

O DIREITO PRIVADO NA TRANSIÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA O CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONALIZADO

Célia Barbosa Abreu[†]

Sumário: 1. Introdução. 2. Para um Direito Vivo, Vivíssimo. 3. Velhos e Novos Confins do Direito Privado. 4. Constitucionalização do Direito Privado. 5. Direito Privado entre o Direito Comparado e a Internacionalização do Direito. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo busca trazer algumas meditações em torno do estudo do direito privado na Universidade. Sustenta-se que a realidade histórica atual, marcada pelo avanço tecnológico e cibernético, bem como pela globalização, ao lado do chamado Neoconstitucionalismo, da Constitucionalização do Direito e de sua Internacionalização, passam a impor ao estudioso que o exame do direito privado seja feito em conformidade com a Constituição da República e,

[†] Universidade Federal Fluminense – UFF / Faculdade de Direito / Departamento de Direito Privado / Docente do PPGDC (Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional) da Faculdade de Direito – UFF) / Rio de Janeiro /RJ / Brasil.

O presente artigo foi escrito, em grande parte, a partir de um convite do CAEV - Centro Acadêmico Evaristo da Veiga da Faculdade de Direito da UFF – Universidade Federal Fluminense, para a celebração de uma palestra em torno do ‘Ensino Jurídico do Direito Privado’, com foco em apresentar a Faculdade de Direito aos calouros, recém-ingressos. Agradeço, portanto, ao CAEV não só pelo convite, mas, sobretudo, pelo *start* que este configurou para a elaboração deste trabalho.

Sou grata também a Eduardo Manuel Val, Professor Doutor do Corpo Docente do PPGDC, bem como a Siddharta Legale Ferreira, Mestrando em Direito Constitucional do PPGDC, por haverem lido os originais, formulado críticas e sugestões valiosas.

ainda, com apoio no Direito Comparado.

Palavras-chave: Direito Privado Vivo; Constitucionalizado; Internacionalizado.

THE PRIVATE LAW IN THE TRANSITION – NEOCONSTITUTIONALISM TO CONSTITUTIONALISM INTERNATIONALIZED

Summary: 1. Introduction. 2. To live a law, very much alive. 3. Old and New Confines of Private Law. 4. Constitucionalization of Private Law. 5. Private Law and Comparative Law from the Internationalisation of Law. 6. Conclusion. 7. References.

Abstract: This article seeks to bring some meditations around the study of private law at the University. It argues that the current historical reality, marked by technology and cyber as well as globalization, alongside the called Neoconstitucionalism, Constitucionalization and Internalization of the Right, impose to the student that the examination of private law is done in accordance with the Constitution, and also supported in Comparative Law.

Keywords: Live Private Law; Constitucionalized; Internationalized.



1. INTRODUÇÃO.

Na mitologia grega, o mito de Sísifo tornou-se um

conselho divino, uma espécie de provérbio. Sísifo, Rei de Corinto, ao revelar a Asopo, deus do rio, o lugar para onde Zeus havia levado a sua filha, Egina, uma ninfa do rio, ganhou a fúria de Zeus. Zeus ordenou ao deus Tânatos (“morte”) que seguisse Sísifo pessoalmente ao submundo. Sísifo, contudo, o golpeou e aprisionou, de forma que ninguém na terra poderia morrer. Contrariado com o fato de que ninguém na terra iria morrer, Ares, o deus da guerra, interveio, livrando Tânatos. Assim, antes que fosse arrastado para o submundo, cuidou Sísifo de pedir à esposa, Mérope, que não o enterrasse e recusasse os ritos funerais. Hades, governante do mundo dos mortos, furioso, mandou Sísifo de volta à terra, ordenando-lhe que punisse Mérope. Sísifo não retornou e viveu feliz o resto da vida. Ao morrer, no entanto, Sísifo foi condenado, por toda a eternidade, a empurrar uma pedra para o topo de uma montanha e, lá do alto, soltá-la de volta para baixo, devendo repetir este processo ininterruptamente. Aí, portanto, passou a residir um símbolo do trabalho humano em vão.¹

Recorreu-se ao Mito de Sísifo justamente para chamar a atenção daqueles que se propõe ao estudo do direito privado acerca da necessidade de se evitar um trabalho que será em vão, acaso se pretenda com a Universidade apenas um caminho para a diplomação. Ao revés, em lugar de esperar encontrar nas aulas autênticos monólogos enfadonhos, restritos a conceitos tradicionais, deverá o estudante nelas buscar ferramentas para desenvolver seu raciocínio jurídico e ter condições de figurar como partícipe de uma transformação social.

Trata-se, então, de atuar decisivamente para evitar o rebaixamento da dignidade dos estudos jurídicos do direito privado, o que certamente ocorrerá acaso não atentem os

¹ BULLEN, Mathew...[et al.] *National Geographic: Guia Visual da Mitologia no Mundo*. Tradução: Mara Gênova, Andreia Moroni. São Paulo: Ed. Abril, 2010, p. 171.

Confira-se ainda: CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro/ São Paulo: Record, 2010, *passim*.

estudantes para algumas premissas básicas do desafio ao qual se propõem. Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar o tema, seguem algumas meditações sobre esta empreitada.

2. PARA UM DIREITO VIVO, VIVÍSSIMO.

Pontes de Miranda acentuava o fato de que a mentalidade jurídica tem suas fases. Dizia que cada povo deixa o seu legado e o *mundo social progressivamente segue refletindo o grau de conhecimento humano de sua época*. Daí, a conclusão de que, para cada fase da evolução social, existe uma distinta mentalidade jurídica e um respectivo tipo de direito, não havendo como negar que todos os sistemas jurídicos, em verdade, traduzem a psicologia dos povos.²

Dessa ilação, decorre outra: a de que o Direito tem vida e, como tal, muda, ao sabor das mudanças sociais. Necessário, portanto, enxergar o direito real e não um direito abstrato, pois existe um direito concreto, pautado nos fatos sociais e, como tal, indiscutivelmente, um direito atrelado à ideologia de seu tempo. Orlando Gomes destacava que, pensar diferente disso, seria confundir as faculdades de direito com escolas técnicas.³

Com efeito, não há como se pretender que o ensino/estudo jurídico e, neste, também o ensino/estudo do direito privado, se faça apoiado no postulado da cientificidade e na neutralidade absolutas, um raciocínio jurídico restrito ao direito positivo vigente. Não se aceita hoje continue o direito a ser identificado como um mero instrumento de controle social, sonogando-lhe, entre outros papéis, o de instrumento de transformação social.

Para tanto, o direito precisa ser ensinado e percebido à luz de seus nexos com outras ciências sociais, não esquecida a

² MIRANDA, Pontes. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 8.

³ GOMES, Orlando. Em torno da formação do jurista. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 14-15.

já referida dimensão ideológica, de modo a formar verdadeiros juristas e não somente bacharéis. Urge perceber a Faculdade como participante nos acontecimentos políticos e sociais, aonde estudar e aprender o Direito é senti-lo nos seus aspectos históricos, bem como em suas conexões econômicas, políticas e sociais.

Não é nova a afirmação de que ocorreram duas importantes crises, como bem descreve Orlando Gomes:

“a degeneração do positivismo legalista e a desmistificação do neutralismo do direito, reveladas na disfunção entre a norma abstrata e a realidade social, na quebra do primado absoluto da lei, na reunificação das sociedades civil e política e no reconhecimento de que o direito é dirigido, como ostensivamente patenteiam as Constituições, as quais são as leis que menos se disfarçam por detrás de ‘significados abstratos de racionalidade.’”⁴

Ultrapassadas estas notas prévias, cumpre tecer considerações sobre as transformações pelas quais vem passando o direito privado.

3. VELHOS E NOVOS CONFINS DO DIREITO PRIVADO.

Os romanos classificavam o direito objetivo segundo

⁴ GOMES, Orlando. Em torno da formação do jurista. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 17. Em total consonância com o trecho acima transcrito, de autoria de Orlando Gomes, quando dito que o direito é dirigido, como ostensivamente patenteiam as Constituições, que são as leis que menos se disfarçam por detrás de ‘significados abstratos de racionalidade’, o comentário de Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao afirmar: “A Constituição tem alma de Direito e forma de Lei – formulando-se como seu coração - órgão dominante – e diretor de suas ações – os direitos fundamentais do homem.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm> acessado em 20.03.2012.

vários critérios, dentre eles a classificação entre *ius publicum* e *ius privatum*. O direito público visto como o direito que regulava as funções dos Estados, ao passo que o privado o que regulava as relações entre indivíduos. Não significava, conforme lição de Ebert Chamoun, que o interesse privado excluía o público, e vice-versa, mas eles eram identificados como planos subalternos. Assim, era certo que o Estado existia para assegurar o bem-estar dos indivíduos e os direitos, na medida em que interessassem também à coletividade ou fossem socialmente úteis.⁵

Interessa notar, contudo, que a distinção *ius publicum* e *ius privatum* não era essencial ao direito romano antigo. Naquela época, a família era um organismo político que, embora menos vasto, em tudo correspondia ao Estado. A família romana tinha uma natureza política, com objetivos internos e externos assemelhados aos do Estado. Na realidade, eram duas jurisdições paralelas, a doméstica e a estatal. O Estado apenas interferia na família excepcionalmente. Só quando a *civitas* se tornou o único organismo político, a diferença *ius publicum* e *ius privatum* deixou de ser meramente formal.

Outras classificações existiram, entre elas: a de *ius civile* e *ius gentium*, sendo o primeiro aquele aplicado em todo o Império para os cidadãos romanos, enquanto que o segundo servia para os estrangeiros e para as relações entre romanos e estrangeiros. Ocorre que, com a queda do Império Romano, Ocidente e Oriente, tais termos foram profundamente alterados. A expressão direito civil, por exemplo, passou a indicar todo o direito privado objeto de elaboração pelos romanos, consubstanciado no *Codex*, nas *Institutas*, nas *Pandectas*. Chegada a Idade Média, direito civil e direito privado eram

⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 92. CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p.28.

efetivamente expressões sinônimas.⁶

Seguiram as transformações e, no final da Idade Média, ocorreu a chamada quebra da unidade da conceituação de direito civil. Surgiram as corporações profissionais, nas quais se agrupavam os comerciantes. Para melhor atender aos interesses destes, surgiu a necessidade de um conjunto de regras aptas a facilitar o tráfico comercial, um direito mais célere, ágil e informal, um direito especial para os comerciantes, voltado para as atividades de comércio. O Direito Civil passaria então a ser o direito comum, aplicável a todas as situações não resolvidas pelo então surgido direito especial. Mais recentemente, este direito (Direito Comercial) passaria a ser chamado de Direito Empresarial.

Posteriormente, com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, nasceria um terceiro ramo do direito privado, o chamado direito do trabalho, em virtude de razões econômicas, políticas e jurídicas. A principal causa econômica teria sido a Revolução Industrial do século XVIII, com um conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação às fábricas e meios de transportes. A causa política, a seu turno, teria sido a transformação do Estado Liberal e da plena liberdade contratual em Estado Social, quando o Estado passou a intervir na ordem econômica e social, impondo limites à liberdade plena das partes na relação de trabalho. E, por fim, como causa jurídica, a reivindicação justa dos trabalhadores, em busca de um sistema de direito que lhes tutelasse juridicamente direitos básicos, que exigiam reconhecimento.⁷

Destarte, passa a se entender que, sempre que um indivíduo se encontrar nas condições previstas pela lei especial, sua situação passa a ser regida pela lei especial e não mais pelo

⁶ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.2.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, *passim*.

direito civil.⁸ O direito civil continuaria regendo as relações entre particulares, de ordem patrimonial ou existencial, porém só quando estas relações não recaíssem sob o império de uma lei especial. O Direito Privado não mais se identificaria com o Direito Civil, representando um círculo ulterior, contido no âmbito daquele. O Direito Civil surgiria como um núcleo do Direito Privado, fundado na necessidade de assegurar um espaço para o ser humano desenvolver livremente sua personalidade. O Direito Privado teria sido dividido em Direito Privado comum e Direitos Privados especiais (entre eles, o Direito Comercial/Empresarial, o Direito do Trabalho, sendo ainda apontados, como Direitos Privados especiais: o Direito Agrário, o Direito da Segurança Social, o Direito do Consumidor, todos a reclamar soluções para problemas particulares).⁹

Mais transformações sociais ocorreram e foi grande o número de assuntos novos que passaram a permear a seara do chamado Direito Privado e, em meio a ele, do Direito Civil. Em voga, por conseguinte, temas como: a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais); a aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos no âmbito das relações de Direito Civil (eficácia supralegal das Convenções Internacionais); a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas; o diálogo das fontes como ferramenta de aplicação das normas de direito privado; a relevância da técnica da ponderação de interesses para o Direito Civil Contemporâneo, entre outros. Em comum, no entanto, o inquestionável fato de que a compreensão de tais questões demanda do estudioso a compreensão de um quadro de mudanças que seu deu, não apenas no Direito Privado, mas sim

⁸ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.3.

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14-15.

em toda a ordem jurídica e que se fez sentir, ainda, em outros ordenamentos jurídicos. É chegada então a hora, de falar sobre a Constitucionalização do Direito.

4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

Até chegar ao seu estágio atual, o Direito Constitucional viveu transformações que tiveram início na Europa, Alemanha e Itália, e depois, progressivamente se projetaram em diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. O Neoconstitucionalismo surgiria então como um conjunto das modificações do Estado e do Direito Constitucional, tendo este saído da derrota para alçar o seu triunfo. Três seriam os marcos do processo evolutivo do Direito Constitucional: o histórico, o teórico e o filosófico, acerca dos quais será realizada apertada síntese.¹⁰

O marco histórico e que teria contribuído para as muitas mudanças que ensejaram o surgimento e a evolução do chamado Neoconstitucionalismo corresponderia à Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã, 1949), fruto de desenvolvimentos doutrinários já existentes no país, seguida da criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. O Tribunal Constitucional teria conferido uma nova dimensão aos direitos fundamentais, não mais restritos à proteção dos direitos individuais, consagrando direitos e valores que passaram a subordinar todos os ramos jurídicos, público e privado, vinculando os Poderes Estatais, configurando uma autêntica “revolução de idéias” que atingiram em cheio o coração do Direito Civil. Vários dispositivos do BGB (Código Civil Alemão) foram invalidados, sendo imposto que a interpretação de suas normas se fizesse a partir do disposto na

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012.

Constituição, determinada também a elaboração de novas leis, com vistas ao atendimento do princípio da igualdade.¹¹ As mudanças legislativas se deram em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família, igualdade entre os filhos naturais e ilegítimos, sem mencionar os julgamentos sobre uniões homossexuais e direitos dos contratos. Ocorridas ainda, modificações no direito internacional privado.¹²

A Constituição Italiana, em verdade, entrou em vigor antes da Constituição Alemã, isto é, em 1º de janeiro de 1948, no entanto, houve um lapso temporal até que a Constituição e os direitos fundamentais repercutissem na aplicação do direito ordinário, de modo que o processo de constitucionalização neste país só teve início em 60, vindo a se consumar em 70. Foi a partir da instauração de sua Corte Constitucional, em 1956, que as normas constitucionais passaram a ser diretamente aplicáveis, dispensando a intermediação do legislador. A Constitucionalização do Direito Italiano alcançou, de modo especial, o Direito Civil Italiano, em questões como: o adultério; o uso do nome do marido; o direito sucessório dos filhos ilegítimos etc.¹³ Muitas matérias civis, enfim, foram revistas à luz dos comandos constitucionais, tendo dado ensejo ao processo chamado de ‘descodificação do direito civil’¹⁴. Além do Direito Civil, profundas foram também as alterações necessárias no Direito do Trabalho sob o manto da

¹¹ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão. Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 26.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1-5.

¹⁴ IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Traducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor. S.A., 1992, *passim*.

Constituição.¹⁵

A Reconstitucionalização ocorreu algum tempo depois também em Portugal (1976) e Espanha (1978), tendo seu marco histórico no Brasil sido consagrado pelo advento da Constituição de 1988, vista como um passo decisivo para institucionalizar a democracia iniciada com a Nova República.¹⁶

O marco filosófico do Direito Constitucional Contemporâneo é associado ao Pós-Positivismo, identificado como um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o Direito, sua função social e interpretação. Finda a Segunda Guerra Mundial corresponde ao retorno dos valores ao Direito, que não mais se satisfaz com uma legalidade estrita. Nesse momento, tem início a atribuição de normatividade aos princípios, a formação de uma hermenêutica constitucional e a edificação de uma teoria dos direitos fundamentais, alicerçada na dignidade da pessoa humana, tornada o pórtico da

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012. GUASTINI, Riccardo. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*. Fonte: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf acessado em 27.02.2012

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012. Sobre a possibilidade de encontrar soluções para os problemas do Direito Civil Português no Direito Constitucional Lusitano, veja-se: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 71 – 80. A respeito da função dos direitos fundamentais no Constitucionalismo Contemporâneo, sua eficácia nas relações entre particulares, com especial alusão à Constituição Espanhola de 1978, confira-se: PEREZ LUNÓ, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 22-25. No Direito Civil pátrio, nunca deixará de ser pioneiro o trabalho de: MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. São Paulo: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, no. 65, p. 21-32.

Constituição.¹⁷

Finalmente, o marco teórico vem calcado em três grandes modificações, ocorridas em matéria de aplicação do Direito Constitucional, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.¹⁸

A Constituição deixa de figurar como mera Carta Política, mero convite à atuação dos Poderes Públicos, uma simples folha de papel.¹⁹ Na década de 40, ganha atenção a

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012. Interessante referir ao fato de que a positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, de base filosófica, se deu inicialmente na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art 1º, nº 1), tendo sido estabelecido: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.” A justificativa para esta positivação é vista como decorrência do fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade humana através da prática de horrorosos crimes, inclusive de natureza política, sob a invocação de razões de Estado, entre outras. Outras Constituições igualmente consagraram a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, como, exemplificativamente: a italiana, a portuguesa e a espanhola. Sobre o assunto, a doutrina é vasta, citem-se, ao menos: SILVA, José Afonso da. *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 212, p. 89-9; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103-199, e ainda, a lição de: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76-128. Diga-se, por fim, que, ao colocar a dignidade da pessoa humana como pórtico da Constituição, o Constituinte deixou nítida a intenção de que os demais bens devem gravitar em torno dela, que configura o centro do qual irradiam os direitos fundamentais. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Normas e princípios na constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Revista da Procuradoria Geral de Justiça, n. 28, p. 49-63.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012.

¹⁹ Sobre a necessidade de as Constituições não se limitarem a meras “cartas de intenções”, bem como chamando a atenção para a imprescindibilidade de sofrerem “uma espécie de acerto de marcha, de ajustamentos à realidade social”, em leitura

questão da supremacia da Constituição, inspirada na experiência americana, vistos os EUA como o “berço do Constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade” e cuja Constituição, datada de 1787, figurou, desde sempre, como documento jurídico de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. Diversos países europeus adotam modelos de controle de constitucionalidade, surgindo Tribunais Constitucionais diversos (Chipre – 1960; Turquia – 1961; Grécia – 1975; Espanha – 1978; Portugal – 1982; Bélgica – 1984). No final do século XX, do Leste Europeu, merecem menção as Cortes Constitucionais diversas (Polônia – 1986; Hungria – 1990; Rússia – 1991; República Tcheca – 1992; Romênia – 1992; República Eslovaca – 1992; Eslovênia – 1993). Dos países africanos, por sua vez, são objeto de referência: Argélia – 1989; África do Sul – 1996; Moçambique – 2003. Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, todavia, mantém padrão de supremacia parlamentar. A França, cuja Constituição data de 1958, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo adotado o chamado modelo do “controle prévio”, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. Nela, não existe uma verdadeira Jurisdição Constitucional. Apesar de suas peculiaridades, que resultaram num processo de constitucionalização mais tardio e ainda em fase de afirmação, progressivamente, o ordenamento jurídico francês vem sendo impregnado pela Constituição, ganhando as normas constitucionais força normativa e sendo usada a técnica da interpretação conforme a Constituição. Ao lado da interpretação tradicional, revelada insuficiente para solucionar problemas ligados à “vontade constitucional”, a Hermenêutica Constitucional surge também como uma decorrência da força

normativa da Constituição, sendo certo que as especificidades das normas constitucionais termina por corroborar para a construção doutrinária e jurisprudencial de vários princípios interpretativos (princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade; princípio da razoabilidade; princípio da efetividade).²⁰

No Brasil, como acima referido, o marco de sua Constitucionalização se deu com a Constituição Brasileira de 1988, que foi objeto de elogios e críticas. De um lado, é vista como símbolo da travessia democrática brasileira, de outro, se diz que abraça interesses legítimos de trabalhadores junto com os de classes econômicas e categorias funcionais, incorporando paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos, sendo prolixa e corporativa. Destaca-se o fato de que, a um só tempo, tratou de todos os ramos do Direito infraconstitucional (administrativo; civil; penal; financeiro e orçamentário; tributário; internacional; trabalho; processo civil e penal). Diz-se que os excessos do Constituinte poderiam levar à imobilidade do sistema, com a limitação do legislador ordinário, que quedaria subordinado à normativa constitucional.²¹

O exame de uma Constituição, contudo, como assevera Antonio Carlos Wolkmer, não pode reduzir-se ao simples

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> acessado em 24.02.2012. Para um entendimento de que, em lugar de “mais constituição”, tese dos que advogam os defensores do constitucionalismo-dirigente, é hora de “menos abrangência constitucional” e de “mais democracia”, veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41.

formalismo jurídico ou ao seu reflexo hierárquico no ordenamento jurídico. Antes de tudo, uma Constituição sintetiza “um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais”, congregando e refletindo, em decorrência, os “horizontes do pluralismo”. A aproximação e a integração entre Constituição e pluralismo democrático se projetam na perspectiva de um novo Estado de Direito. Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, apesar de seu perfil republicano liberal e analítico, comparativamente às constituições anteriores, pode ser identificada como a mais avançada com relação a qualquer outro momento da história nacional. Nela, houve o amplo reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo inauguradas, inclusive, amplas perspectivas pluralistas, em campos como: o religioso, o filosófico, o político e o cultural. A Constituição vigente, portanto, consagra - o pluralismo - , tendo a ele agregado o adjetivo “político”, em sentido mais vasto (no art 1º, V). Desse modo, apesar das críticas a que está sujeita, é forçoso admitir a contribuição da Constituição da República de 1988 para a superação da tradição publicista liberal-individualista e social-intervencionista, configurando um importante instrumento para o neoconstitucionalismo, de tipo “pluralista e multicultural”. A Constituição de 1988 reconheceu os chamados direitos novos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, direitos do idoso e do meio ambiente), tendo então dedicado um capítulo exclusivo para os povos indígenas (art 231-232), em clara manifestação de seu posicionamento, reiterar-se: “ pluralista e multicultural”.²²

E como entender afinal a Constitucionalização no Direito Brasileiro? Como perceber o constitucionalismo pátrio em

²² WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica ao Constitucionalismo na América Latina*. Fonte: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> acessado em 03.03. 2012.

meio à tradição jurídica latino-americana? Sim, porque é verdade que a tradição latino-americana está apoiada em elementos europeus de mesma raiz histórica e cultural (os povos da Península Ibérica), entretanto, também é certo que existem nuances próprias, decorrentes de costumes indígenas e africanos incorporados.²³

É neste âmbito, que é proposto um novo Constitucionalismo, chamado Constitucionalismo Andino ou Indígena, nascido em meio aos países latino-americanos, a partir de suas mudanças políticas e de seus processos constituintes. O Constitucionalismo Moderno teria se revelado insuficiente para retratar a realidade das sociedades colonizadas, não conseguindo explicar o fato de persistirem relações tipicamente coloniais nas sociedades latino-americanas, nos séculos XIX, XX e XXI, a despeito da ruptura com as metrópoles européias. Este novo constitucionalismo surge caracterizado por três ciclos: - o primeiro ciclo (ciclo social e descentralizador) associado às Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991)²⁴; - o segundo ciclo (ciclo do constitucionalismo participativo e pluralista) correlacionado à Constituição Venezuelana (1999); - o terceiro ciclo (ciclo do constitucionalismo plurinacional comunitário), por sua vez,

²³ Seria possível, a partir das características próprias do constitucionalismo latino-americano falar de um novo constitucionalismo latino-americano? A este respeito: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf> acessado em 03.03. 2012. DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina.* Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf> acessado em 03.03.2012. BELAUNDE, Domingo García. *El constitucionalismo latinoamericano y su influencias.* Fonte: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoysusinfluencias.pdf> acessado em 03.03.2012.

²⁴ JARAMILLO, Leonardo García. *El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano.* Fonte: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf> acessado em 22.02.2012.

representado pelas Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009).²⁵

A título de complementação, pode-se aduzir que, em grande medida, vozes na doutrina também salientam a recepção de um neoconstitucionalismo na Argentina, onde se fazem sentir questões como: a força normativa da Constituição Nacional, a proteção judicial dos direitos humanos e o caráter difuso e integrador das disposições constitucionais. A Constituição Argentina (1853) teria aderido ao modelo norteamericano, onde o caráter normativo e supremo da Constituição Nacional desde sempre esteve presente. Afirma-se, então, que estaria ocorrendo uma mudança qualitativa no ordenamento jurídico argentino, pela qual a crescente constitucionalização surge, entre outros fatores, como parte de um processo de judicialização em meio a um processo político e social.²⁶

Transposta a questão anterior, da mais alta relevância, isto é, a compreensão da realidade constitucional latino-americana, oportuno lembrar também, como o faz a doutrina, que a constitucionalização brasileira do direito, não pode ser confundida com a simples presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, mas, pelo contrário, extremamente importante perceber a necessidade de reinterpretção dos institutos jurídicos sob a ótica constitucional, de forma a realizar o que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*. A Constituição Brasileira passa à verdadeira norma vinculante, superior, legitimadora e

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica ao Constitucionalismo na América Latina*. Fonte: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> acessado em 03.03.2012.

²⁶ SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo. Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*. Fonte: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> acessado em 03.03.2012.

fundante de todo o ordenamento jurídico.²⁷

Nesse contexto, a Constituição passou a ocupar uma nova posição no “centro das relações de direito privado”, antes ocupado pelo Código Civil, o que se dá a partir de uma consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas.²⁸ Foi reconhecida na doutrina a incidência dos princípios constitucionais nas relações de direito privado.²⁹ De acordo com uma nova ordem de valores, os valores existenciais passaram a prevalecer sobre os patrimoniais e, em decorrência, diversos institutos/instituições sofreram limitações, sendo “funcionalizados ao atendimento do interesse social”: o contrato; a empresa; a propriedade; a posse; a família etc. Percebeu-se a necessidade de se repensar o próprio conceito de “sujeito de direito”, de modo a colocar a pessoa humana como ser coletivo no centro de interesses.³⁰

²⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 142.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 65, p. 24.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Normas Constitucionais nas relações privadas*. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, Rio de Janeiro: 1998-1999, n. 6 e 7, p. 63-77. TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Revista de Direito da Faculdade de Direito – UERJ. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 e 1999, n. 6 e 7, p.13.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1998, n. 753, p. 49-50.

Para uma síntese clara acerca da constitucionalização do direito privado, válida a referência à lição de Daniel Sarmento, aonde se tem que: “ Os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos. No Direito das Obrigações relativiza-se o dogma da autonomia da vontade, e se incrementa a quantidade de normas de ordem pública editadas em prol de interesses coletivos, com a intensificação da tutela dos hipossuficientes. Avulta a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual, e se reconhece a função social do contrato. No campo dos direitos reais, a função social da propriedade e da posse remodela aqueles institutos, no afã de compatibilizá-los com outros vetores constitucionais como o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente. Na seara da responsabilidade civil, elastece-se as hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas na teoria do risco, e já ingressam as preocupações com a justiça distributiva, ao lado da lógica tradicional fundada na justiça comutativa. No Direito

“Funcionalizar o direito” é compreendê-lo como instrumento da idéia de “solidariedade social”, objetivo e valor básico da ordem jurídica brasileira. Os institutos do Direito Civil, inclusive no segmento da atividade empresarial, se relacionam à temática da “funcionalização social do direito”.

O estágio atual da família, do contrato, da propriedade, da posse e da empresa é o da negação ao exacerbado individualismo, marca indelével do período das codificações oitocentistas e consagração de um novo modelo fundado na integração dos valores coletivos nas relações intersubjetivas, que se instrumentaliza na noção de “função social”.³¹

A funcionalização de institutos e instituições não é tema novo, deita raízes nas noções mais básicas de sujeito de direito, detentor de prerrogativas que, vez por outra, deixam de servir apenas ao interesse próprio, devendo se coadunar aos interesses sociais. O Direito Romano traz um exemplo disto, por ocasião da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C), quando os interesses pessoais do credor foram postos de lado, em prol da prevalência do interesse coletivo, com a substituição da

de família, decaí o patriarcalismo e a veneração incondicionada às instituições, como o casamento. A família se democratiza, com o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e do direito dos filhos de serem consultados nas decisões que lhes afetarem. Destaca-se a preocupação com o afeto nas relações familiares e com a tutela prioritária do interesse da criança. No Direito Comercial, fala-se na função social da empresa, como elemento limitador e condicionador dos poderes do empresário e amplia-se a proteção das partes mais fracas (e.g. do acionista minoritário nas sociedades anônimas). E os exemplos poderiam se multiplicar, pois o fenômeno da personalização se insinua por todos os campos do ordenamento privado, emprestando-lhe nova compostura, em harmonia com os valores sociais emergentes e com os princípios da Constituição da República. (...)

Os chamados ‘direitos da personalidade’ representam uma das formas de proteção da pessoa humana do Direito Privado. Sem embargo, a personalização deste ramo do Direito está longe de esgotar-se na tutela de direitos da personalidade, pontualmente tipificados em textos legislativos infraconstitucionais, como ocorreu no novo Código Civil brasileiro, que tratou da matéria nos seus artigos 11 a 21.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 121-2.)

³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Apresentação*. In: *Função social no direito civil* (coord.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.xviii.

sujeição pessoal do devedor pela de seus bens.³²

A visão funcional do direito, embora antiga, por se tratar de noção de conteúdo variável e, como tal, com recepção diversa a cada época histórica, frente às diversas influências ideológicas e aos interesses políticos, econômicos e sociais, passa a exigir dos estudiosos uma contínua e progressiva compreensão, em suas dimensões e possibilidades.³³ No direito contemporâneo, marcado por novos paradigmas, o estudo dos antecedentes, dos aspectos atuais e das perspectivas futuras da “função social do direito”, seus contornos dogmáticos e eficácia social, nas experiências nacional e estrangeira, surge como um autêntico desafio, verdadeira exigência da ordem do dia.

A presença do interesse social no Direito Privado passa a ser vista diante da necessidade de conciliação de valores constitucionais: justiça social, desenvolvimento econômico e direitos individuais. A intervenção estatal nos mercados é parte deste cenário, de forma a garantir a observância das normas jurídicas e éticas, sem afetar seu bom funcionamento. A própria noção de exercício regular do direito passa a estar sujeita ao atendimento do interesse social, à observância de novos paradigmas como: a função econômico-social do direito, a boa-fé e os bons costumes. Os valores humanísticos ou antropológicos, consagrados na Constituição passam a recair tanto no direito público quanto no direito privado, o que torna mesmo difícil distinguir *o que é matéria de direito público e o que é tema de direito privado*.³⁴

³² CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 294.

³³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 670.

³⁴ WALD, Arnoldo. O interesse social no Direito Privado. In: *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.- Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*.

5. DIREITO PRIVADO ENTRE O DIREITO COMPARADO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A terceira e última consideração a ser feita consiste em chamar a atenção para a tendência existente hoje no sentido de uma ampliação do estudo do Direito Internacional e do Direito Comparado na Universidade, ao lado do exame do direito interno, seja público ou privado. Trata-se de uma exigência da realidade histórica atual, marcada pelo avanço tecnológico e cibernético, bem como da globalização, que, em certa medida, aproxima os estados nacionais, na ordem internacional, não sendo mais aceitável, que o estudo do direito comparado persista, como outrora, como um mero acidente, uma ilustração, um acessório de um assunto principal (o direito interno).³⁵

O Direito Comparado surge então como verdadeira antítese à clausura nacionalista, ocorrida após o advento das codificações.³⁶ E, nesse quadro, pouco importa a revelha discussão se seria ele uma ciência ou um método, já que a mais sábia doutrina já admitiu a vagueza e a infelicidade da expressão (“Direito Comparado”), tendo sugerido se fale de “comparação de direitos”, ou mesmo de “método comparativo”.³⁷

Este método é da maior utilidade para o estudioso do Direito. Com ele, torna-se possível entender questões da mais alta relevância, tais como: a formação de um Direito Uniforme Espontâneo, caracterizado pela adoção de soluções análogas

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897, p. 11.

³⁶ SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado de. Importância do direito comparado. In: *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

³⁷ DAVID, René. *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé. Introduction a l'étude des droits étrangers et a la méthode comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 3-4.

em diferentes sistemas jurídicos; a reforma legislativa dos países como decorrência do Direito Comparado; a possibilidade de mútua compreensão entre os povos, superando os mal-entendidos e a tensão internacional, com a diluição dos paroquialismos e dos nacionalismos estreitos; o aumento da cultura jurídica no plano espacial. Em suma, viabiliza uma melhor e mais ampla visão crítica do Direito, conferindo maior criatividade ao comparativista, na busca de soluções jurídicas para os casos concretos.³⁸

Nesse passo, merecem referência os ensinamentos de Clóvis Beviláqua, no sentido de que a comparação do direito e das instituições dos diversos povos pode ser feita não apenas na atualidade, mas também em outros momentos históricos, mediante o confronto das legislações então vigentes e das manifestações vitais nelas envolvidas, de forma a se verificar na origem e no desenvolvimento dos diversos ramos do direito, a causa das semelhanças e das diferenças, o que será útil para determinar a possibilidade de adaptações ou modificações, ou ainda, para indicar a ação dos fatores e a combinação dos elementos de origem nacional ou estrangeira.³⁹

Em outras palavras, cuida-se de recorrer à história, compreendendo que é viável, ou melhor, é determinante mesmo, para um estudo mais completo e correto, se proceda à comparação no espaço, mas também à comparação no tempo. Feitas desta maneira as investigações, baseadas no exame do direito novo e do antigo, a elas seria possível conferir verdadeiro ‘caráter científico’, segundo Clóvis Beviláqua.⁴⁰

Sublinhe-se, por oportuno, que o estudo comparativo do

³⁸ SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado de. Importância do direito comparado. In: *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 680-681.

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897, p. 21-22.

⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897, p. 21-22.

direito privado, embora um desafio para o estudioso, exige muita cautela e atenção. Com efeito, como já se disse, é cada vez mais fácil, com o acesso à internet, à doutrina e à jurisprudência estrangeiras, a sensação de intimidade com a experiência jurídica de outros povos, existindo o sério risco de deixar passarem despercebidas as diferenças, que vão além do idioma, da moeda e da moda, que de fato se universalizam.⁴¹

Não poderá o comparativista se valer do princípio da funcionalidade indiscriminadamente, propondo o uso de categorias jurídicas estrangeiras para solucionar problemas jurídicos do seu sistema. Antes, ao contrário, será imperioso atentar para as especificidades decorrentes da identidade cultural de cada sociedade, entendendo as categorias jurídicas alienígenas dentro dos respectivos sistemas jurídicos.⁴²

A adoção do método comparativo surge mesmo como uma etapa inevitável do percurso quando, por exemplo, nos damos conta de que as associações políticas e econômicas sempre ocorreram ao longo da história. E mais, apenas com um olhar comparativista, é possível ter a mente aberta para compreender questões como a integração, a harmonização e a unificação do direito, ou, ao menos, a formação de uma “consciência jurídica universal”.⁴³

A União Européia, em estágio avançado de integração supranacional, é um grande exemplo disso. Vale-se das diretivas de seus organismos decisórios, dos quais emanam normas a serem observadas pelas legislações nacionais. Tais diretivas não vinculam diretamente os sujeitos de direito de cada Estado, mas vinculam os respectivos legisladores, por

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Método Comparativo. In: *Temas de Direito Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 404.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Método Comparativo. In: *Temas de Direito Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 404.

⁴³ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Tradução: Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p.10.

ocasião da formação dos respectivos direitos internos. Além das diretivas, importante papel é conferido aos Tribunais Comunitários, que atuam para evitar que o direito comunitário venha a se dispersar nas múltiplas interpretações de cada país.

44

É nessa esteira que se debate hoje sobre um direito comunitário latino-americano. Pretende-se que o Mercosul seja mais do que um mercado comum, de cunho econômico. Salienta-se que para uma efetiva integração econômica e política é necessária também uma integração jurídica. Discute-se a necessidade normas gerais, em meio a uma unificação legislativa. Lembra-se, inclusive, que, no Brasil, a integração encontra apoio na própria Constituição de 1988, especialmente no art 4º, parágrafo único, quando foi estabelecido que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”⁴⁵

Apesar de prematuro falar em um direito comunitário latino-americano, e nesse contexto, na unificação legislativa do direito privado, não é difícil, por outro lado, perceber a presença de princípios comuns nos códigos latino-americanos. Exemplifica bem a recíproca influência dos codificadores a lembrança do Esboço de Teixeira de Freitas, em grande medida adotado pelo Código Civil Argentino, e que muito concorreu para a legislação civil uruguaia, a paraguaia e para as leis de outras repúblicas hispano-americanas.⁴⁶

Esta aproximação entre os direitos dos povos latino-americanos é indubitavelmente, entre outros fatores, uma

⁴⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47. Sobre o tema, do mesmo autor, veja-se: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Direito Civil na perspectiva do Mercosul*. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, p. 231-239.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁴⁶ MIRANDA, Pontes. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.80-82.

consequência decorrente da colonização comum. Assim, não é demais repetir que a tradição jurídica latino-americana se baseia em elementos comuns europeus, decorrentes de mesma raiz histórica e cultural (os povos da Península Ibérica), mas conta com traços próprios, decorrentes de costumes indígenas e africanos absorvidos.

Ainda no cenário jurídico internacional, merece menção a recepção de alguns modelos da *Common Law*, alguns tipos contratuais, no contexto das trocas internacionais e do processo de globalização. Note-se, inclusive, que a doutrina civilista não só cogita hoje uma maior harmonização do direito civil, como sinaliza ser o campo dos contratos justamente o mais propício para a sua incidência, pois nele não residem os obstáculos passíveis de serem encontrados quando se trata das relações de propriedade, família e sucessões, umbilicalmente ligadas às tradições de cada povo.⁴⁷

Por fim, vale dizer que só um olhar comparativista poderá permitir ao estudioso entender não apenas o tema do neoconstitucionalismo, analisado anteriormente, mas também a questão da Internacionalização do Direito Constitucional / Constitucionalização do Direito Internacional, nos dias atuais.

⁴⁸ Trata-se de verdadeira condição para discutir o

⁴⁷ Lôbo, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

⁴⁸ Carmem Lúcia Antunes Rocha correlaciona Constitucionalização e Internacionalização do Direito, escrevendo: "... o constitucionalismo contribui decisivamente para a universalização dos direitos fundamentais para tanto contando com a internacionalização do direito que contemple e garanta os direitos humanos. A integração entre os sistemas constitucionais e o direito internacional faz-se inexorável nessa fase, particularmente para o aperfeiçoamento e garantia eficaz e eficiente dos direitos fundamentais. A única universalização possível de ser pensada e posta à conquista, a única mundialização buscada como ética e necessária no atual estágio da humanidade não é, primeiramente, a econômica, que produz novos feudos e velhos vassallos, novos senhores para os mesmos e velhos escravos, mas a dos direitos fundamentais, que produz a solidariedade jurídica e faz espalhar a humanidade sobre todos os pontos do planeta. (...) De outra parte, a "ética" do lucro e do abandono humano não é ética, é imoralidade de luxo; não é direito, é arbítrio emoldurado pelo discurso estéril de uma razão sem humanidade. Por isso, não apenas se deseja que as conquistas se projetem no Direito Internacional para que

neoconstitucionalismo como característica dos processos de internacionalização do Direito Constitucional em desenvolvimento na América Latina, desde o momento em que vários países começaram a mudar suas Constituições, ou incluir-lhes reformas, conduzindo a mudanças graduais nos seus sistemas jurídicos, mas significativas e com repercussões de natureza política, cultural e doutrinária. Necessário inclusive para se compreender que o neoconstitucionalismo se pauta também numa teoria jurídica iberoamericana, não isenta de críticas, aliás, como se pode também dizer das novas doutrinas sobre o constitucionalismo, em geral.⁴⁹

6. CONCLUSÃO.

Existe uma distância abissal entre o que o ensino jurídico é e aquilo que ele deveria ser. O ensino jurídico não é, de forma alguma, o que seria recomendável, segundo os manuais de didática e metodologia. São muitos, de fato, os fatores concorrentes para a baixa qualidade do ensino jurídico, dentre

estes alicercem, fortaleçam e protejam os direitos humanos nos diferentes Estados, mas, igualmente, deseja-se que as conquistas cujos povos dos diferentes Estados realizem no espaço regional reflitam-se no cenário internacional, de tal modo que haja uma conjugação de valores, princípios e experiências jurídicas que se complementem e se aprofundem para a melhoria do ser humano em qualquer parte do planeta.”” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm> acessado em 20.03.2012. A este respeito, veja-se ainda: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição Supranacional: uma Internacionalização do Direito Constitucional?* <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/245/180> acessado em 20.03.2012. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. FERREIRA, Siddharta Legale. *A Constituição Reinventada pelas Crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado*. Direito Público (Porto Alegre), v. 32, p. 158-174, 2010

⁴⁹ JARAMILLO, Leonardo García. El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. Fonte: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf> acessado em 22.02.2012.

os quais: a baixa remuneração oferecida, o conseqüente desinteresse pela vida docente, a falta de aptidão para lecionar de muitos profissionais etc.⁵⁰

Indaga-se, pois: o que fazer para melhorar este quadro, que atinge o ensino de todo o Direito, inclusive do Direito Privado? Sugestões não faltam, entre as quais se cogita: - da criação de oficinas docentes; - de um maior investimento em atividades de tutoria docente junto a monitores; - do estímulo à crítica acadêmica, como condição para a produção de novos conhecimentos; - da realização de pesquisa, também objetivando a produção de conhecimento, eis que a função da Universidade não se limita à transmissão de conhecimento, abrangendo também a sua criação. Enfim, são muitas as especulações em torno dos caminhos a seguir para transformar o ensino jurídico em um instrumento democrático de geração e transmissão de conhecimentos.⁵¹

E qual seria o melhor método de ensino? O método clássico de aula-conferência, defendido pelo Direito Europeu e adequado à tradição romano-germânica? Ou o chamado “case method”, em uso nas universidades americanas e adequado ao sistema da *Common Law*? Num momento de síntese, de aproximação entre as famílias jurídicas por que não reunir os métodos? Por que não aliar teoria e prática? Não estimularia mais a desenvolver o raciocínio jurídico?

Seja como for, falando especificamente do ensino do Direito Privado, foi possível ver o quanto este ramo do direito vem se desenvolvendo e transformando ao longo do tempo, num quadro de evolução que não é só seu, mas de todo o Direito Interno e Internacional. A situação é, por conseguinte, de verdadeiro desafio, no que tange inclusive à atualização do estudioso, e neste papel não está o professor, mas também o

⁵⁰ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *Didática e Aula em Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 23-57.

⁵¹ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *Didática e Aula em Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 23-57.

aluno.

Isto posto, o que se quer considerar aqui é que se reúnam todos os esforços não só do Mestre, mas também do acadêmico, com vistas à realização de um estudo contextualizado do Direito, inclusive do Direito Privado. Este estudo, por sua vez, passa pela necessária conexão com outros ramos de saber, com o processo de constitucionalização e internacionalização do direito, exigindo de todos amor e dedicação pelos estudos, a fim de resgatar a dignidade do ensino jurídico. A ótica do jurista deve ser moldada pelo anseio de ultrapassar fronteiras, desbravar a história e melhor conhecer o direito vivo, vivíssimo, junto à sociedade, sob pena da degradação progressiva do fim, do método e do significado do ensino jurídico.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Tradução: Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>

- acessado em 24.02.2012.
- BELAUNDE, Domingo García. *El constitucionalismo latinoamericano y su influencias*. Fonte: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/Elconstitucionalismolatinoamericanoysusinfluencias.pdf> acessado em 03.03.2012.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia: J. L. Fonseca Magalhães, 1897.
- BULLEN, Matthew...[et al.]. *National Geographic: Guia Visual da Mitologia no Mundo*. Tradução: Mara Gênova, Andreia Moroni. São Paulo: Ed. Abril, 2010
- CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro/ São Paulo: Record, 2010.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- DALMAU, Rubén Martínez. *Asembleas constituíntes e novo constitucionalismo en América Latina*. Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf> acessado em 03.03.2012.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DAVID, René. *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé. Introduction a l'étude des droits étrangers et a la méthode comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
- FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 753, p. 49-50, jul. 1998.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Apresentação*. In: *Função social no direito civil* (coord.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Normas e princípios na constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Revista

- da Procuradorias Geral de Justiça, n. 28, p. 49-63.
- GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*. Fonte: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R_-La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf acessado em 27.02.2012.
- GOMES, Orlando. Em torno da formação do jurista. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 13-25.
- IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Traducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor. S.A., 1992.
- JARAMILLO, Leonardo García. El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. Fonte: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/art/art3.pdf> acessado em 22.02.2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Direito Civil na perspectiva do Mercosul*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, p. 231-239.
- MIRANDA, Pontes. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. São Paulo: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, no. 65, p. 21-32.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do*

- Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição Supranacional: uma Internacionalização do Direito Constitucional?* Fonte: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/245/180> acessado em 20.03.2012.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf> f acessado em 03.03. 2012
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PEREZ LUNÓ, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. *Normas Constitucionais nas relações privadas*. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, Rio de Janeiro: 1998-1999, n. 6 e 7, p. 63-77.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Fonte: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm> acessado em 20.03.2012.
- SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado de. Importância do direito comparado. In: *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 679-692.

- SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo. Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*. Fonte: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> acessado em 03.03.2012.
- SARAMAGO, José. Constituições e Realidades. In: *O Caderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 79-80.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 121-2.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão. Direito de Família*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 212, p. 89-94.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41.
- SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *Didática e Aula em Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Revista de Direito da Faculdade de Direito – UERJ. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 e 1999, n. 6 e 7, p.13-25.
- TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e Método Comparativo. In: *Temas de Direito Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 402-404.

- WALD, Arnaldo. O interesse social no Direito Privado. *In: O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas.- Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.* Gustavo TEPEDINO e Luiz Edson FACHIN (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-101.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo e Crítica ao Constitucionalismo na América Latina.* Fonte: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf> acessado em 03.03. 2012.