada instituto produz e da tutela que recebem do ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, na medida em que o Direito Civil contemporâneo deve ser interpretado de forma a garantir conexões necessárias com o texto constitucional, objetivando auxilia-lo na

concretização de suas normas e princípios fundamentais para o alcance de seus objetivos, principalmente, para a promoção da dignidade humana, pode-se afirmar que os institutos de Direito Civil cumprem cada qual a sua *função social* quando funcionam como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais.

Ou seja, todo instituto que faz parte da estrutura do Direito Civil pátrio – p.ex. o contrato, a família, a empresa, a propriedade, a posse, a sucessão (legítima ou testamentária) – , deve cumprir uma *função social* necessária para, em última análise, atender aos desígnios constitucionais (arts. 1º III e 3º I CR/88), sendo que, cada instituto cumpre a função social que lhe é exigida quando é capaz de concretizar direitos fundamentais, na maior medida possível e de acordo com suas características.

Faz parte daquele *processo de constitucionalização* pelo qual passa o ordenamento jurídico brasileiro a exigência relativa à concretização dos mandamentos previstos na Constituição da República de 1988, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Tal concretização também deve ocorrer através dos institutos do Direito Civil, ou seja, a família, a propriedade, os contratos e a sucessão devem ter os seus contornos fixados de forma a permitir a busca pelo cumprimento dos objetivos constitucionais, da concretização dos direitos fundamentais, da viabilização da dignidade humana como forma de cumprimento da função social que lhes fora imposta constitucionalmente.

Analisando desta forma a *função social* torna-se possível determinar, em cada situação específica, qual a expectativa criada pela sociedade – e refletida no ordenamento jurídico – a respeito dos institutos de Direito Civil e do efetivo papel que cada um deles tem a cumprir frente ao principal mandamento constitucional estabelecido desde 1988, qual seja, a ampla concretização da dignidade humana na sociedade brasileira.

3 CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 alterou todo o sistema jurídico pátrio ao estabelecer um rol de direitos fundamentais que orienta todo o ordenamento jurídico em busca da concretização da dignidade humana e do estabelecimento de uma sociedade mais justa, solidária e sem miséria, caracterizando-se, respectivamente, como fundamento e objetivos da República.

Neste sentido, o Direito Civil pátrio ainda atravessa um período de reorganização estrutural e de conscientização por parte dos operadores do Direito a respeito da perspectiva *humanizante e solidarista* trazida pela Constituição da República de 1988, sendo que esta fase perdura desde a entrada em vigor do atual Código de 2002, o que de certa forma reflete o descompasso existente entre este instrumento legal e aquele texto constitucional.

Este processo de releitura dos institutos de Direito Privado, realizado através da interferência dos princípios e normas constitucionais para a aplicação daqueles institutos é denominado pela doutrina civilista como *constitucionalização do Direito Civil*, envolvendo também a incorporação de institutos do Direito Civil aos textos constitucionais.

O que restou demonstrado neste trabalho é que a denominada *constitucionalização do Direito Civil* não ocorreu por acaso, mas sim, como consequência de um complexo e paulatino processo histórico de valorização da dignidade humana, tendo como ponto de alto a elaboração de documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

A análise do processo histórico supra mencionado iniciou com a verificação da estrutura do Direito Romano e da presença de diversos institutos na codificação atualmente em vigor, tendo sido verificado posteriormente a Idade Moderna e seus elementos caracterizadores, o período das codificações, das revoluções burguesas do século XVIII e toda a influencia deixada por este período histórico em razão da necessidade de elaboração de um Direito sistematizado, dicotômico (público e privado), abstrato e geral.

Toda expectativa criada frente aos Códigos quanto à sua infalibilidade, ao estabelecimento de certezas a respeito do direito e à desnecessidade de interpretação de suas regras, sucumbiria diante do aumento da complexidade das relações jurídicas, fruto do próprio aumento da complexidade da vida em sociedade a partir do fim do século XIX e início do século XX, principalmente, em virtude das consequências socioeconômicas trazidas pela revolução industrial.

Os Códigos passaram a conviver com outras leis (*microssistemas*) que buscavam tratar de maneira exclusiva e exauriente, a respeito de temas específicos que não encontravam previsão nos instrumentos codificados, pela incapacidade do legislador de acompanhar na mesma velocidade as mudanças sociais que exigiam tratativa legal imediata.

O modelo de Estado Liberal difundido a partir do século XVIII permitiu o surgimento de inúmeras situações de abuso econômico entre os particulares, na medida em que não havia intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, dando espaço para os

reclames quanto à necessidade de intervenção estatal naquela espécie de relação jurídica, para coibir iniquidades.

Assim, somando-se o processo de *descodificação* à maciça intervenção estatal na economia e nas relações jurídicas privadas, intensificada pela Primeira Guerra Mundial, duas consequências foram produzidas, quais sejam, os códigos perdem o lugar de instrumento legal responsável pela condução principiológica e normativa do Direito Privado e, por outro lado, a assunção pelos textos constitucionais da função que outrora era conferida aos códigos.

A consequência desta função assumida pelos textos constitucionais é que se tornou necessário incluir em seu conteúdo diversos institutos de Direito Civil que, até então, permaneciam submetidos exclusivamente aos cuidados e à letra dos códigos, contudo, após a elaboração de documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a perspectiva humanizante e solidária da intervenção constitucional nos textos codificados tornou-se evidente.

No que diz respeito à realidade brasileira, o perfil humanizante atribuído a diversos institutos do Direito Civil pátrio é observado após a promulgação da Constituição da República de 1988, quando a importância dos Direito Humanos já estava consolidada no cenário internacional, promovendo uma alteração significativa da forma de tutela do ser humano na medida em que valoriza a busca pela concretização de sua dignidade, independentemente de sua nacionalidade.

A Carta Internacional de Direitos Humanos – ou *International Bill of Rigths* – formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais de 1966, passou a configurar como um instrumento de proteção da dignidade humana com pretensão de ampla aceitação e implementação em todo o mundo, estabelecendo obrigação aos Estados signatários quanto ao cumprimento de seus termos no âmbito de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Assim, quando se trata da implementação e garantia de direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente por influência dos textos internacionais, o Estado deve se voltar para o cumprimento desta obrigação, utilizando seus instrumentos jurídicos para o alcance daquele objetivo e, é neste momento que o processo de *constitucionalização do Direito Civil* e a consequente *funcionalização dos institutos do Direito Civil* aparecem de maneira mais evidente, pois todos os institutos de Direito Privado receberam uma releitura adequada para a promoção e garantia dos Direitos Humanos, com o objetivo final de garantir a viabilidade da dignidade humana.

Participando do sistema global de proteção dos Direitos Humanos, o Brasil está comprometido não somente com a ampliação dos direitos garantidos a todos os seus cidadãos, mas também com a efetivação dos direitos fundamentais e liberdades individuais reconhecidos nos tratados dos quais faz parte, sob pena de sanções nos âmbitos nacional e internacional.

A partir de então, observa-se no Brasil o que se denominou de *constitucionalização do Direito*, tratando-se de um processo de releitura de todo o ordenamento jurídico submetido aos desígnios constitucionais de respeito e tutela dos direitos fundamentais.

A partir da *função social* atribuída aos institutos de Direito Civil com o *processo de constitucionalização do Direito Civil*, todos eles passaram a ser reinterpretados de forma a garantir, na maior medida possível, a concretização de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República de 1988, ocorrendo o abandono do viés patrimonialista herdado do paradigma liberal oitocentista, o qual influenciou grande parte da história codificada do Direito Civil pátrio.

A análise do *processo histórico de constitucionalização do Direito Civil* deve ser realizada nestas duas perspectivas, quais sejam, uma que se inicia na segunda metade do século XIX e que consiste na mudança do eixo principiológico do Direito Privado, substituindo-se os Códigos pelos textos constitucionais, e outra que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, com a elaboração de instrumentos internacionais de tutela dos Direitos Humanos, os quais tiveram seus conteúdos paulatinamente incorporados aos textos constitucionais, provocando a necessidade de tutelar e concretizar a dignidade humana em todas as suas vertentes, com o objetivo de evitar que as atrocidades verificadas durante aquele período de guerras voltassem a acontecer.

A concretização dos direitos fundamentais através dos institutos do Direito Civil ocorre através do cumprimento da *função social* que a cada um fora determinada, situação que colabora para o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil no cenário internacional no que diz respeito à tutela dos Direitos Humanos.

Conclui-se, portanto, que o *processo de constitucionalização do Direito Civil* no Brasil encontra-se diretamente vinculado com a postura por ele assumida frente ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, como signatário de diversos documentos internacionais os quais exigem o imediato cumprimento de suas normas para a concretização de direitos fundamentais, tendo como objetivo final a promoção da dignidade humana.

4 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a conquista do novo modelo.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.** Diário Oficial da União, Brasília, 22 de out. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm> Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil.** 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Parte geral e LINDB.** v.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais.** Vol. 5. 9 ed. rev. ampl. e atual. Savador: Juspodivm: 2013b.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.). **Jurisdição constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-238.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar.** São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional.** Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no século XXI.** In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil. Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93 a 114.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey: 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil.* In: NEVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César e SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord.). **Direito Civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-217.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **A descodificação e a possibilidade de ressistematização do Direito Civil.** In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil. Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 219 a 230.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.* In: CATTONI, Marcelo. (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

NUNES, Andréia Regina Schneider. *Tutela constitucional dos direitos fundamentais.* In: AGOSTINHO, Luís Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Matim (Org.). **Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais: ensaio a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito.** 1 ed. Birigui: Boreal, 2011, p. 110-120.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.** Dispõe sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; STOLZE, Pablo. **Novo curso de Direito Civil.** V.1. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. IV. 22 ed. rev. atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil introdução ao Direito Civil constitucional.** 3 ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil.* In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. rev. e atal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. p. 1 a 22.

TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas.* In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. rev. e atal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 59 a 78.