



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

GABRIEL DOS SANTOS RIBEIRO SANT'ANA

**DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: a explicitação de um problema e a
superação de um paradigma**

BRASÍLIA

2017

GABRIEL DOS SANTOS RIBEIRO SANT'ANA

**DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: a explicitação de um problema e a
superação de um paradigma**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília UniCEUB
Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

BRASÍLIA

2017

GABRIEL DOS SANTOS RIBEIRO SANT'ANA

**DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: a explicitação de um problema e a
superação de um paradigma**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília UniCEUB
Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília, ____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Pires Gontijo:

Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTOS

O percurso para a consecução deste trabalho monumental foi permeado de várias peripécias e descabros. Lembro-me de acordar em um dia de minhas férias de verão que antecediam meu último ano de graduação e pensar diretamente no percurso que já havia percorrido e que iria percorrer no trabalho. Em um primeiro pensamento já imaginava o cansaço por evidente, mas comecei a pensar no descobrimento que permeava o restante do caminhar, Roma, religião, os mandos e desmandos do Brasil em seu descobrimento e agora.

Dessa forma, comecei a trabalhar de imediato. No início estava basicamente tendo as minhas reflexões embasadas em conclusões a partir da leitura de vários livros, buscando os critérios para as conclusões e viajando nas partições históricas da sociedade. Minha mãe, que embora aprecie a minha dedicação, obviamente não gostou da minha obsessão, que me mantinha longe da família em razão do trabalho extenuante.

Imbuído pelo sentimento de descoberta e espanto pelos conhecimentos ali adquiridos, fui de encontro ao meu querido orientador apresentar o meu primeiro capítulo. Primeiramente, um pouco assustado pelo tamanho do trabalho, que estava apenas na metade, recebi grandes elogios em razão da precisão do trabalho, mas ao mesmo tempo me foi avisado que o nível do trabalho não era de graduação mas sim de uma categoria acadêmica mais alta, o que me deixou mais feliz ainda dado o trabalho árduo que atrevessei dias e dias.

Por fim, terminando o trabalho, tive a sensação de que poderia mergulhar mais, poderia descobrir mais, o mundo não é só isso, o mundo não é em si, o mundo muda, o que é aqui não o é amanhã, e o que é amanhã no ano que vem voltou a ser o aqui, portanto, a busca pelo conhecimento não se dá na ponta, na conclusão que muitos imaginam estática, mas no processo de conhecimento, isso pelo fato que foi no processo de exposição de um determinado conhecimento que foram assentadas as maiores evoluções da sociedade.

Destarte, tenho de agradecer a toda a minha família por suportar a minha ausência na feitura deste grande trabalho, sobretudo a minha querida mãe pela proximidade. Saldar, agradecer e desculpar o meu querido orientador André, por todo o processo na feitura do presente trabalho. Os meus amigos e professores que ajudaram a concluir esse grande trabalho com críticas e elogios que fizeram com que o trabalho se aperfeiçoasse.

RESUMO

O presente estudo, no primeiro capítulo, irá expor os cânones que levaram a criação da classificação do direito em público e privado em sua origem, qual seja, o ambiente romano, que embora não seja a controvérsia que se adversará no presente estudo será importante para entendimento do contexto histórico subjacente. Importa assentar, como ficará claro no desenvolvimento do trabalho, que a classificação entre direito público e privado teve dois fundamentos, um ocorrido em Roma e o outro ocorrido no movimento codificador partido do século XIX francês que se expandiu para o mundo, de modo que este último que será fundamentalmente contido no presente estudo. Ainda no primeiro capítulo será exposta, tendo em vista que a classificação aqui adversada teve dois locais fundamentais como fora anteriormente dito, a forma “revisada” da mesma, que teve o seu fundamento no movimento codificador francês do século XIX. Para que o entendimento a respeito do local de fundamento da classificação do direito em público e privado dita “revisada” fique solidificada, será exposto, sob as balizas filosóficas, o que se entendia por direito naquela época, isto é, as doutrinas de caráter filosófico que discutiam o que seria direito. Entendidos esses fundamentos o debate que se formou será transportado para o Brasil, passando a discussão entre essa classificação científica para as balizas antropológicas brasileiras. Ao final do primeiro capítulo será demonstrado, de acordo com o caminhar histórico da sociedade, os critérios que orientaram a classificação do direito em público e privado. No segundo capítulo serão expostos os fatos históricos considerados como superadores do paradigma que carregou o século XIX sob o seu cunho liberal, peculiarizando-se para o advento, tanto no que se denominou chamar de direito privado como no público, da matéria social, que movimentou a sociedade brasileira com o passar dos tempos, fazendo com que o que se denominou chamar de direito público, assentado na carta constitucional, se expandisse para o campo que se denominou chamar de direito privado, isso por meio dos direitos de cunho fundamental na carta contidos. Ainda nessa pontuação será apontado o movimento contrário que também causa a queda da classificação que aqui está sendo impugnada, ou seja, a incursão do que se denominou chamar de direito privado no direito público, isso por meio da previsão no ordenamento brasileiro de alguns institutos que causam desconforto no âmbito relativamente seguro do momento liberal do século XIX. Em um segundo momento do segundo capítulo expor-se-á as ponderações de cunho filosófico atinentes a mudança de paradigma que se noticiou na exposição histórica, evidenciando o que se denominou chamar de “constitucionalização” em sua feição formal e material, perfazendo verdadeira reviravolta no ambiente jurídico. Por fim, será pontuado, de acordo com o que se construiu no texto, uma conclusão.

Palavras-chave: Direito Público e Direito Privado. Positivismo. Jusnaturalismo. Constitucionalização.

ABSTRACT

The present study, in the first chapter, will expose the canons that led to the creation of the classification of the right in public and private in its origin, that is, the Roman environment, that although it is not the controversy that will be adversely affected in the present study will be important for understanding of the underlying historical context. It is important to note, as will be clear in the development of the work, that the classification between public and private law was based on two grounds, one in Rome and the other in the nineteenth-century French codifying movement that expanded to the world, which will be fundamentally contested in the present study. Still in the first chapter it will be exposed, considering that the classification here adversely had two fundamental places as previously mentioned, the "revised" form of the same, that had its foundation in the French encoding movement of century XIX. In order for the understanding of the place of foundation of the classification of law in public and private law to be "revised" to be solidified, it will be exposed, under the philosophical markings, what was understood by law at that time, that is, doctrines of a philosophical character who argued about what would be right. Once these foundations are understood, the debate that has been formed will be transported to Brazil, passing the discussion between this scientific classification for the Brazilian anthropological beacons. At the end of the first chapter will be demonstrated, according to the historical path of society, the criteria that guided the classification of law in public and private. In the second chapter will be exposed the historical facts considered as surpassing the paradigm that carried the nineteenth century under its liberal character, being peculiar to the advent, both in what is called private and public law, social matter, which moved the Brazilian society with the passing of time, making what was called public law, based on the constitutional charter, expand to the field that was called private law, this through the fundamental rights in the letter contained. Still in this score will be pointed out the contrary movement that also causes the fall of the classification that is being challenged here, that is, the incursion of what is called private law in public law, this through the forecasting in the Brazilian order of some institutes that discomfort in the relatively safe environment of the liberal moment of the nineteenth century. In a second moment of the second chapter we will expose the philosophical considerations related to the paradigm shift that was reported in the historical exposition, evidencing what was called private law in public law, this through the prediction in the Brazilian order of some institutes that cause discomfort in the relatively safe environment of the liberal moment of the nineteenth century. In a second moment of the second chapter, the philosophical considerations related to the paradigm shift reported in the historical exposition will be exposed, highlighting what has been termed "constitutionalisation" in its formal and material form, making a real turnaround in the environment. Finally, a conclusion will be scored, according to what was constructed in the text.

Keywords: Public Law and Private Law. Positivism. Jusnaturalismo. Constitutionalisation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ORIGENS	16
<i>1.1 O DIREITO PÚBLICO, O DIREITO PRIVADO E O DIREITO ROMANO</i>	<i>16</i>
1.1.1 UMA BREVE NOTA HISTÓRICA	16
1.1.1.1 O ambiente de nascença da lei das XII tábuas	16
1.1.1.2 A formação do Corpus Juris Civilis: Um caminho tortuoso ao monumento romano	30
1.1.2 A CONTROVÉRSIA DO DIREITO PRIVADO E PÚBLICO ROMANA E A SUA NÃO APLICABILIDADE ATUAL	46
<i>1.2 OS IDEAIS DA CODIFICAÇÃO E O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: A CONCEPÇÃO MODERNA DO DEBATE E OS SENTIDOS EVOLUTIVOS ANTERIORES AO DEBATE</i>	<i>49</i>
1.2.1 O JUSNATURALISMO	50
1.2.2 O POSITIVISMO JURÍDICO	74
1.2.2.1 O berço francês do positivismo (o legalismo)	77
1.2.2.1.1 a escola da exegese	82
1.2.2.2 O berço Alemão do positivismo (o conceitualismo)	85
1.2.2.3 Direito público e direito privado: formulação atual da controvérsia	90
<i>1.3 O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NO BRASIL</i>	<i>94</i>
1.3.1 DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: MARCAÇÃO	127
1.3.2 O CONTEXTO HISTÓRICO SUBJACENTE A PRODUÇÃO DA INDEPENDÊNCIA INTELECTUAL BRASILEIRA	129
<i>1.4 CRITÉRIOS HISTÓRICOS DE CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO ..</i>	<i>134</i>
2. O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE E O DESCALABRO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO	142
<i>2.1 DIREITO PRIVADO</i>	<i>142</i>
<i>2.2 DIREITO PÚBLICO</i>	<i>160</i>
2.2.1 DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO À TRANSAÇÃO	167
2.2.1.1 O Jus puniendi do Estado e a sua disposição	171
2.2.1.2 A função jurisdicional e a criação de processos inter partes: os negócios jurídicos processuais	175
<i>2.3 A VIRADA PARADOXAL DO SÉCULO: PONTUAÇÕES FILOSÓFICAS SUBJACENTES ..</i>	<i>178</i>
2.3.1 O ESTADO BRASILEIRO E SEUS PROTAGONISTAS: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO ESTADO	179
2.3.2 A EXPANSÃO DA CARTA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A INVASÃO DO DENOMINADO DIREITO PÚBLICO NO DIREITO PRIVADO	185
2.3.2.1 A constitucionalização e a sociedade	186

2.3.2.1.1 a constitucionalização: feição de cunho formal	191
2.3.2.1.2 constitucionalização material.....	193
2.3.2.1.2.1 a descodificação	202
2.3.2.1.2.2 a despatrimonialização	207
2.3.2.1.2.3 a repersonalização	216
2.3.3 EXPANSÃO OU RELEITURA?: A CONCEPÇÃO QUE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DEVE POSSUIR	231
CONCLUSÃO	242
REFERÊNCIAS	252

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir está sustentado em bases históricas, antropológicas, filosóficas e jurídicas do Direito, sendo o objeto principal a análise da classificação do Direito em público e Direito privado nascida no século XIX e a sua reprodução nos dias que correm no Brasil, de modo que a investigação aqui formada irá demonstrar os paradigmas que eram sustentados à época da formação da classificação comparando-os com os dias atuais.

O substrato material do presente estudo repousará na análise da fundação da classificação aqui impugnada em seu berço fundamental (direito Romano), bem como o assentamento de que o seu berço inicial de fato não explicita toda a controvérsia que será confrontada no trabalho. Em um segundo momento, adentrando a classificação surgida no século XIX, formar-se-á a efetiva pontuação classificatória que será vergastada com a explicitação das partições teóricas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, surgidos no ambiente político e antropológico francês com o seu movimento codificador. Além disso, será trazida a ideia do direito público e privado em terras brasileiras, isso de acordo com as suas partições de cunho antropológico e jurídico-histórico, externando a sua evolução e formação de acordo com o movimento codificador que nasceu no âmbito francês.

Portanto, como se pode perceber, o transcurso que aqui será feito possui o objetivo singular de expor o primitivo fundamento do direito no que respeita a sua classificação em público e privado, bem como a pontuação de seus fundamentos sustentadores no âmbito francês do século XIX, sendo que esses fundamentos são trazidos por fim para as partições brasileiras. De modo que isso dará o campo fundamental para que seja fundada a superação da classificação, superando esse paradigma em seu caractere antropológico, jurídico, filosófico e histórico.

Como um sucedâneo lógico do constructo que será feito são apresentados os seguintes objetivos de caráter específico:

1. Apresentar os fundamentos da classificação do Direito em público e privado na sociedade romana juntamente com as suas partições históricas fundamentais;
2. Expor os cânones fundamentais da classificação do Direito em público e privado “reciclada” no século XIX, bem como as matérias históricas, antropológicas e filosóficas que o circundam;

3. Nacionalizar o debate trazendo os fundamentos teóricos da classificação neste trabalho testilhada para o ambiente brasileiro, pontuando a matéria histórica e teórica a respeito da discussão;
4. Trazer, sob o viés analítico, as partições técnicas que fundamentaram, historicamente, a classificação do direito em público e privado, pontuando os critérios mais relevantes para o tema;
5. Demonstrar, de acordo com história brasileira, como a classificação perdeu fundamento jurídico, filosófico e antropológico, apontando, sobretudo, para a incursão do direito público no que era denominado direito privado;
6. Por fim, expor os argumentos de cunho filosófico que sustentam a superação de paradigma vivido no círculo do século XIX, de modo que isso faz concluir, de modo conglomerado, que não há mais fundamento de sustentação da classificação do direito em público e privado nos dias que correm.

A análise que aqui será formada, conjugando os ordenamentos fundamentais romanos, bem como a fundação de suas principais partições que compunham o que se denominava de direito privado, levando a controvérsia para o que se dizia de modernidade do direito no século XIX na França com o movimento codificador, e ainda trazendo o presente debate para as terras brasileiras, nos faz indagar: uma determinada tipologia de classificação surgida em partições paradigmáticas datadas do século XIX, com toda a história que se formou de lá para cá, pode ser sustentada ainda em um paradigma jurídico, filosófico e antropológico totalmente distinto?

Desde já, como um fundamento inicial do debate, pode ser dado, como uma hipótese da resolução do problema, a resposta negativa a supramencionada pergunta, isso em vista de que os limites de possibilidade, bem como as limitações de sentido contidas no âmbito do século XIX – que fizeram nascer a classificação “reciclada” nesse trabalho vergastada– são distintas das dos dias atuais, tanto em seus fundamentos sociais-antropológicos, como em seus fundamentos teóricos-filosóficos, impedindo a reprodução do século XIX atualmente.

No que atine à justificativa do presente estudo, sob o seu viés de cunho empírico-social, importa salientar que o caminhar do dia a dia no âmbito jurídico-social muitas vezes reproduz algumas partições que não são indagadas com mais afinco – como é a hipótese do presente estudo. Dessa forma, o caminhar filosófico da indagação daquilo que para muitos se tinha como óbvio visa trazer criticamente as premissas ao sol, importando na exposição de

paradigmas de cunho filosófico que refletem o comportamento dos indivíduos em determinado momento da vida da sociedade brasileira.

A vida social das pessoas em conflito com as organizações de cunho jurídico que as regulam, são formadas por paradigmas convencionados entre as pessoas. Com a superação da metafísica e a trazida da filosofia da linguagem houve a convenção de que é demandado um *a priori* compartilhado entre os indivíduos que vai definir o que significa cada questão, de modo que esse *a priori* é terminado em paradigmas¹, e que esses paradigmas são, de acordo com o passar do tempo, superados, o que demanda trabalhos mais debruçados de investigação social e teórica como foi o presente estudo.

No que respeita a justificativa de cunho teórico cumpre ressaltar que o desenvolvimento do estudo deverá ser debruçado na análise do direito e seus fundamentos filosóficos no âmbito de século XIX para expor os cânones da classificação que aqui é testilhado, trazendo esses cânones para o ambiente brasileiro, expondo, respectivamente, as questões que atinem a sua formação histórica e antropológica, demonstrando, evidentemente, os paradigmas, bem como a sua superação nos dias que correm.

¹ De acordo com o trascurso de trabalho o leitor poderá perceber, sem embargo de opiniões distintas, que a ideia de paradigma aqui aplicada não se assemelha àquela sustentada pelo teórico Thomas Kuhn, mas sim a noção de paradigma do professor Ernildo Stein, que embora o autor somente se refira a noção filosófica, é extremamente aplicável ao presente trabalho, porquanto a matéria se relaciona exatamente ao pensamento esposado pelo professor em sua construção de paradigma. Em verdade, Thomas Kuhn, ao criar a noção de paradigma estava a refutar a noção de falseabilidade criada por Karl Popper, que por sua vez estava criticando a ideia de verificabilidade criada por Descartes para determinação de uma saber científico. Em síntese, há de se pontuar que a noção de paradigma assentada por Kuhn é na verdade uma crítica a determinação de uma saber como sendo científico. Assim, de acordo com o autor, as ciências estariam, por determinado período de tempo, sendo reguladas por praticas internas que regulam a formação daquele saber científico. O periodo citado, de acordo com a concepção do autor, pode ser delimitado como sendo a ciência normal. Contudo, quando esses pensamentos científicos entram contradição ou então passam a não responder as perguntas que sugem com a prática daquele paradigma, há anaomalias reconhecimdamto naquele paradigma, de modo que se tais anomalias se multiplicarem estar-se-a em frente a uma verdadeira crise do paradigma, demandando a sua resolução. De acordo com as concepções do autor as resoluções, em razão da crise efetiva do paradigma, somente serão resolvidas na superação do próprio paradigma como um todo, até la ainda se aplica o paradigma insuficiente. Tendo em vista os inúmeros questionamentos que a noção de paradigma professada por Kuhn gera, como por exemplo se é um fato fundamtal que irá pontuar superação do paradigma, uma sucessão de atos, ou que os paradigmas são ditados por fora, isto é, pelas condições intersubjetivas de produção do conhecimento, ou ditados por dentro, isto é, o cientista irá “pegar” alguns fatos para justificar a formação do paradigma, impedindo que a evolução seja pontuada por apego excessivo ao paradigma, se é que podemos falar aqui em evolução, e que refogem ao escopo fundamental do trabalho. Por isso, a noção de paradigma aqui sustentada repousa na noção sustentada pelo professor Ernildo Stein, que está explicitada no tópico 2.3.3 do presente estudo e que embora repouse na noção filosófica do termo se mostra inteiramente aplicável ao caso do trabalho. (KUHN, T. S. (1970a). *The Structure of Scientific Revolutions*. 2nd. ed. Chicago, University of Chicago Press. P. 13 e seguintes.) Importa assentar que todo o constructo sustentado pelo professor Kuhn, e que aqui não será a sustentação, está esposado na obra que se citou acima.

É importante destacar que o tema histórico, antropológico e filosófico serão os pontos guias do presente estudo, sendo presente em todos os momentos do trabalho, seja no âmbito brasileiro, seja no âmbito, inicialmente, estrangeiro, isso em vista de que cada determinado sentido explanado no bojo do trabalho se trasmuda de acordo com o correr da história.

No que tange a justificativa de cunho pessoal o presente tema surgiu ainda quando estava caminhando pela biblioteca em meio ao quarto e quinto período do curso de direito e percebi, de acordo com as multifacetadas leituras clássicas que me foram apresentadas nos semestres propedêuticos, que o mundo jurídico, notadamente o brasileiro e europeu, se desenvolveu de maneira bastante expressiva no século XIX, perfazendo diplomas que representavam teorias que se assentavam no momento histórico e social do pensamento jurídico mundial. Após o século XX, chegando aos primórdios do século XXI, embora tenhamos tido uma evolução substancial no que toca ao pensamento jurídico, notadamente o pensamento de cunho filosófico, não houve a reprodução de diplomas jurídicos que representassem essa evolução de cunho fundamental, deixando basicamente intactos os fundamentos produzidos no século XIX, reproduzindo, inclusive, as partições teóricas daquele paradigma.

Tudo isso me causou certo espanto, sobretudo no âmbito brasileiro, que possui um código representativo da classificação guerreada nesse estudo e que foi nascido em um paradigma totalmente distinto do que vivemos atualmente.

Destarte, no decorrer das pesquisas para a confecção da monografia, pude adentrar a história que permeou a elaboração dos diplomas jurídicos brasileiros que representavam a dicotomia classificatória que nesse trabalho se rechaça, expor os paradigmas que vigiam a época da formação da classificação no ambiente francês e no ambiente brasileiro, assentar que os paradigmas anteriores em comparação com os atuais não são correspectivos a ponto de permitir a reprodução de um paradigma já superado representado pela classificação do Direito em público e privado, bem como concluir pelo novo paradigma fundado do direito no âmbito brasileiro, que não agasalha a classificação do Direito em público e privado.

A pesquisa, como já se disse, irá percorrer basicamente momentos históricos, antropológicos e filosóficos vividos no âmbito romano e brasileiro, trazendo também o fundamento da classificação dita “reciclada” surgida no século XIX na França, também com as suas partições de cunho filosófico e histórico. Portanto, levando em conta essa linha de pesquisa, o trabalho será exposto em uma partição zetética, isso em face do questionamento de premissas que se formam dentro de determinado ambiente sistemático, em outros termos, a

razão fundamental não é a formação de dogmas fundados, muitos menos a sua operacionalidade, mas sim o questionamento no que respeita ao limite de sentido do momento em que os dogmas foram criados, isto é, o sentido das classificações e partições normativas que vigiam no momento em que determinada normativa foi criada, sopesando-a com os pensamentos críticos e filosóficos que se fundam no ambiente acadêmico.

Como assenta a mais autorizada doutrina², o direito na verdade não pode ter como objeto fundado os conceitos jurídicos terminados, mas sim o fenômeno jurídico, isso em vista de que o fenômeno jurídico ocorre no medievo entre a criação e existência da norma jurídica em determinada esfera, e a sua conseqüente reflexão com a sociedade, perfazendo, dessa maneira, uma confluência entre a realidade social e jurídica, ao passo que a manutenção do sistema de uma maneira estática, assentando conceitos como seu objeto fundamental, faz com que o fenômeno jurídico, a pretensão de crítica do saber jurídico, caia por terra, impedindo que as relações jurídicas fundadas evoluam, assim como a sociedade fundamental subjacente³.

Desse modo, levando em conta as conclusões do parágrafo anterior, a pesquisa subjacente promove de início uma passagem empírica substancial, levando em conta a pureza de sua formação, expondo os cânones representativos da formação romana, bem como brasileira e francesa. Em um segundo momento, há a análise das disposições fundamentadas nos dispositivos e diplomas legais que são formados, demonstrando a reflexão entre a realidade normativa e a realidade social, fazendo com que a empiria formada primeiramente seja aplicada a realidade social subjacente.

Com as informações assentadas acima pode-se ter o campo para exercer o ofício do filósofo que é no campo analítico, formando-o puramente e aplicadamente na espécie. Assim, o pensamento zetético – pedra de toque da análise do presente trabalho – pode ser fundado no questionamento de opiniões, contrastando-as em seus pedestais inquebráveis antes já assentados (aqui representadas pelo já convencional conhecimento jurídico) para colocá-las em dúvida, mas é importante entender que a colocação da dúvida quanto ao pensamento atual não quer dizer que as novas partições fundantes sejam entendidas como corretas ou estáticas, mas tão só os novos parâmetros para que aquele determinado tipo de conhecimento

² PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A importância de uma teoria (geral) do direito civil*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 143

³ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A importância de uma teoria (geral) do direito civil*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 155 e seguintes.

seja construído, e que é sempre permitido ser revisionado, tendo em vista que os paradigmas, como serão apresentados, mudam de época para época.

Como se verifica da apresentação fundamental do conteúdo do trabalho, não há a “estatização” de somente um campo do saber jurídico como sendo o objeto final do presente estudo, mas uma interdisciplinariedade, que além de ser permeada em vários ramos jurídicos, irá de encontro com outros ordenamentos em épocas distintas, fazendo com que o saber de uma maneira conglomerada seja questionado. Assim, serão destacados, sobretudo, o âmbito jurídico brasileiro no medievo de elaboração de seus diplomas que representavam o Direito denominado privado e público, assentando, em um segundo momento no segundo capítulo, às superações antropológicas da realidade social brasileira, trazendo à baila os argumentos de cunho filosófico que representam a superação de um paradigma que tanto tempo se passou no âmbito, peculiarmente, brasileiro. Toda essa superação se dá, principalmente, em razão do advento da carta constitucional de 88, bem como da nova noção mais acuidada de constitucionalismo, que guarda para o Estado, no que atine aos direitos de cunho fundamental, os direitos sociais, que fazem a tutela do Estado em face do cidadão se modificar de forma abrangente.

Dessa forma, o capítulo primeiro descreverá a origem da classificação do Direito em público e privado, de modo que essa origem se forma em Roma, basicamente na formação da época denominada de *dominato*. Ao final, será assentado que a controvérsia romana não guarda identidade com o que se combaterá no trabalho, porquanto a controvérsia ali formada somente foi o início do que hoje se combate, e outros preceitos que naquela época tinham um sentido e nos dias que correm possuem outro. Ainda nesse capítulo será exposta a classificação que se combaterá no trabalho, qual seja, a classificação que surgira no século XIX, sobretudo no ambiente francês quando a matéria do direito estava sendo entendida como sendo o positivismo jurídico. Portanto, para que seja entendido porque houve a classificação nessa pontuação, será necessária a explicitação subjacente do que significava, para aquele povo e naquelas condições de tempo, a concepção de direito, bem como o que levava a codificação de seu direito, que foi o local em que classificação do Direito em público e privado dita “reciclada” nasceu.

Nacionalizando o debate, ainda no primeiro capítulo, será trazida, historicamente, a noção de Direito privado e público para os contornos brasileiros, tendo em vista que a crítica aqui fundada está sendo direcionada peculiarmente para os cânones brasileiros.

Ainda no capítulo primeiro, serão explicitados, ao final, os critérios que levaram a definir, na história, o que era classificado como público e o que era classificado como privado.

No segundo capítulo, superando a matéria classificatória, serão apresentados os fatos históricos e antropológicos no meio brasileiro, tanto no que atine ao direito público como no que atine ao direito privado, que foram determinantes para que a classificação nesse trabalho rechaçada caia, dando maior ênfase a matéria social que fez a classificação do direito privado e público ruir de uma maneira mais forte, assim como a incursão de algumas matérias no direito público que fizeram a penumbra aumentar. Em um segundo momento serão apresentados os argumentos de cunho filosófico que fazem a classificação surgida no século XIX morrer em face do ordenamentos e dos paradigmas fundados atualmente, peculiarizando para a matéria da incursão do direito público no direito privado representados pelos direitos fundamentais.

No terceiro e último capítulo será feita uma conclusão conglomerada que assenta, por meio da superação dos paradigmas jurídico, antropológico e filosófico do século XIX, que a classificação do direito em público e privado jamais poderá ser sustentada nos dias que correm, ruindo assim como o século XIX ruiu a bastante tempo.

1. ORIGENS

1.1 O DIREITO PÚBLICO, O DIREITO PRIVADO E O DIREITO ROMANO

1.1.1 Uma breve nota histórica

Com a finalidade metodológica inicial, há a necessidade de assentar o que de fato seria o direito romano, tendo em vista a multiplicidade de formas que os juristas vem chamando essa forma de pensar.

O direito romano de fato, em suma, se divide em três fases específicas: (i) a fase de Salvio Juliano, que emanou a lei das XII tábuas, que alcançou mais a frente perfeição inabalável; (ii) a era dos textos de Justiniano codificados, em que o direito romano passa a ter uma *ratio* mais fundada, de modo a ter as suas bases devidamente assentadas, conjugando também as jurisprudências formadas pelos pretores, que como se sabe, elaboravam seus pareceres em tempos remotos, e (iii) a era do direito romano comum, que com o passar do tempo, foi evidenciado como necessário, tendo em vista a multiplicidade de ordenamentos que se sucederam (canônico, bizantino, jurisprudência dos jurisconsultos e etc..)⁴.

A primeira fase desse caminhar, tem basicamente o condão de estabelecer as primeiras formas de organização da sociedade romana, bem como a forma que Roma de fato virá a resolver algumas dissonâncias de cunho jurídico logo após a sua fundação.

1.1.1.1 O ambiente de nascer da lei das XII tábuas

Em um primeiro momento, importa salientar que nessa época, até que sejam editadas a lei das doze tábuas, Roma vivia um tempo denominado *realeza*⁵, que como se sabe foi a fundação de Roma.

A *realeza*, confundida com a fundação de Roma, tem o condão de organizar juridicamente e territorialmente a sociedade que ali se assenta. O seu início já é por demais controvertido, de modo que há alguns que sustentam que os fundadores de Roma foram os

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 72 e seguintes.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7 e 8. V. tb. ROBERTO, Giordano Bruno Soares, DO AMARAL, Isabela Guimarães Rabelo. *Formação Histórica do direito Civil Brasileiro*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 4. V. tb. COSTA, Mario Julio Almeida. *História do direito português*. 3. Ed. Coimbra. Almedina. 2005. P. 174 a 179.

etruscos (povo localizado ao norte de Roma), tendo em vista que muitos de seus costumes influenciaram o povo romano mesmo que o seu idioma nos dias que correm ainda seja um enigma⁶.

Os fundadores de Roma (etruscos) eram conhecidos por ser um povo que conquistava territórios e fundava cidades. Desse modo, a fundação de Roma não foi diferente. Àquele época, o povo etrusco estava a analisar outro território para conquista (o território de Lácio).

Lácio era uma região central da península itálica, que possuía a sua situação geográfica ao norte de Tibre, ao sul dos Montes Albanos, ao leste de Apeninos e a oeste do Mar. Nesse sentido, 400 km de extensão possuía o Tibre. Uma erosão ocorrida fez surgir colinas, Viminal, Capitólio, Palatino, Aventino, Célio, Esquilino e Quirinal, que futuramente fariam parte de Roma⁷.

Àquela época, Alba, como era chamada a cidade em que continham essas colinas, e onde se situava o povo de Lácio, foi rodeada de aldeias, de modo que em Palatino (uma das colinas contidas no território de Lácio) foi o local exato onde nascera Roma *Quadrata*. Ali haviam aldeias pobres assentadas, de modo que o conjunto dessas formavam um tipo de cidadela. Essas aldeias, como já se disse, se organizavam em ligas (que eram a conjunção de várias aldeias), uma delas, Albana, era uma das mais importantes. Contudo, outra delas, a Setemonial, formada por sete das aldeias existentes, foi a aldeia derrotada diretamente pelos etruscos⁸. Quando da entrada e conquista do território pelos etruscos, houve a unificação das aldeias então existentes entre as colinas de Tibre que fundou a *Urbs* (palavra de origem etrusca e que não possui a sua devida tradução). Contudo, os Romanos preferem uma versão mais patriótica da história nescedoura⁹.

Quando da conquista do território de Lácio e da fundação de Roma, os etruscos a fizeram em duas fazes: a primeira foi caracterizada pela drenagem e secagem dos pantanais (*Cloaca Maxima*), e a segunda a denominação da terra de Roma (*Rumon*, que era uma

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.43.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

⁹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 43 e 44.

designação latina para a descrição do rio Tibre à época), bem como a sua organização de cunho político.¹⁰

Nesse momento forma-se a política específica de Roma, que tinha uma divisão bastante simples, dado o seu início primitivo. Desse modo, é importante assentar as características políticas etruscas que formaram esse início primitivo de Roma.

Sabe-se que o povo etrusco era fundado, no que atine a sua estrutura político-social, basicamente no modelo da polis grega, que se unia em torno de uma ideia comum, primando pela monarquia, em que o monarca (rei) reunia todas as funções que eram promovidas pelo Estado e consideradas públicas¹¹.

Destarte, a forma de pensar a ideia política dos etruscos foi replicada a Roma, sua nova terra conquistada, tanto na formação da realeza como em seu entendimento religioso, que embasavam as leis da época, que basicamente tinham o condão de estabelecer uma lei consuetudinária.

Antes de adentrar especificamente as formas políticas da época, mesmo que o rei detivesse maior poder, é importante assentar as classes dos povos que foram se formando naquele território: os patrícios (*gens*), a clientela e os plebeus.

Importante salientar, que no início, assim como eram quando foram conquistados, o povo romano (provindo dos etruscos e promotores de suas ideologias) se organizavam em *gens*, que eram organizações sociais, tribos, e cúrias. Àquela época podemos constituir três tribos [*Ramenes, Tities e Luceres*], de modo que um pouco mais à frente essas tribos se multiplicaram para quatro, bem como a sua divisão se formou de outra maneira – como foi o caso de formar *Palatina, Suburana, Esquilina e Colina*. Essas tribos se compunham de dez cúrias, que como se sabe eram determinados grupos de pessoas que se dividiam e que ali assentavam o seu domicílio.

Na história inicial, há várias teorias sobre as *gens*, contudo, a maioria convencionada que são agrupamento de famílias que tinham um caráter de cunho político, que possui um chefe (*magister gentis*). Aqueles que compunham os *gens* eram denominados de *gentiles*, que assim se assentavam em razão de acharem ser descendentes de um mesmo

¹⁰ PEIXOTO, Matos. *Curso de Direito Romano*. I, 4. ed. n 11. p. 32. *Apud*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

¹¹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 45.

ancestral, e que nesse sentido recebiam o nome de gentilício, por isso, os indivíduos dessa classe social não se vinculavam pelo sangue, mas pelo nome¹².

Grande parte da doutrina entendia que a *gens* fazia parte da teoria patriarcal, em que originalmente existia a família patriarcal, logo após surgindo a *gens*, e depois as grandes cidades-Estados que eram o conjuntos de várias *gens*¹³.

Os *gentiles*, que eram conjuntos de diversas *gentes*, em seu surgimento no Estado romano, poderiam ser denominados os *patriciados*, de modo que durante o período da realeza somente os patrícios, como já se disse, gozavam de todos os direitos que tinham um cidadão romano àquela época¹⁴.

Os indivíduos que faziam parte da clientela mais pareciam com uma espécie de classe de escravos, que por algum motivo perdiam a sua ideia de gente e tinham o seus trabalhos eternos aos *gens*. Desse modo, esses indivíduos se sujeitavam, ou como já se disse, eram sujeitados forçadamente, as dependências das *gens*, recebendo desses indivíduos a devida proteção¹⁵.

Portanto, a clientela era composta de protegidos dos *gentiles*, contudo, se sujeitavam a servi-los no momento em que bem foi por eles entendido, de modo que essa sujeição poderia fazer com que essa classe efetivamente se tornasse um “cliente”. Isso poderia se dar de duas formas: voluntária ou não voluntária, sendo que nos dois modos os clientes deviam obediência e respeito, bem como o fornecimento de sua mão de obra aos *gentiles* se assim por eles solicitado, devendo, em contraposição, os *gentiles* protegerem e assistirem os “clientes”. Faziam parte da classe da clientela vencidos de guerra (deditícios), estrangeiros emigrados e escravos libertados (manumitidos)¹⁶.

Finalmente, a plebe, povo também existentes e pertencente as classes romanas, era constituída por indivíduos não organizados, que viviam basicamente à parte, em uma outra dimensão da sociedade romana.

A sua origem é de um tanto controversa, tendo em vista que logo após a criação e assentamento da gentilícia, os espaços que à época eram denominados econômicos que

¹² POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 46

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

¹⁶ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 46.

se situavam fora das *gentes* foram ocupados por indivíduos denominados comerciantes e artesãos provindos da Estrúria e de vilas latinas. Grande parte da doutrina assenta que esses comerciantes poderiam ser delimitados como sendo o nascimento da plebe. Contudo, os plebeus não possuíam, originariamente, profissão nem dinheiro, e se dedicavam não a uma atividade específica, mas a atividade variadas, que no entanto eram subalterna. Desse modo, formavam um mercado bastante importante para aquela localidade, que ficava submetido às *gentes*¹⁷.

Os plebeus, como se disse, eram indivíduos que viviam em solo romano, mas que não possuíam pátria, ou seja, não podiam exercer os demais direitos civis e políticos conferidos aos patrícios¹⁸. Mesmo que a sua origem, como se mencionou, seja bastante controvertida, acredita-se que essa classe era formada de vencidos que o Estado protegia, os estrangeiros que o Estado mantinha protegido, bem como os “clientes” das famílias patrícias que eram extintas¹⁹.

Entendidos os povos e a sua *ratio* de existência passa-se a organização política da época. A política em Roma era fundada na monarquia, tendo em vista a forma de pensar do povo que a fundou (etruscos). Portanto, a maioria do poder se concentrava na mão do rei, seja o de julgar ou o de executar determinados tipos de costumes – pois àquela época as leis basicamente eram formadas dos costumes como se verá. Desse modo, grande parte do poder daquele determinado Estado se concentrava em mãos do rei.

Contudo, ainda eram divididos, com o fim de dar racionalidade, algumas funções que o Estado possuía: o rei (detentor de grande parte do poder), o Senado e os comícios.

O rei era um magistrado único, que era vitalício em seu cargo e irresponsável por seus atos. Importa salientar que os comícios elegiam o rei que era investido em seu cargo pela *lex curiata de imperio*.

As afirmações em sede de organização política à essa época são bastante duvidosas, mas pelo que se diz²⁰ a sucessão do rei se dava de modo peculiar, qual seja, o Senado (que se falará mais à frente) quando não houvesse indicação do rei para algum sucessor, designaria um senador (*interrex*) para assunção do poder por cinco dias, de modo que se não

¹⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 46 e 47.

¹⁸ BOFANTE. *Storia del Diritto Romano*. Vol. 1 (ristampa dela IV edizione), p. 11. *Apud*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 11.

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.11.

²⁰ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 50.

fosse escolhido um rei até lá era indicado da mesma forma um novo *interrex* sucessivamente até a eleição.²¹

A eleição do rei era feita pelo Senado, que propunha o nome que lhe interessava aos comícios (conceito que se explicará mais à frente) e essa escolha era confirmada pela *auctoritas patrum*²².

O rei acumulava, como já se disse, as funções de caráter judicial, militar, civil, executiva e religiosa, tendo como os seus auxiliares nessas funções o comandante de cavalaria, comandante de infantaria, o *praefectus urbis*, os juizes de crimes de traição, os juizes de assassinios voluntários do chefe de família (*pater*) e os membros do colégio dos pontífices dos feciais e dos áugures²³.

O Senado, que como se sabe é o conselho do rei, eram conselheiros reais, escolhidos dentre os chefes das gentes²⁴, denominados de *senatores*, que eram compostos inicialmente por 100 (cem) indivíduos, mas posteriormente passou a ser composto por 300 (trezentos).

Este órgão era subordinado aos poderes do rei, e por isso somente funcionava a mando desse indivíduo, excetuado os casos de vacância do cargo do rei, em que já se disse, havia a necessidade do *interrex* ficar à frente da realeza por cinco dias, ou até que seja eleito um novo rei. De acordo com a doutrina²⁵ a função precípua do Senado era manter a tradição (*mos maiorum*). Quanto ao caráter dogmático de sua competência, ela se divide em duas: (i) àquela relativa a consulta promovida pelo rei e (ii) àquela difundida aos comícios.

A competência que atine à consulta do rei é basicamente de cunho pessoal, de modo que o rei deveria consultar o Senado nos casos que sejam considerados importantes, contudo, o que seria importante era definido pelo próprio rei, por isso, de caráter pessoal. A competência que toca aos comícios, de acordo com o professor Moreira Alves, era de caráter confirmatório, ou seja, a deliberação dos comícios – que mais à frente saber-se-á o que seriam de fato esses conjuntos de pessoas – para que efetivamente tenham validade necessitavam de

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8.

²² POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 50.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8 e 9.

²⁴ Povo que como já se disse formavam os patrícios, que por conseguinte, possuíam todos os direitos que um cidadão romano poder imaginar, sendo negado aos demais indivíduos de Roma tais direitos.

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 9. V tb. POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. P. 50.

confirmação por parte do Senado, portanto, a passagem pelo Senado tinha o condão de confirmar a deliberação que aquele conjunto de pessoas promoveu²⁶.

Os comícios por cúrias (*comitia curiata*) eram assembleias que o rei em exercício convocava, ou seja, eram reuniões das cúrias. O *populos*, composto pelos patrícios e pela clientela (tendo em vista que a plebe não tinha nenhum direito civil ou político a ser exercido), eram convocados em assembleia pelo rei, ou pelo *interrex* ou pelo *tribunus celerum*. Esse conjunto de classes sociais estavam divididos em tribos, de modo que cada uma das tribos era composta por dez cúrias, que, por conseguinte, comporiam a reunião em assembleia.

As reuniões ocorriam no local do *forum* que se chamava *comitium*, de modo que a nomenclatura *comitium curiatum* vem da ideia de assembleia do povo²⁷. A competência dogmática desses comícios eram a escolha do rei, alteração nos quadros das famílias, dispensa de algumas penas de indivíduos que cometeram delitos e assim foram condenados, manifestação a respeito da declaração de guerra, derrogar a ordem legal do regime de sucessões e a formação e deliberação das chamadas leis regias promovidas pelos reis que seguiam, ou também chamadas de leis curiatas²⁸.

Sob a premissa jurídica, a regência do sistema jurídico que se seguiu àquela época se dava basicamente por leis de cunho consuetudinário, de modo a confundir as ideias religiosas com a ordem jurídica então existente. Portanto, a fonte de direito maior na época inicial romana tinha o cunho consuetudinário, que formava as bases do sistema jurídico dos seus antepassados.

Contudo, há parte da doutrina, debruçada nas ideias do Digesto²⁹, que sustentavam ser à época as leis regias, ou leis curiatas, as fontes principais de direito que seguiam, sendo que essas leis, promulgadas pelo rei e referendadas pelo Senado, formaram posteriormente uma conjunção promovida por Papíro, que reduziu a certa unidade as até então leis devidamente promulgadas pelos reis que passavam pela realeza, de modo que a sua conjunção foi batizada de *ius civile Papirianum*³⁰.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

²⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 50.

²⁸ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 50

²⁹ Livro I Titulo II do Digesto no livro de Pompônio (*libro singulari Enchiridii*)

³⁰ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 62.

Importa salientar, por fim, que a matéria de jurisprudência já existia à época, ficando a cargo dos pontífices, que como se sabe eram bastante religiosos. No entanto, não há como afirmar nessas sociedades arcaicas que a jurisprudência já era devidamente desenvolvida como foi mais à frente, nos restando aqui a afirmação de modo duvidoso no que atine a existência somente, mas não a importância que a mesma viria a tomar mais a frente.

Desse modo, conclui-se a sociedade romana à época primitiva, em sua origem primária, denominado pelo professor Moreira Alves de fase da realeza. No entanto, não se finaliza o tópico referente a formação da lei das XII tábuas, que é o primeiro documento jurídico que possui a relevância no mundo, demandando por parte de nós o prosseguimento na história para desvendar os cânones dessa construção.

Mais à frente nesse andar histórico, chega-se a fase republicana em Roma com a promulgação da lei de Tribúncia, logo após a revolução que se noticiou, saindo todos os reis daquela época de acordo com o Digesto. Contudo, alguns autores dizem que a matéria relacionada a passagem da realeza a república não se deu de maneira rápida, demandando da sociedade um processo. Dispensando, no entanto, qualquer discussão a respeito da matéria que se refere a passagem da realeza à república, nos ateremos a comentar os demais andamentos históricos que seguiram a partir daqui.

Expulsos todos os reis à época, foi constituída uma estrutura política muito mais elaborada e complexa do que se formava na realeza, de modo que os poderes do Estado nessa quadra histórica passam a pertencer a uma quantidade de pessoas maior.

Antes de adentrar ao viés explicativo-histórico da matéria referente ao desenvolvimento da república romana, é de grande importância o conhecimento dos conceitos da época, tendo em vista que a sua aplicabilidade desde muitos séculos não se fala mais. Importante salientar, embora o poder do rei ainda tenha se mantido incólume, que houveram algumas partições de poder que merecem o esclarecimento. Nesse passo, assenta-se, preliminarmente, que o poder antes concentrado no rei foi diluído em dois cônsules máximos, de modo que com o desenvolvimento de Roma este poder, já preliminarmente diluído, passou a se fragmentar na formação de magistraturas subsequentes

A princípio, sob um viés eminentemente dogmático, as magistraturas à época se dividiam em duas: (i) a magistratura ordinária e (ii) a magistratura extraordinária³¹.

³¹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 50.

As magistraturas ordinárias eram compostas por indivíduos permanentes, ou seja, os seus cargos eram exercidos em caráter permanente, que tinha a sua forma e tempo de eleição com previsão expressa em lei. Os indivíduos que eram parte da magistratura ordinária eram preliminarmente os cônsules, e posteriormente os pretores, edis, censores e questores. Já a magistratura extraordinária era composta por indivíduos cujo cargo era transitório, e que a sua passagem por ele se dava em caráter eminentemente abrupto, sendo a escolha de ordem peculiar. São eles o mestre de cavalaria, o *interrex* e o ditador que viria mais a frente.

No que toca aos poderes da época, bem como as formas de decisão dos indivíduos que ocupavam os poderes, temos de destacar: (i) a *intercessio*, (ii) a colegialidade

A *intercessio* era o poder que cada magistratura – que como se verá haviam várias – tinham de anular a opinião e o voto dos demais indivíduos que compunham a magistratura, e pela colegialidade, cada magistratura exercia o seu poder em igual hierarquia às demais.

Em relação as questões de cunho religioso, a matéria divide a magistratura em duas: (i) as magistraturas consideradas maiores e (ii) as magistraturas consideradas menores, o que vai desaguar em mais um conceito muito importante: o *auspicium*.

A magistraturas maiores, eram assim consideradas pois poderiam exercer o *auspicium* também fora de Roma, enquanto as magistraturas menores somente poderiam exercer o *auspicium* internos à Roma. *Auspicium* porquanto, significa, como deixado pelo fundadores etruscos, uma atividade preliminar feita pelas magistraturas a respeito de determinados fenômenos da natureza, ou seja, tratava-se, em suma, de um prognóstico que as magistraturas desenvolviam mediante a observação dos fenômenos da natureza que ocorriam³².

No que se refere, de fato, as autoridades que se constituíam à época, há de se destacar dois pontos: (i) aquelas magistraturas *cum imperio* e (ii) *sine imperio*, o que nos faz perguntar o que seria o *império*.

Imperium pode ser delimitado como uma gama de poderes que os indivíduos que o detinham poderiam se valer, como o de encarcerar pessoas, de condenar as pessoas a morte, convocar os comícios fora de Roma, recrutar e comandar os exércitos de Roma, enfim,

³² POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 51.

vários poderes que eram conferidos, preliminarmente, somente aos cônsules, e depois aos pretores.

Desse modo, as magistraturas *cum imperio* são aquelas detentoras desses poderes de maneira abrangente, podendo praticar todos os poderes acima citados, que compõe o conceito de *imperium*, bem como outros multifacetados poderes existentes. Já as magistraturas *sine imperio* são aquelas que não possuem os aludidos poderes, tais como os questores e censores que viriam a surgir devido ao embate da plebe como se verá.

Terminada a referência aos conceitos da época no que toca a matéria da organização política da república romana, passa-se ao movimento dialético histórico de seu exercício, que basicamente teve a sua marcação pelo embate entre os plebeus e patrícios, resultando na diluição cada vez maior do poder que primitivamente se concentrava na mão de um só rei, e na criação do primeiro diploma jurídico escrito muito importante até hoje para os países que tem o seu direito embasado no sistema romano-germânico.

Em um primeiro momento, como aqui já se fez referência, os poderes que eram exercidos inteiramente por um só rei com o auxílio de alguns indivíduos se biparte para dois cônsules, de modo que esses dois cônsules deveriam ter exercido algum cargo público no decorrer de sua vida serem cidadãos romanos. Os cônsules eram indivíduos poderosos, equivalendo ao que hoje temos nos chefes de Estado dos países republicanos³³.

Mais tarde, os cônsules vão tendo os seus poderes mitigados e transferidos a indivíduos que foram sendo colocados dentro da máquina pública, e que tinham funções específicas primitivamente dos cônsules. Isso se deveu a grande expansão de Roma na história, bem como, e determinantemente, a busca por parte dos plebeus de participação política nas magistraturas e na formação do Estado romano³⁴.

Os poderes que foram sendo retirados dos cônsules, em um primeiro momento, foi a administração das finanças e logo após a administração da justiça. A administração das finanças foi retirada das mãos dos cônsules pela promulgação da lei *Valeria*, que de acordo com esse diploma legal, a administração passaria a dois questores, que eram nomeados pelos cônsules. Essa mesma lei *Valeria*, permitiu que os indivíduos condenados a morte, que como se sabe se dava pelos auxiliares, no caso, dos cônsules, recorressem ao povo

³³ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 51.

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 16.

para revisar tal questão, de modo que os cônsules posteriormente, vendo que o seu poder estava a se esfacelar, designaram, para os julgamentos em grau de apelação, dois indivíduos específicos, os *duoviri perduellionis* e os *quaestores parricidi*, para os casos que eram julgados à época³⁵.

Como se disse, foi criado também a figura do ditador, que como se sabe, fazia parte da magistratura extraordinária, portanto, como aqui também já se afirmou, a magistratura extraordinária é aquela que é transitória, assim, o ditador era o indivíduo componente do povo patrício que poderia por um ato unilateral restabelecer o poder absoluto em um período de aproximadamente seis meses, com a confirmação precedente a deliberação do Senado.

Toda essa desconcentração de poder foi promovida em razão da extrema expansão do império Romano, que à época já atingira muito espaço territorial. No entanto, os cargos de alta patente, circunscritos as magistraturas, restringiam-se aos patrícios, que por derradeira ainda comandavam os rincões do império Romano. Por isso, os plebeus se sentiam devidamente discriminados, e cada vez mais se revoltavam frente a deliberada ausência de poder, que já vinha desde a fundação de Roma à época dos etruscos como se viu.

A revolta por parte dos plebeus tinha uma pauta bastante simples de reivindicações: a melhor distribuição de terras; as supressão da prisão de pessoas em razão de possuírem dívidas; a objetividade do direito (aposição de normas escritas com o fito de segurança); a possibilidade de casamentos mistos entre as duas classes sociais e o acesso as magistraturas³⁶.

Essa indignação por parte dos plebeus fez com que essa classe social ameaçasse a migração dos povos para os Montes Sagrados com o fito de criar uma nova cidade. Contudo, prevendo que isso poderia ser um problema, tendo em vista que os plebeus a época compunham grande parte dos soldados do exército³⁷, os patrícios acordam com os plebeus que haveria a criação de uma magistratura plebeia, que se chamava *tribunato*. O *tribunato* era uma magistratura peculiar que não representava os plebeus, no entanto, era o seu instrumento dentro do poder, que não podia propor nada, mas poderia impugnar tudo como assenta o professor

³⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 16.

³⁶ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 47

³⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 47.

Poletti.³⁸ Da mesma forma foram criados dois cargos para a plebe, que no entanto já existiam para os patrícios mas agora possuíam a devida ocupação por plebeus: os edis, ou como ficaram conhecidos *aediles plebis*. Esses indivíduos eram responsáveis por trabalhos materiais dentro do império romano, tais como provisionar a cidade, a segurança pública, policiar o mercado, o tráfego urbano, conserto de edifícios e monumentos à época, enfim, tarefas de caráter material. Com a possibilidade que foi aberta aos plebeus de ter dois desses indivíduos a seu controle no império romano, o seu trabalho era basicamente executar as ordens dos tribunos e guardar o templo de Cérus, local que continha os arquivos plebeus³⁹.

Foi nessa movimentação bastante substancial que a luta por um direito escrito teve início. Os plebeus demandavam a matéria apostada em letras que poderiam externar segurança de suas práticas, e nesse caminho que a Lei da XII tábuas estava por vir.

Como se disse, por mais que os tribunatos fossem uma forma de controle por parte dos plebeus no império romano, o acesso de fato ao poder não era conferido a eles, nem nas magistraturas tradicionais, muito menos na posição de cônsules. Contudo, os patrícios, ferrenhos em suas posições de cunho elitista, criaram o tribunato consular⁴⁰. Tratam-se de órgãos com atribuições bastante parecidas com àquelas que se referem ao tribunato comum, mas que eram constituídos de vários tribunatos consulares em que indivíduos eram eleitos diretamente pelos plebeus.

Imbuído desse mesmo sentimento de poder, em 367 a. C, a plebe conseguiu atingir o maior patamar de poder dentro de Roma: possibilidade de se tornar cônsul. Isso ocorreu devido a edição da *Licinia de magistratibus*, uma lei que possibilitava a aludida eleição, quebrando com anos de opressão por parte dos patrícios. Tal lei também possibilitou que sejam os prisioneiros por dívidas libertos, bem como a fixação das terras aos plebeus pobres. Nesse momento grande parte da doutrina⁴¹ assenta que a posse era um direito dos patrícios, enquanto que a propriedade foi um direito criado aos plebeus, em vista da segurança que conferia.

Contudo, os patrícios, na evidência de sua diluição de poder cada vez maior, começam por retirar os poderes que eram tão concentrados nas mãos dos cônsules, criando

³⁸ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 52.

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 16.

⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 16. V tb. Lozano, // *Potere dei Tribuni della Plebe*, Milano, 1983.

⁴¹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 47.

cargos que são somente à eles reservados. Algumas das funções retiradas da posição de cônsule foi a justiça que dirimia conflitos referentes a matéria de julgamento de estrangeiros e romanos, bem como a matéria que se refere ações penais e civis circunscritas às controvérsias dos estrangeiros. Essas duas funções são diluídas nos cargos ocupados pelos pretores a edilidade curul, que como se disse, só podem ser ocupados por patrícios. No que toca a matéria religiosa, os plebeus conseguiram acesso a escola dos pontífices e dos águres.

Desse modo, a igualdade de cunho jurídico e social atinge de maneira assentada essas duas classes, de modo a expungir todo e qualquer tipo de desigualdade (mesmo que os patrícios nunca pudessem ocupar um cargo que foi destinado aos plebeus). Com isso, surge uma nova classe de aristocracia: os *nobilitas*, que de acordo com a história, seus antepassados ocuparam grande parte dos cargos destinados primitivamente aos plebeus⁴².

Nesse sentido, com o caminhar da história e das vitórias por parte dos plebeus, a Lei das XII tábuas nasce em meio a uma processo duvidoso e tormentoso.

Em primeiro lugar cabe assentar algumas fontes que o sistema jurídico romano possibilitava, que na verdade não teve muitas modificações desde a época da realeza, com exceção do advento da Lei das XII tábuas.

Como se assentou à época da realeza, os costumes eram a maior fonte do direito, sem embargo das impugnações feitas pela existência das leis régias. Nos tempos destinados a república os costumes se mantiveram íntegros, com algumas gradações de eficácia, mas sem maiores modificações internas. A lei, que começa a existir de fato na república romana, tinha a sua guarida legal em alguns diplomas específicos: a *lex rogata*, *lex data*, *leges rogatae* e a Lei *Abutia*. A *lex rogata* era proposta pelo magistrado e deveria ser aprovada por um dos comícios, ou por um tribuno da plebe, de modo que esse diploma legislativo possuía a estrutura interna composta pelo *index*, a *prescriptio*, a *rogatio* e a *sanctio*. O *index* era composto pelo nome do gentilício que a propôs, bem como o objeto da legislação de forma resumida; a *prescriptio* continha o nome e o título do magistrado que propôs o referido diploma legislativo, a tribo que votara em primeiro lugar, bem como o local e o dia em que foi votada a presente lei; a *rogatio* era o local em que o conteúdo da lei subjacente estava disposto; e por fim, a *sanctio* era a sanção, a punição, a pena que seria imposta a quem viesse a quebrar a referida lei⁴³.

⁴² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 17.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 24.

A *lex data* era um diploma legislativo que o magistrado editava em razão do poder que os comícios haviam conferido a ele.

Nessa marcação assenta-se exatamente o momento em que a Lei das XII tábuas nasce, pois esta era uma das leis que possuíam a *ratio* debruçada na ideia da *lex data*, no entanto, a sua elaboração foi realizada de uma maneira um pouco peculiar, tendo em vista a sua importância e substância na história e na quadra de revolução vivida por aqueles povos⁴⁴.

A Lei das XII tábuas, como se disse, sugiu de uma demanda por parte dos plebeus de segurança do direito, de saberem de fato o que seria proibido ou não, sem deixar que tal acepção fique às mãos dos indivíduos que detinham o poder. Nesse sentido, já depois da expansão do poder dos plebeus dentro da política romana, e a instituição dos tribunos, Terentílio Arsa, um tribuno da plebe, propõe que seja criada mais uma magistratura: os *quinqueviri*. Esses indivíduos deveriam ser formados no número de cinco, e ficariam com a incumbência de elaborar o código da plebe, tendo em vista que se tratava de uma das maiores reivindicações da pauta plebeia. Contudo, os patrícios perceberam que isso poderia prejudica-los, pois a plebe iria criar um direito autônomo somente para o seu povo, em vista de sua independência política com a formação dos poderes das magistraturas e de uma assembléia representante de seus interesses. Os patrícios concordam com a propostas, no entanto, que seja a nova magistratura composta de dez membros, e que a codificação fosse aplicada não só aos plebeus mas também aos patrícios. Posteriormente, três dos membros dessa magistratura viajam à Grécia para a observação dos sistemas que foram ali utilizados, em vista da extrema evolução da sociedade grega⁴⁵.

Na volta para a casa, são eleitos dez membros chamados decênviros, que no interregno de um ano elaboraram um código circunscrito em 10 tábuas de marfim, contudo, havia a ideia de que aquelas tábuas estavam incompletas, portanto, foi eleito um novo decenvirato que elabora mais duas tábuas, terminando assim o primeiro maior monumento romano⁴⁶.

Embora haja o advento da Lei das XII tábuas, perfazendo uma certa vitória por parte da plebe na sua reivindicação pela certeza do direito, os capítulos que seguiram daquele momento não foram dos melhores para essa classe social, uma vez que, como se verá, os plebeus não tiveram a prometida igualdade. Portanto, pode-se entender, no aspecto

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 24 a 29.

⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 26.

⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 26 e 27. V tb. POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 62.

atropológico do termo, que a partir daquele momento a plebe não havia vencido a sua guerra contra os patrícios (entendida guerra no sentido romântico do termo), mas havia acabado de começar uma batalha de classes bastante substanciosa, que desaguaria em varias fases do processo civilizatório de Roma.

Importante salientar, por fim, que a chamada jurisprudência já existia à época, no entanto, o seu desenvolvimento de fato, que será onde de fato nasce a ideia de direito público e privado, foi posterior à república, tendo em vista que Tibério Curancânio, plebeu que chegou a ordem de pontífice pela primeira vez, abriu a primeira escola de direito, que na verdade era baseada na ideia do chamamento dos alunos para que as consultas públicas promovidas pelos professores fossem escutadas, em momentos posteriores. Isso será a matéria devidamente discutida em tópico mais à frente.

1.1.1.2 A formação do Corpus Juris Civilis: Um caminho tortuoso ao monumento romano

A república desse modo tem o seu fim, pondo termo as primeiras duas eras do direito romano (a realeza e a república) que compuseram a história até que o primeiro monumento legislativo-jurídico romano tivesse o seu advento.

Este momento de Roma é marcado por algumas batalhas bastante emblemáticas e por homens que aspiravam poder. Os homens eram César, Pompeu, Otaviano e Marco Antonio.

O regime republicano, nessa acepção, cai em face dos poderes bastante substanciosos que se deram ao império. Nesse sentido, com a reforma promovida por Mário em Roma, a organização militar até então existente ficou com um poder bastante substancioso em suas mãos, tendo em vista que o exército romano poderia livremente recrutar soldados recebendo o seu juramento para que façam parte dos ditames e dizeres do exército. Portanto, houve uma adesão e fidelidade por esses indivíduos de maneira superlativa, ocasionando em um poder tremendo. Sila, foi o primeiro que se utilizou dessa força na sociedade romana, de modo que usou desse poder para que haja a dominação política interna daquele império, entre 82 e 79 a. C⁴⁷.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 30 e seguintes.

Nesse interregno, Sila, que já tinha se utilizado do poder, promove uma ditadura de fato nos rincões romanos, fazendo com que haja multifacetadas reformas políticas ao seu mero dissabor.

Contudo, o final de seu período ditatorial não cai em face de algum fato externo a ele, mas sim em razão de sua própria e espontânea vontade, de modo a deixar os cânones de poder em 79 a. C.

Depois desse período ditatorial, exsurge em Roma um tempo bastante anacrônico, tendo em vista que a população romana já havia passado por uma república, uma realeza e uma transição de cunho ditatorial militar, que por mais que tenha sido pequena representou uma expressiva fragilidade do sistema político romano.

Em 60 a. C, criasse o primeiro triunvirado, que era uma conjunção de indivíduos que se reuniam com o fito de governar o império (aliança política), e exercer os mesmos papéis da magistratura, contudo, tratou-se de um grupo de caráter particular, que era formado por Pompeu, Cesar e Crasso.

No entanto, Cesar e Pompeu aspiravam o poder de maneira diferente, gerando assim grande discussão entre os Estadistas romanos. Cesar, aspirava o poder para instaurar uma monarquia absoluta, dominando os rincões romanos. Já Pompeu, aspirava o poder de uma maneira peculiar, qual seja, conquistando o império romano precedido de uma autorização do Senado. Ambas as posições podem ser resumidas na formação do *dominato* e do *principado*, sustentados sucessivamente por Cesar e Pompeu⁴⁸.

Com o caminhar do tempo, Cesar, desrespeitando toda e qualquer forma de licenciamento para as suas tropas, atravessa Rubicão⁴⁹ até chegar a Roma, e Pompeu, com os demais magistrados e senadores que apoiavam a sua ideia de cunho político, se retiraram para Tessalônica⁵⁰. Com a pressão de Cesar após um ano de batalhas, há a derrota de Pompeu e a prosperidade de Cesar na batalha que ficara conhecida como Farsália⁵¹, de modo que Cesar

⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 31.

⁴⁹ Na época romana, debruçada na república, tratava-se de um curso d'água que se situava ao nordeste da península itálica. Na época era um curso d'água que ficava em local estratégico, de modo que era vedado por lei a travessia desse rio, bem como o trânsito em suas dependências.

⁵⁰ Cidade portuária grega que naquela época poderia ser denominada como uma das mais importantes no quesito econômico para o território.

⁵¹ Tratou-se, sobretudo, de uma das mais importantes batalhas civis no império romano, que como se viu, logrou-se vencedor Cesar.

assenta a sua vitória de maneira mais superlativa quando os indivíduos partidários de Pompeu são por ele derrotados.

Contudo, nos anos que se seguiram, Cesar passou a ser caçado, tendo em vista o seu vasto poder e influência, de modo que é assassinado no interregno entre 48 e 44 a. C. Pós morte de Cesar, o império romano fica bastante agitado, em vista da grade revolução nas formas políticas que ocorreram em um espaço tão curto de tempo. Desse modo, cria-se uma nova magistratura agora de caráter publico: *segundo triunvirato*. Que da mesma forma do primeiro era uma aliança política em suma entre Otaviano, Marco Antônio e Lépido⁵².

A formação dessa aliança política em Roma deu aos três indivíduos poderes excepcionais, isso em vista da grave crise que Roma passava depois da morte de seu imperador. Otaviano era filho adotivo do imperador assassinado, que por conseguinte aspirava muito poder de forma similar ao pai. Lépido e Marco Antonio, eram os comandantes à época.

Durante o início do triúviro, Lépido perde a sua autoridade dentro da aliança, tendo em vista a sua grande passividade, passando Marco Antonio e Otaviano a aspirarem o poder, de modo que estes dividem o poder mediante a divisão do oriente e o ocidente entre eles⁵³.

Com o passar do tempo, tendo em vista a grande rivalidade dos dois triuinatos, em 31 a. C, Otaviano derrota Marco Antonio na batalha que ficara conhecida como Ácio. Desse modo, Otaviano vai conquistando as magistraturas que seguiram, sendo conferido a ele a *tribuna potestas* nos anos 30 a. C, de modo que em 29 a. C, Otaviano obtém o título de *imperator* por parte do Senado, o que lhe conferia a possibilidade de ser herdeiro direto de Cesar, o que não lhe era anteriormente possibilitado. Por fim, finalizando os títulos que lhes foram conferidos, em 28, a. C, foi concedido o título de *princeps senatus*⁵⁴.

No ano subsequente, em 27 a. C, o *principado*, na sociedade de Roma, é efetivamente declarado, desse modo, diante da formação àquela época do Senado, o então imperador Otaviano depõe os poderes dessa função. Contudo, o Senado suplica mais tarde ao imperador a constituição de seu poder, o que é prontamente atendido por Otaviano, no entanto, com a imposição de duas condições: (i) a primeira se referia a necessidade de divisão entre o Senado e o Imperador das províncias então existentes – o que será explicado mais à frente - (ii)

⁵² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 32.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 32.

⁵⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 32.

e a segunda, a limitação dos poderes extraordinários do Senado a um interregno de dez anos. Por fim, importante salientar, na quadra desse ano histórico para Roma, que o Senado conferira o título de *Augustus* a Otaviano. Esse título concedido a Otaviano, representava mais do que uma questão que atine a matéria de cunho formal, pois a palavra *Augustus* é derivada da palavra *augere*, que significa “aumentar”, de modo que acredita-se que esse nome e título tem maior conotação religiosa que outras questões, portanto, o Senado, ao conceder esse título a Otaviano, acreditou que a mudança de nome também representava uma mudança dos tempos de seu império, tendo em vista que até ali utilizou de métodos bastante macabros para que atinja o seu ideal⁵⁵.

Portanto, e desse modo, o império romano passa a ter um indivíduo biologicamente igual, no entanto, a forma que se tem para o tipo de governo muda de maneira drástica, representando tempos que viriam mais calmos em Roma, depois da tempestade de guerras precedentes.

Augustos (Otaviano depois do título que recebeu por parte do Senado), posteriormente a uma doença o atingir, decide por renunciar ao consulado, contudo, queria manter certa formação de poder e influência dentro da política, por isso, celebra o chamado “segundo pacto” com o Senado, em que Augustos recebe o proconsulado sem limitações até então impostas pela república, de modo que exercia com isso a magistratura em toda a extensão romana, sendo a sua posição de *princeps* mantida como o comando geral do exército, conjugando a *tribunicia potestas*, que conferia-lhe a inviolabilidade pessoal e a possibilidade de vetos a magistratura republicana⁵⁶.

Desse modo, o andar de cunho político ao tempo de *principado* romano se finaliza, cumprindo a nós observar, no presente momento, as matéria que atinem ao arcabouço político-administrativo à época (instituições e suas estruturas), para então adentrarmos de forma bastante sucinta e singela na matéria que se refere as fontes legais então existentes.

A forma de governar promanada pelo *principado* é bastante peculiar, tendo em vista que quase se assemelha a uma monarquia, no entanto, não a é por algumas características e a existência de alguns indivíduos no âmbito do império romano. Desse modo, há vários autores que entendem ser o *principado* um caminho que está entre a monarquia absoluta e a república. No entanto, vejo, assim como o professor Moreira Alves, a posição de

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012 p. 32.

⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 32.

que seria uma diarquia, em que o príncipe de um lado e o Senado do outro conseguem promover uma forma de governo bastante recíproca e harmônica como a melhor opção de conceituação. Essa posição, como já se disse, é compartilhada pelo professor Moreira Alves com mais acuidade e mais autoridade⁵⁷.

Retirada qualquer questão de controvérsia a respeito da forma que determina a conceituação dessa tipologia de governo, é de consenso amplo que há, na esfera do *principado*, uma nova instituição: as províncias. Com as conquistas e expansão do império romano em seu quesito territorial, houve a necessidade de criação de novas formulações de caráter técnico, tendo em vista que a concentração do poder, notadamente para a administração, se tornava impossível, dada a ampla marcação territorial. Nesse sentido, saindo dos rincões da península itálica, Roma vai se expandindo e formando províncias cada vez maiores e em maior quantidade. Àquela época as províncias poderiam ser divididas entre as *senatorias* e *imperiais*, de acordo com a regra impositiva que Otaviano havia fixado ao Senado quando reconstituiu seus poderes⁵⁸.

Nas províncias de caráter senatorial, o governo é exercido pelos procônsules, que exerciam as funções ao qual foram designados por aproximadamente um ano, tendo como seus auxiliares os legados e um questor⁵⁹. Nessas províncias a forma de governo era similar a adotada às épocas republicanas⁶⁰.

Já nas províncias de caráter imperial, que por conseguinte, eram de número maior, tendo em vista o acordo de Otaviano com o Senado, a administração era promovida pelos *legatti Augusti* (legados de Augusto), que como se disse, constituiu parte do “segundo acordo” entre o Senado e Augusto quando este renuncia ao consulado mas querendo manter a sua parcela de poder. Os *leatti Augusti* eram nomeados por tempo indeterminado pelo imperador, que era auxiliado por um *procurator* e pelos *comites*⁶¹.

Como se viu anteriormente, ao tempo da realeza e da república em Roma, a sua estrutura política era resumida na atuação do Senado, da magistratura e posteriormente na

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.p. 32 e 33.

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012 p. 33 e seguintes.

⁵⁹ “Os questores (originariamente, *quaestores parricidii*) eram agentes subalternos escolhidos pelos cônsules para funcionar na instrução dos processos e nos julgamentos dos casos sujeitos à *provocatio as populum* (espécie de recurso ao povo, quando a condenação era grave, como nos casos de pena de morte). POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.53.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 33.

⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 33.

formação dos cônsules, pretores e demais magistraturas que foram surgindo. Nessa quadra, cumpre assentar qual a formação dessas atuais instituições no âmbito do *principado*, tendo em vista a sua relevância prática ao final para o tema.

Com efeito meramente didático, é importante sistematizar as instituições que serão demonstradas de maneira sucinta. São elas: (i) a magistratura; (ii) o senado; (iii) os comícios e (iv) o *princeps*.

Em primeiro lugar, a magistratura, que desde a realeza era incumbida da mais alta fonte de poder do império romano, durante os rincões do *principado*, e como já sabido por nós, teve o seu poder fragmentado de maneira superlativa, em vista da intransigência dos patrícios em ver os plebeus com alta concentração de poderes. Por isso, já à época do *principado*, a magistratura era por demais fragmentada, tendo a sua composição debruçada no Consulado, Pretura, Censura, Questura, Edilidade curul e da plebe e Tribunato da plebe⁶².

O consulado, já ao tempo da república romana, foi a primeira fragmentação do poder do rei, em que as demais funções ficaram adstritas a dois cônsules, que àquele tempo no âmbito da política romana era a suprema das demais funções. Contudo, na seara do *principado*, o consulado existia com os poderes bastante reduzidos, em vista da enorme fragmentação da magistratura que seguiu à época posterior a república romana. Desse modo, o consulado passa a ter a sua função basicamente desenvolvida somente dentro do território italiano e sem o exercício do poder do comando militar, adstringindo os seus poderes a *tribunicia potestas* do então príncipe, e passando também a manter a sua atuação a lapsos temporais cada vez mais reduzidos que um ano, como o era primitivamente, passando inclusive a sua formação de seis meses de atuação⁶³.

A *censura*, formada pelos então colocados censores, na época da república era uma das funções mais respeitadas, pois faziam com que os costumes sejam efetivamente controlados, policiando-os e organizando o censo, importando em funções de cunho tributário e militar de grande relevo, de modo a organizar as finanças públicas, projetando as formas que o Estado iria atuar naquela seara, arrecadando valores para tanto. Ainda importante mencionar que poderiam os censores retirar senadores de seus cargos⁶⁴. Contudo, na sociedade romana ao tempo do *principado*, os censores passam a desenvolver funções eminentemente de cunho

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 33 e 34.

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 33.

⁶⁴ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.52.

material, tais como a elaboração de uma lista de cidadão residentes em Roma, de modo que mais à frente os censores passam a não ser mais uma magistratura autônoma, isso entre o período de 81 e 96 d. C⁶⁵.

O Tribunato da plebe, ícone da imposição feita pelos plebeus quando ameaçaram a criação de uma cidade com a sua emigração da cidade de Roma, perde a sua importância durante o *principado*, reduzindo as suas funções a caracteres eminentemente administrativos, tais como a de vigiar as sepulturas de Roma, passando o imperador a exercer as suas primitivas funções⁶⁶.

A *pretura*, formada pelos múltiplos pretores que foram surgindo com a história romana, durante *principado*, não deixam de exercer as suas funções de cunho primitivo desde de sua existência à época da república, quando da fragmentação do poder inclusive dos próprios cônsules. Portanto, as funções, criadas em decorrência da insurgência do patriciado de ver os plebeus exercendo funções do consulado, se mantiveram com o *praetor urbanus* (designado para a jurisdição que atine aos romanos propriamente ditos), e o *praetor peregrinus* (designado pelo cônsule para as funções de julgamento dos estrangeiros)⁶⁷. Contudo, o *praetor peregrinus* passa a não existir, de modo a sugirem algumas outras classes de pretores que exerciam competências de cunho específico⁶⁸.

A *Edilidade curul* e os *aediles plebis* são aqueles indivíduos já existentes ao tempo da realeza que, no entanto, somente tinham a representação dos patrícios, que desenvolviam atividades de cunho material, qual sejam, segurança pública, tráfego urbano, enfim, funções que são desenvolvidas, como já se disse, em uma esfera de cunho material, de modo a existir primitivamente os *aediles curules*, e depois, com a ameaça dos plebeus de formar uma nova cidade, os *aediles plebis*⁶⁹. No andar da história, esses indivíduos, quando da vigência do *principado*, foram reduzidos ao número de seis, de modo a se dividirem em três categorias: *edis curis*, plebeus e *ceriales*. Contudo, com o passar do tempo, a edilidade deixa de existir em razão da conveniência dos imperadores subsequentes, até que aproximadamente no interregno transcorrido entre o século II e III d. C, a edilidade se extingue⁷⁰.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. P. 34.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 34.

⁶⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.52.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 33.

⁶⁹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.52.

⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 201. P. 34.

Finalmente, os questores, que à época promovida pelo república eram indivíduos escolhidos pelos côsules para instruir os processos que eram submetidos à *provocatio ad populum*, que eram os casos de indivíduos condenados a morte que recorriam ao povo, ou outras classes dessa magistratura subalterna que tinham alguma função nos tribunais da época⁷¹, no âmbito do *principado*, exercem papéis ainda de cunho subalterno, como secretário do príncipe e demais funções nesse sentido⁷².

O Senado à época do *principado*, como uma função de grande importância entre os poderes da política de Roma, passa a ser submetido de maneira superlativa aos poderes do imperador, não perdendo no entanto, a sua posição de poder consultivo do imperador. Com o passar do tempo o imperador retira os poderes de cunho externo dos Senadores, qual seja, o de poder atuar positivamente frente ao imperador, passando, contudo, a ser titular dos poderes de legislar e de eleger alguns membros de alto escalão do império romano⁷³.

O outro órgão que fazia parte da estrutura política romana à época são o comícios, que conjuntamente com o Senado exerciam determinado papel de cunho legislativo dentro da sociedade romana. Os comícios, que desde a época da república eram entedidos como sendo os locais de reunião do povo para as suas reuniões com o fito de tomar decisões importantes, de modo que não era assegurado espaço aos plebeus o que foi suprido posteriormente, passam, naquela época, a deliberar matérias multifacetadas em sua reuniões.

No âmbito do *principado* os comícios passam a perder as suas prerrogativas e as suas atribuições, de modo que conseqüentemente os seus poderes são esfacelados, passando grande maioria de suas antigas funções ao *principis* imperador à época de Augustus. Nessa acepção, os poderes judiciários, legislativos e eleitorais são efetivamente retirados de suas mãos, de modo que sua função única e principal ficou sendo a aprovação de *Lex imperio*, proposta pelo Senado que atribuía os conseqüentes poderes ao *princeps*⁷⁴.

O aparato jurídico que era estabelecido à época repousava nas mesmas questões que se desenvolveram na república, com peculiaridades atinentes ao desenvolvimento maior da jurisprudência, e uma maior complexidade no que toca aos diplomas positivo-jurídicos após a edição ao tempo da república da lei das XII tábuas.

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 53.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 34.

⁷³ C. Longo e Scherillo, *Storia del Diritto Romano*, p. 250, Milano, 1935. *Apud*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 34.

⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 34.

Inicialmente assenta-se que os costumes ainda faziam parte da seara do direito romano, em vista da criação assente desse sistema que sempre se embasou por suas práticas reiteradas de vivência. Contudo, nas épocas destinadas ao *principado*, os costumes, como eram entendidos primitivamente, perderam a sua importância perene, pois com a evolução da jurisprudência, o pretor poderia colocar esse costume em seu edito – que falaremos mais tarde o que significa esse instrumento jurídico – virando dessa forma lei positiva⁷⁵. Contudo, esse período foi marcado por certa evolução técnica-teórica no que toca a matéria dos costumes. Isso se evidencia com os estudos de Gallo, em que o fundamento do costume seria na verdade um consentimento do povo, possibilitando nesse sentido a contraposição à lei positiva, portanto, seria um consentimento tácito do povo⁷⁶.

Nessa acepção, as fontes do direito romano, como se disse anteriormente, se multiplicaram de maneira expressiva, havendo o advento: dos editos dos magistrados pertencentes as magistraturas que ainda restaram, as leis que eram propostas pelo imperador Augustos para a aprovação dos comícios, as respostas promovidas pelos jurisconsultos em sinal da evolução cada vez maior da jurisprudência à época, algumas competências do Senado anteriormente que perfaziam a criação de lei mas que no entanto foram minoradas pelo imperador Augustos, enfim, uma multiplicidade de fontes que constituíam o ordenamento jurídico de roma na época do *principado*⁷⁷.

Os editos dos magistrados, já bastante engessados, quase não tinham inovações, isso em vista da sua sistematização quase perpétua à época de Sálvio Juliano, com a fixação no Edito Pérpetuo. As leis comiciais, somente com seu uso na época de Augustos, passam ao desuso com o tempo, isso na época de Tibério, Claudio e por fim Nerva. Os chamados Senatuconsultos, como já se disse, eram as deliberações promovidas pelo Senado, que no entanto, não eram de fato consideradas leis em sua gênese interna. Passando ao *principado*, as deliberações do Senado passam a ser consideradas de fato fontes de direito, em face da grande perda dos poderes dos comícios e da grande expansão da propositura para a deliberação de propostas de leis pelo imperador.

⁷⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 36.

⁷⁶ Gallo, *Interpretazione e Formazione Consuetudinaria del Diritto*, p. 55 e ss. Torino. 1971. *Apud*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 36.

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. P. 36 a 40.

Contudo, na acepção que se fixou anteriormente, as fontes legais à época do *principado* tiveram mudanças expressivas no que toca a dois pontos principais: (i) a existência das constituições imperiais e (ii) o desenvolvimento crescente e expressivo da jurisprudência.

As constituições imperiais foram evoluindo e existindo de maneira gradativa, isso em vista da grande concentração do poder nas mãos do imperador com a extinção de algumas magistraturas. O imperador recorrentemente infringia no processo de criação da lei, seja na interferência no processo submetendo ao Senado determinadas propostas, ou nesse caso, com a instituição dessas constituições⁷⁸. As constituições imperiais nada mais eram do que atos formais em que o imperador promovia algum preceito jurídico específico, fazendo com que os demais indivíduos de Roma se submetessem aqueles preceitos. Esses atos formais na verdade e preliminarmente não tinham o fito de criação legal, todavia, essas eram consideradas preceitos normativos quando indicavam um preceito jurídico de ordem nova na acepção romana, sejam os editos, mandatos, rescritos ou decretos⁷⁹.

Na segunda fonte jurídica à época do *principado* que teve a sua evolução expressiva, foi a jurisprudência. Essa forma de fonte legal tinha a sua guarida formal basicamente circunscrita aos editos emitidos pelos pretores quando da interpretação de determinado preceito legal ou controvérsia que vislumbravam. Contudo, a maior evolução no que diz respeito a jurisprudência foi a trazida dos chamados jurisconsultos, que eram particulares que respondiam consultas promovidas por particulares que estavam em litígio, ou então as solicitações promovidas por magistrados ou juízes.

Durante o *principado* Augustos concede a esses particulares jurisconsultos a *ius respondendi ex actoriate principis*, que possibilitava que as respostas concedidas a esses juristas tivessem mais peso quando de sua emissão. Nesse sentido, ao passar à época do imperador Adriano, esse poder foi concedido a esses juristas não só enquanto emitiam as suas respostas aos casos concretos, mas também quando emitiam as suas opiniões de cunho doutrinário. Portanto, nessa acepção também havia vinculação dos magistrados no julgamento de casos concretos quanto a opinião dos jurisconsultos, que no entanto, caíam quando houvesse divergência do magistrado aplicador⁸⁰. Na acepção desse período é importante salientar, somente com o fito embasado em questões de cunho bastante conceituais, que à época do *principado* existiam duas escolas principais de jurisconsultos: os Proculeianos e os Sabinianos.

⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 38.

⁷⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 38 e 39.

⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 39.

Não se sabe ao certo qual era a diferença entre essas escolas, se era tão somente uma divergência entre instituições ou, de acordo com parte da doutrina, a afirmação de que os Proculeianos eram mais inovadores e progressistas, já os Sabinianos eram mais conservadores⁸¹.

Portanto, a matéria que se refere ao *principado* em sua acepção firmada nos parágrafos precedentes, possuem uma conotação debruçada em concentração de poder, em que as demais formas de promover e gerir o império romano formadas à época da república dão espaço a concentração de poderes em um indivíduo.

Saindo da época denominada *principado*, em que pode-se chamar de a época dos imperadores, chega-se ao *dominato*, contudo, a sua chegada foi por demais tortuosa, não como as guerras estabelecidas na transição da república para o *principado*, mas com instabilidade de poder, basicamente, com a instabilidade de uma certa ideologia dos imperadores.

Em meados do século III d. C, o imperador Alexandre Severo falece. Mal sabiam os romanos que acabariam de ver o termo *a quo* de uma das maiores crises desde o fim da república, pois com a morte desse imperador não houve mais outro indivíduo que conseguisse manter bases sólidas de pensamento, fazendo com que os seus impérios não passassem de mais de cinco anos⁸².

Todavia, em 284 d. C, Dioclesiano, que ficaria lembrado por bipartir Roma, põe fim a essa crise instaurada. Esse imperador abole todas as formas de cunho político e jurídico estabelecidas por Augustos em épocas antes de cristo, instalando uma declarada monarquia específica.

Em razão da complexidade dos problemas instaurados à época desse imperador, este julgou importante perfazer um sistema inovador, que conseguisse expungir as complexidades então existentes, por isso, o seu primeiro ato histórico foi dividir Roma em oriente e ocidente (*pars Orientis* e *pars Occidentis*), de modo que haveria para cada parte de Roma um Augustus, e também um *caesar* para suceder-lo no trono. Desse modo, a doutrina chama essa forma de governo de tetrarquia, pois os indivíduos tinham as suas formações embasadas em quatro fontes de poder, em que os Augustus eram os poderes máximos, e os *caesars* eram os seus sucessores que teriam, ao tempo de sua tomada, os mesmos poderes⁸³.

⁸¹ Mmsen, *Gaius ein Provinzialjurist, in Juristische Schriften, zweiter Band*, 2 ed. Berlin-Dublin-Zürich, 1965. P. 26 e ss. *Apud*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 40.

⁸² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012 p. 43.

⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 43.

Na época de Dioclesiano, este teve a *pars Orientis* para si, transferindo a *pars Occidentis* para Maximiano, amigo de armas de Dioclesiano. Contudo, a divisão não foi efetivamente feita, porquanto Dioclesiano estava, em termos de poder, acima de Maximiano⁸⁴.

Um pouco mais a frente nesse andar histórico, o imperador Constatino assume a posição de imperador de Roma, e de pronto extingue essa divisão promovida por Dioclesiano, unificando novamente Roma. No entanto, quando do fim império de Todósio I, houve novamente a divisão em face da herança do império por seus dois filhos, Honório e Arcádio.

Importante salientar, nessa quadra de pensamento histórico, que desde as divisões promovidas por Dioclesiano, Roma não tinha sob a sua concepção fatídica uma divisão de fato, em outros termos, a divisão tinha caráter meramente formal, de modo que as ideologias promovidas nas duas partes do império eram as mesmas, isso se evidencia com o estabelecimento de superioridade de Dioclesiano em face de Maximiano, e no caso dos herdeiros de Roma depois da morte de Todósio I, com a manutenção de todo o poder em Roma quando um Augustos falecia e não era imediatamente substituído⁸⁵.

Perfazendo aqui um salto histórico dentre os impérios subsequentes, o império do oriente romano cai em face da força bruta dos bárbaros, que conquistam o território do Ocidente em 476 d. C. Já em 533 d. C, Justiniano, que viria a ser o romano marcado na história notadamente jurídica dos sistemas jurídicos, e a época era imperador do Oriente, retoma os mandos do Ocidente romano, impondo novamente o que a força do império romano promana. Contudo, em 568 d. C, Justiniano perde o mando do Oriente romano em face da força exercida pelos lombardos, que basicamente expulsaram o povo que ali tinha afixado novamente as suas bases de poder. O lado do império comandado por Justiniano, o Ocidente, foi comandado por mais tempo, no entanto, já posterior aos anos de 1453, Constantinopla (capital do império romano quando foi transferida na época de Constantino), foi invadida pelos turcos otomanos a mando de Maomé II⁸⁶.

Desse modo, as partições de cunho histórico estabelecidas no *dominato* foram devidamente estabelecidas, marcadas por uma ilusória partição de poder, e por crises de cunho político-institucional.

⁸⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p.43.

⁸⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 44.

⁸⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.p. 44.

Nesse sentido, cumpre analisar os dois institutos mais importantes no que diz respeito as quadras históricas estabelecidas em roma: as suas instituições políticas e as fontes jurídicas, de modo que nessa quadra histórica irá se fixar a separação entre direito público e privado do direito romano, como sendo a primeira noção do que aqui quer-se trabalhar que existiu no mundo.

As divisões de cunho político à época do *dominato* eram de um tanto complexas e burocráticas, contudo, em vista da lógica do presente trabalho e de sua restrição contextual, far-se-a tão somente uma análise geral de como seriam as partições políticas da época.

O professor Moreira Alves atribui a organização político-administrativa da época do *dominato* uma formação igual a de uma pirâmide, em que o imperador se encontra no topo e no outro extremo os funcionários do império que realizam atividades de caráter material⁸⁷.

Basicamente, as divisões de cunho político dessa grande época romana se perfazem pelo imperador seguidos de funcionários imperiais de alto escalão. Portanto, seguindo essa lógica hierárquica, abaixo do imperador, os funcionários se dividem em *dignitates palatinae* e *dignitates do Estado*, de modo que o primeiro está atrelado aos funcionários do Estado, e o segundo aos cargos ocupados por funcionários da corte⁸⁸.

Passa-se nesse momento a análise das fontes jurídicas na época do *dominato*, que como se sabe, foi o momento marcante no âmbito jurídico mundial em que o monumento legislativo de produção massificada de institutos jurídicos nasce. Trata-se em suma, depois da edição da lei da XII tábuas, do monumento jurídico mais importante para a evolução romano germânica do direito.

Em uma primeira premissa cumpre observar que os costumes continuam a ser considerados uma fonte no direito romano, contudo, perdem cada vez mais a sua importância prática, em vista de suas restrições a casos específicos. Mesmo havendo uma multiplicidade de fontes nessa época o professor Moreira Alves considera que a única fonte do direito organizada era a constituição imperial, que como forma positivo-formal regulava as relações jurídicas entabuladas, deixando o costume como forma de preenchimento de lacunas na lei, que no

⁸⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 44.

⁸⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p.44.

entanto, tinha ainda a sua importância mesmo que restrita em decorrência das obras dos jurisconsultos clássicos.

No que tange aos costumes, é importante salientar que a sua restrição a época do *dominato* foi sendo dada cada vez mais, isso pelo fato de advogados experientes invocarem determinados tipos de interpretações dos textos positivos atribuindo à essas o nome dos clássicos jurisconsultos, portanto, em razão desses inconvenientes, os imperadores que seguiram, para evitar a incerteza do direito, restringiam em suas constituições imperiais a invocação dessas fontes jurídica denominadas de *iura*. Essas restrições foram sendo feitas pelos sucessivos imperadores desde Dioclesiano, sendo que em determinado momento somente as interpretações promovidas pelos jurisconsultos mais clássicos, tais como Ulpiano, Gaio, Papiniano, Paulo e Modestino, puderam ser invocadas⁸⁹.

Contudo, mesmo com a supramencionada restrição, não foi possível estabelecer uma logicidade de aplicação do direito romano, isso em vista da multiplicidade de fontes positivas que existiam (código Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano). Nesse sentido, foram criadas, com o fito de acabar com essa contradição, compilações específicas das legislações positivas da época, tratam-se das compilações que precederam a codificação monumental do *Corpus Iuris Civilis*.

Tem-se notícia de que havia mais de uma compilação que possuía esse fito, contudo, a única compilação que a história teve amplo acesso foi a compilação do imperador Teodósio II, isso em vista de que as demais compilações não se sabe ao certo quem são os seus autores. Essa compilação teve por premissa máxima a conjunção não só das legislações positivas tidas naquela época, mas também as interpretações promovidas pelos jurisconsultos, que como se sabe tinham força de obrigar os magistrados e também possuíam a nomenclatura de *iura*⁹⁰.

Constantinopla, então capital da tão milenar Roma, recebe um de seus imperadores mais influentes no direito atual, seja pelas suas realizações, seja pelo caminhar de sua contribuição pelas línguas boas ou más da história da sociedade e de sua organização. Assim, em 527 d. C, sobe ao trono de Roma Justiniano, um dos indivíduos mais influentes no âmbito do direito das mais variadas civilizações do oriente. Logo que assume o trono, um ano

⁸⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. P. 46.

⁹⁰ *Intorno alla faormazione del Codice Teodosiano, in Bulletino dell'Istituto de Diritto Romano, Terza serie, vol. XXII (1980), pp. 109 a 145. Apud. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. P. 17.*

após, reúne uma Constituição *Deo Auctore*, que reuniu dez dos mais influentes e melhores juristas, dentre advogados e professores de direito, para que pudessem elaborar uma compilação completa dos textos positivos que existiam na época e acabar de vez com as contradições que haviam (tais como a multiplicidade de constituições imperiais existentes). Um ano após, a compilação estava devidamente pronta e foi nomeada de *Nouus Iustinianus Codex*⁹¹.

Realizada a compilação das leis positivas que existiam a época, fazia-se necessária a realização de uma compilação também da segunda maior fonte do direito, que era a jurisprudência dos jurisconsultos, o que demandaria uma análise mais detida e dispendiosa. Por isso, no ano seguinte a realização da compilação das leis positivas, Justiniano encarrega Triboniano (jurisconsulto de grande prestígio da época) da elaboração dessa compilação, em que foi organizada na comissão de dezesseis juristas para este trabalho máximo. Sob o aspecto material os trabalhos envolveram a pesquisa em quase duas mil obras, em que as passagens tinham basicamente os ensinamentos milenares dos mais importantes jurisconsultos antigos, tais como Ulpiano e Pompônio. O trabalho que se seguia era bastante grandioso, com aproximadamente cinquenta livros e nove mil cento e quarenta e dois fragmentos⁹².

Ao final, depois de um trabalho bastante substancial e relativamente breve no seu quesito temporal, a compilação deveria se chamar *Digesto* ou *Pandectas*, de modo que após os três anos de sua elaboração, Justiniano, desde o início de seu império preocupado com a coerência prática, nomeia Triboniano, Tófilo e Doroteu, para que seja elaborado um manual introdutório de cunho eminentemente jurídico, em outros termos, uma introdução ao estudo do direito romano da época, dirigido aos estudantes que seguirem, isso em face do desuso eminente do manual introdutório de Gaio formado na época do principado. Esse manual introdutório ao estudo do direito se chamava de *Institutas*, de modo que esse diploma fazia parte das multifacetadas formas que se tinham para o aprendizado do direito⁹³.

Finalizada formação desses três diplomas jurídicos, Justiniano se viu diante de mais uma contradição que estava disposto a resolver: o *Nouus Iustinianus Codex* e o *Digesto*

⁹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 49.

⁹² POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 54 e 55.

⁹³ No império romano a época do principado já se aprendia direito por meio de alguns livros e diplomas específicos para os acadêmicos, de modo que Gaio, na época do principado, já editara diploma que tinha o mesmo fito que o novo diploma idealizado por Justiniano. Antes disso, é importante assentar que os grandes jurisconsultos, componentes das escolas dos Poculeianos e Sabinianos, foram promotores de varias formas de estudo da própria legislação, editando os *institutiones, regulae, enchiridia e definitiones*, que poderiam ser delineados como livros voltados para o ensino naquela época, até que chegou-se a obra de Gaio.

possuíam contradições práticas, desse modo, Justiniano formula uma comissão com cinco membros que elabora uma atualização do código em 529 d. C.⁹⁴.

Por fim, para que os diplomas jurídicos fiquem devidamente assentados nessa época, Justiniano, posteriormente a elaboração dos três majestosos diplomas por ele idealizados, atualiza subsequentemente os seus institutos, promulgando constituições imperiais com o fito de deixar os diplomas mais alocados a época de sua aplicação e não de sua criação, o que ficara conhecido pela *Nouellae*, que vieram posteriormente a fazer parte do *Corpus Iuris Civilis*. Nesse caminho histórico, em 1538, Dionísio Godofredo formula uma edição dessas compilações que as conjuntura em uma obra chamada de *Corpus Iuris Civilis*. O monumento jurídico teve essa nomenclatura para ser diferenciado do *Corpus Iuris Canonis*, já existente àquela época⁹⁵.

Nesse sentido, formulada a história romana e a formulação do primeiro maior monumento jurídico do mundo, assenta-se em que local se encontrará a divisão de direito público e privado, pois essa racionalidade jurídica surgiu nesses momentos.

Especificamente, o direito público e privado surge com algumas interpretações promovidas por um jurisconsulto mais clássico e famoso desses tempos: Ulpiano, que por conseguinte, possui as suas obras interpretativas contidas no *Digesto*.

Para que haja o devido entendimento dessa classificação da época é necessário que sejam traçadas algumas características estruturais do *Digesto*.

O *Digesto*, como já se sabe, foi inspirado, no que se refere a sua estrutura, no edito perpétuo de Salvio Juliano. Desse modo, sob premissas de cunho conceitual, o *Digesto* se inicia com alguns apontamentos de Pompônio a respeito da lei das XII tábuas, tendo em vista que foi um dos primeiros textos positivos monumentais existentes na história romana, e como também ressaltado por ele, há a necessidade de se introduzir os princípios que orientaram a fundação romana⁹⁶.

No que tange a conteúdos de cunho material, o *Digesto* possui várias passagens do juriscunsulto Ulpiano para a formulação da questão, tais como a formulação do conceito de direito, a formulação do *ius naturale*, *ius gentius*, *ius civile*, *ius honorarium*, bem

⁹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 50.

⁹⁵ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 58.

⁹⁶ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.61 e 62

como o *ius publicum* e o *ius privatum*. Portanto, é importante assentar que Ulpiano foi um juriscunulto marcado por um desenvolvimento de matérias que tinham por escopo a reflexão de questões de cunho zetético e não dogmático⁹⁷.

Dentre as formulações feitas pelo grande juriscunulto, estão a definição do local topográfico do direito público e privado, de modo que para aquele jurista direito público e privado se definem através da aplicação do critério da utilidade (que será explicado cada critério em capítulo próprio), sendo que o direito público está atrelado ao estado da coisa romana, consistindo nas coisas sagradas dos sacerdotes, dos magistrados, enquanto que direito privado está ligado a ideia de que algumas coisas possuem utilidade privadamente e não publicamente, de modo que o direito privado poderia, no que toca a sua formação interna, ter uma divisão tripartite, em que haveria preceitos naturais, das gentes e dos cidadãos⁹⁸.

Desse modo, é bastante importante que seja transcrita a passagem de Ulpiano no *Digesto* que contem tal concepção dada a sua importância superlativa:

“Dois são os aspectos desse estudo, o público e o privado. Direito público é o que se refere ao estado da coisa romana; privado, o que está voltado para a utilidade de cada individuo; pois umas coisas são uteis publicamente e outras privadamente. O direito público consiste nas coisas sagradas, nos sacerdotes e magistrados. O direito privado divide-se em três partes, pois é integrado pelos preceitos naturais, pelos das gentes e pelos dos cidadãos⁹⁹.”

Portanto, como se viu desse constructo histórico, o Direito público e privado romano nascem quando do *dominato* como sendo o momento histórico com maior produção legislativa-positiva da época, perfazendo verdadeiros monumentos legislativos criados pelos imperadores que seguiram à época.

1.1.2 A controvérsia do direito privado e público romana e a sua não aplicabilidade atual

Nos dias que correm muitas pessoas sustentam que a controvérsia que era analisada por Ulpiano no *Digesto* entre direito público e privado é a mesma que hoje se discute, e com isso embasam suas conclusões. Contudo, é de se entender que a controvérsia que pendia

⁹⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.30 e seguintes e 133.

⁹⁸ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 30.

⁹⁹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 30.

na época romana é terminantemente diversa da discutida nos tempos atuais, notadamente nesse presente trabalho.

As premissas que sustentam a conclusão do parágrafo precedente se delineiam em duas bases: (i) o público e o privado, entendidos na época romana, não se assemelham ao que temos por concepção de público e privado nos dias atuais, mesmo a controvérsia sendo bastante parecida e (ii) na época romana a presença de diplomas jurídicos escritos já era uma inovação recente, de modo que o ordenamento atual é composto de muitas outras complexidades que levaram a controvérsia entre direito público e privado a demandar a compreensão de outras questões, como é o caso dos direitos fundamentais e o âmbito econômico.

No que se refere ao primeiro ponto é de se lembrar, de acordo com o andar histórico que se fez nesse trabalho, que Roma, até os dias em que foi formulado o *Corpus Iuris Civilis*, tinha a sua concepção de “local público” como sendo o império romano, ou seja, em um absolutismo sem precedente, em que o poder que viria a ser tripartido posteriormente era convenientemente usado de acordo com as concepções particulares de um indivíduo – mesmo que depois houvesse a formação por dois indivíduos que compunham o oriente o ocidente – com a concepção de uma só ideologia sustentada no uso desses poderes do império romano.

Além disso, a concepção de direito público na época romana era daquele direito provindo do povo romano, enquanto que nos dias que correm a concepção de direito público vem sendo aquela de direito do Estado. Desse modo, o direito público na acepção romana poderia ser entendido como sendo aquele que sempre passaria pelos órgãos do império e por ele promulgadas nas formas que assim foram estabelecidas, ademais, a noção de *publicus* estabelecida no direito romano remonta as ideias de *populos*, que significa a população, assentando mais uma vez que a ideia de direito público e privado nos tempo anteriores abrangeria somente essas concepções de que o direito público seria aquele que perpassou pelos foros de aprovação do Estado¹⁰⁰.

Destarte, tem-se como uma conclusão bastante substanciosa que o direito público e privado na acepção da dicotomia romana é o início do que hoje se discute, no entanto, a matéria que ali se veiculou não tem a mesma concepção que hoje se discute, porquanto direito público e privado não possuíam os mesmos conceitos dos dias atuais, seja pela evolução

¹⁰⁰ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p.128.

histórica-jurídica das civilizações, seja pela modificação de paradigmas de Estado para Estado. Portanto, de acordo com a controvérsia romana, o direito publicado converte-se em público, enquanto o direito privado nasce sob foros da autonomia privada que fica sendo aplicado entre as pessoas que assim entabularam o negócio, por isso, a matéria ali controvertida se restringe a um direito-lei e a matéria subjacente a essa lei, sendo que nem essa conclusão há como se ter, pois os romanos não concluíram em que local a sua controvérsia iria atingir, de modo a evidenciar mais uma vez que a matéria ali não era tão evoluída como hoje¹⁰¹.

A segunda e última premissa que assenta não ser a controvérsia romana a mesma dos dias que correm possui uma conotação mais prática e pragmática. O direito romano era um direito prático, e que ainda possuía a quadra de pensamento no jusnaturalismo, sendo essa concepção, em linhas gerais, a que prezava por determinadas gradações de certo direito natural e uma certa confusão de questões que atinam a religião e ao direito. Ainda é bastante importante lembrar que à época romana não existia a concepção de constituição, muito menos de democracia, e nem mesmo de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais.

Ademais, como se disse, a dicotomia romana estava atrelada a uma concepção de sua característica formal, qual seja, a lei promanada pelo império romano tinha a característica direta de ser entendida por pública, porquanto perpassava pela aprovação dos foros do império, enquanto que o privado não passava por esse processo se restringindo a sua formulação pelos indivíduos privados, em razão da utilidade que se tem para determinadas coisas que compõe negócios por essas partes formulados. A controvérsia atual envolve uma complexidade muito maior, tal como a expansão da carta constitucional aos demais ramos que foram entendidos como privados pela sua possibilidade de disposição em algumas gradações, sendo que as normas e relações de cunho privado poderiam ser ou não objeto de superlativa disposição pelas partes, até mesmo podendo afastar direitos fundamentais com toda a sua ideologia aplicada, assentando assim o direito privado como sendo um local específico que se aplica ao regime dos indivíduos privados e que o Estado não pode adentrar de maneira alguma. A controvérsia atual, e a que vai ser o objeto impugnativo do presente estudo, envolve sobretudo a evolução de direitos de cunho fundamental, notadamente da passagem dos direitos fundamentais individuais aos direitos fundamentais sociais, que modificam terminantemente a forma de agir do Estado dentro da esfera privada e, por conseguinte, na sociedade.

¹⁰¹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 130.

Portanto, conclui-se que o conteúdo sustentado na controvérsia romana não se identifica com o atual, além das razões citadas acima, podemos resumi-las em dois pontos sintéticos: (i) o desenvolvimento da sociedade aperfeiçoou o problema entre a dicotomia do direito público e privado muito além do discutido nos cânones romanos, de modo que a discussão promovida nos tempos primitivos romanos passou a ser somente uma pequena parte do problema e (ii) as bases, bem como alguns conceitos romanos, são terminantemente arcaicos frente à sociedade atual, sendo que basicamente todos os conceitos se modificaram no que atine ao âmbito tanto político como jurídico do Estado, além disso, a matéria que toca ao direito público e privado e sua iminente dicotomia se aperfeiçoou em razão da evolução perene da sociedade, que projetou no sistema jurídico os direitos fundamentais, que hoje são combustíveis poderosos para o debate.

1.2 OS IDEAIS DA CODIFICAÇÃO E O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: A CONCEPÇÃO MODERNA DO DEBATE E OS SENTIDOS EVOLUTIVOS ANTERIORES AO DEBATE

A codificação vem a ser um momento precedido de muitos combates corpo a corpo no Estado, que vinham como resultado de embates jurídicos, em outros termos, a codificação foi um momento precedido do jusnaturalismo, que deixou o direito aproximado dos cânones religiosos exatamente pela ligação do Estado com a religião, o que resultou em embates dos estadistas. Dessa forma, os dois momentos que seguiram o direito (jusnaturalismo e positivismo), passados depois da época romana, formam as inspirações e o local de criação da divisão entre direito público e privado que irá ser impugnada nesse estudo.

Com o passar do tempo, em vista da decadência cada vez maior do jusnaturalismo sustentado pela escola tomista do direito, os povos começam a sentir a necessidade de codificar o seu direito, de dar ares de segurança a população de saber o que de fato seria o direito, o que de fato constituía uma conduta prescrita ou não pelo direito. Isso ocorria por duas razões determinantes: (i) os abusos por parte do Estado em dizer causuisticamente o que era direito e (ii) a vinculação do direito com razões de cunho divino, religioso.

Desse modo, para que se entenda as motivações determinantes que levaram os povos a demandar uma positivação do que é direito, é necessário esposar o que a época

significava direito, bem como a forma histórica que levou a essa indignação da população para se revoltarem.

Importante salientar, que foi no caminhar da definição das concepções jusnaturalistas e positivistas que a classificação de direito público e privado foi “reciclada”, resultando naquilo que irá se impugnar nesse trabalho, daí a importância do conhecimento histórico desses acontecimentos.

Nesse caminhar estabelecerei a classificação “reciclada” de direito público e privado que surgiu com os sentimento da codificação do direito, que tiveram por substrato material subjacente a corrente jurídica do positivismo, que possui o seu conceito análogo na filosofia.

1.2.1 O jusnaturalismo

O jusnaturalismo é um dos primeiros pensamentos teóricos a respeito do direito, remontando os tempos mais antigos da Grécia, que foi o local em que essa teoria teve o seu desenvolvimento mais substancial.

Sabe-se que o direito é um conceito que possui plurissignificações, e que pode ser colocado em multifacetados contextos que terá igual número de significados, portanto, quando tratamos do direito temos desde já uma dificuldade de cunho etimológico da palavra em si. O jusnaturalismo era a crença de que na sociedade existiam direitos naturais, que provinham de uma ordem natural dos animais e que se aplicava também aos seres humanos, de modo que a ordem positiva legal deveria se espelhar nessa ordem natural, que ao contrário do que muitos teóricos pensam não possui existência material.

De acordo com grande maioria dos sustentadores da ideia do direito natural, antes dos direitos positivados, há na sociedade a precedência de valores e ideais humanos que orientam a atividade de todos os homens, sendo que esses preceitos vinculam e balizam as normas positivadas pelo próprio legislador¹⁰².

A teoria do jusnaturalismo, que prezava pela existência de direitos naturais, foi um fenômeno com gradações históricas multifacetadas, que foi sendo desenvolvido no seio da sociedade desde os primórdios até que seja substituída por uma teoria que espelhava melhor

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 257

as formas históricas da época. Nesse sentido, cumpre dividir, com o fito eminentemente didático, a incursão histórica que se fará a respeito dessa ideia do direito. São eles: (i) o jusnaturalismo idealizado pela escola tomista do direito, em que os seus ideais eram embasados em um direito relacionado a religião, em que a razão era aquela que provinha dos céus; (ii) a sustentação do jusnaturalismo promanada pela escola ibérica do direito natural, que embora fiel as ideias de São Tomas de Aquino, eram críticos contumazes, perfazendo uma nova mutação do direito natural; (iii) o jusracionalismo, que foi formulado depois de raciocínios realizados pelos europeus quando liam as ideias do *Corpus Iuris Civilis* e as suas sustentações promovidas por Cícero, romano que propalava as ideias do direito natural sob um viés mais moderno. Ademais, os europeus já simpatizavam muito mais com os ideais do direito natural sustentados pela escola estóica do que o direito natural promovido pela escola tomista sustentado pelos Gregos, de modo que a formulação do *Corpus Iuris* Justinianeu foi um brilhantismo de segurança aos juristas europeus que de a muito tempo buscavam por segurança.

No que toca aos primitivos sentidos do direito natural, que era o substrato material de sustentação do jusnaturalismo, temos de revolver a alguns séculos anteriores na Grécia, pois de lá sai a melhor orientação dessa forma de pensar. Desse modo, iremos embasar a sustentação do jusnaturalismo tomista pelas ideias de dois pensadores: São Tomás de Aquino e Aristóteles. De acordo com ambos os autores o direito deveria provir de uma ordem natural das coisas, seja ela de caráter físico-exato ou humano-instável, sendo que essa ordem natural das coisas se confirmava com a crença cristã em um Deus existente que ditava o ordenamento de acordo com a justiça e ordenador dessa chamada ordem natural. Contudo, a afirmação dos tomistas nos levam a indagar o que seria então essa “ordem natural”, que tanto guia a sociedade em seus primórdios do direito.

Ordem, pode nos levar a pensar que o direito na verdade é entendido como uma conveniência de mandos expedidos por indivíduos que estão no poder, mas não significa isso. Assim como o direito, ordem é um conceito análogo, em que colocado em algumas ambiências ele poderá ter múltiplas significações, por isso, definir de fato o que seria ordem é um trabalho bastante árduo se não impossível, de modo que aqui tenho a pretensão sucinta de balizar o que compõe o substrato material do conceito em vista de sua plurissignificação eminente, para que com isso possa-se ter material de análise e compreensão da ideia tomista de “ordem natural das coisas” que é o pressuposto semântico dos direitos naturais.

A ideia de uma “ordem” aplicada a um sistema – que no nosso caso seria o sistema jurídico – nos dá a noção de que para uma “ordem” existir é necessário existir unidade

e multiplicidade¹⁰³: unidade, pois ordem emana uma confluência quase que matemática para as coisas estarem consecutivamente seguidas de uma “ordem” lógica por um critério racional que seja amplamente conhecido ou que seja devidamente fundamentado; multiplicidade, pois não há como se cogitar um sistema sem pelo menos uma confluência de mais uma ideia nuclear, pois se for composto somente de um substrato único não seria necessário sistematizá-lo, tendo em vista que a sua unidade material não poderia demandar outra combinação que não a sua própria.

Os gregos, como grandes pensadores das épocas mais remotas, conhecidos por serem indivíduos habituados a análise de questões que atinem a filosofia, passam a estabelecer, em vista da ordem que percebem no movimento dos astros e nos demais locais da natureza, nomenclaturas específicas para os fenômenos, como é o caso do *Kósmos* para ordem e *Káos* para a ausência dessa ordem, que seria o caos. Portanto, pensando na formação dessas questões, o direito, no que toca a concepção dos jusnaturalistas, deveria se embasar em uma ordem natural das coisas, em que “ordem” nessa concepção significaria uma complexidade que abrange tanto a unicidade como a multiplicidade. Por fim, é importante assentar que “ordem”, pelas acepções fixadas aqui, não se confunde com estabilidade. Estabilidade é o congelamento, em que as matérias ali mencionadas se mantêm estáticas durante todo o movimento que aquela ordem faz, sendo que a “ordem” não pode se manter estática, pois a “ordem” que representa um sistema jurídico significa o ordenamento jurídico, e o ordenamento jurídico basicamente regula a sociedade, e a sociedade jamais será em algum momento estática, demandando do ordenamento jurídico – que nesse caso é a “ordem” que aqui se menciona – um movimento juntamente com as mudanças da sociedade, por isso, nos dias que correm a noção de “ordem” se afasta cada vez mais da noção de estabilidade¹⁰⁴.

Fixado o substrato material de “ordem” cumpre assentar em que local das “ordens” estaria o direito, vez que a análise que se faz do desenvolvimento de uma planta não é a mesma que se faz dos movimentos do ordenamento jurídico.

Ordem, de acordo com o professor André Franco Montoro, se divide em dois momentos: (i) a ordem teórica e (ii) ordem prática.

¹⁰³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 93 e 94.

¹⁰⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 94 e 95.

Ainda de acordo com o professor, “ordem” é guiada de acordo com a razão humana, em que a depender do tipo de ordem – se teórica ou prática – a razão irá influir naquela ordem ou se limitará a observar e estudar os seus movimentos.

Desse modo, ordem prática significa aquela em que haverá a influência da razão humana nessa ambiência, de modo a demandar dos indivíduos uma posição mais ativa na análise dos fenômenos, modificando a partir de seus juízos o curso dessa “ordem”. Por outro lado, a ordem teórica limita o cientista a analisar a formação dos fenômenos, bem como os seus movimentos, demandando uma posição meramente passiva mas que no entanto não retira a complexidade da atividade. Ainda nesse sentido, ordem teórica, de acordo com a classificação do professor, poderá se subdividir em três: (i) ordem natural ou física; (ii) ordem matemática e (iii) ordem metafísica.

A ordem natural considera os seres em sua complexidade biológica, levando em consideração as questões atinentes aos seus quesitos qualitativos e quantitativos presentes na natureza, portanto, esta “ordem” natural está atrelada a complexidade ordinária da natureza em sua cadeia de fenômenos e atos que ocorrem. Já a “ordem” matemática leva em conta o mundo das quantidades, pois abstrai toda a complexidade do mundo para analisar tão somente o mundo das quantidades que atinem aquela determinada “ordem” de coisas. A “ordem” metafísica está ligada ao ser, de modo que nesse local de ordem, critérios de qualidade e de quantidade são abstraídos totalmente para que fique somente o “ser”, sendo que a noção estudada nessa quadra se limita a analisar as causas e efeitos, as matérias que atinem a essência e a existência, bem como o sentido do próprio ser¹⁰⁵.

No que toca a “ordem” de cunho prático a subdivisão interna se forma em: (i) ordem lógica; (ii) moral e (iii) artística¹⁰⁶.

Como se disse, as “ordens” práticas estão diretamente ligadas a razão, sendo que os movimentos humanos que são guiados pela razão se mostram capazes de influir no curso e no movimento natural que essa “ordem” possui. A “ordem” lógica está ligada ao raciocínio, ou seja, podem as pessoas raciocinar de modo lógico-ordenando ou ilógico-desordenado. São ilógicas e desordenadas as atividades intelectivas que não seguem o fluxo de informações que o próprio raciocínio internamente promana, como por exemplo, quem nasce em território

¹⁰⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 96 e seguintes.

¹⁰⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 95.

brasileiro possui a nacionalidade brasileira pelo critério *solis*, João nasceu em território brasileiro, logo João é brasileiro, portanto, como se vê, a “ordem” lógica é aquela que leva em consideração a estrutura interna de determinado raciocínio, e que a razão humana incide na matéria em si possibilitando a mudança de suas acepções. No que tange a “ordem” moral, deve-se ter em conta as vontades humanas que orientam as resoluções práticas. Nessa acepção, as vontades humanas podem ser atreladas diretamente a liberdade de cada ser humano, portanto, por este tipo de “ordem” está praticando uma conduta ordenada quem não impede que a liberdade humana seja exercida de modo completo, devendo, porém, observar certo tipo de limiar semântico das liberdades dos demais indivíduos daquela sociedade que se vê ambientada¹⁰⁷.

Finalmente, no que se refere a “ordem” artística, deve-se ter em consideração que se trata de uma “ordem” externa do homem, em que a razão humana realiza, faz, e não se limita a emitir vontades ou raciocinar, mas sim a fazer de fato, de modo que haverá posteriormente um determinado tipo de resultado, como é o de realizar uma escultura artística ou pintar um quadro brilhante, sendo que aqui nós teremos a formulação do conceito de beleza.

Contudo, o direito não se aloca nessas acepções de acordo com a questão em si, desse modo é necessário que haja análise da classificação das ordens de acordo com a classificação promovida por Aristóteles, que na verdade não é muito diferente, no entanto, tem as suas peculiaridades específicas.

De acordo com o autor, as “ordens” também se dividiriam em práticas e teóricas, contudo, o fundamento da discussão não é a mesma. As “ordens” teóricas são fundamentadas no seu grau de abstração, de modo que na medida em que passam as ordens o grau de abstração é maior. Cumpre ainda observar que as “ordens” científicas em Aristóteles podem ser acendidas de acordo com a sua finalidade, se caso prática fica mais atrelada a mudança no mundo externo, a ação daquele determinado indivíduo na sociedade. Caso sejam teóricas ficam atreladas ao próprio conhecimento em si sem mudança do mundo exterior¹⁰⁸.

Com as modificações feitas pela filosofia contemporânea, a divisão das “ordens” promovidas na esfera teórica de Aristóteles no que toca a ordem teórica ficou sendo:

¹⁰⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 97.

¹⁰⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 98. *V tb.* *Metafísica* vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo. Edições Loyola. 2002.

(i) ciências físicas ou naturais; (ii) ciências matemáticas e (iii) ciências metafísicas, tendo basicamente a mesma significação das classificações supratranscritas, contudo, há algumas diferenciações pontuais que devem ser ressaltadas.

No que tange a matéria relacionada as “ordens” naturais, há um grande conglomerado de abstração mínimo dentre as outras ciências que compõe todo o complexo da sociedade, tendo em vista que a análise aqui promovida deve ser expendida basicamente de acordo com o grau de abstração que aquela determinada “ordem” promove. Portanto, a ordem natural está ligada a abstração tão somente de seus elementos conceituais, tais como um componente químico ou um determinado tipo de organismo vivo. Ainda na ordem natural, cumpre diferenciar, em razão da evolução constante do mundo, o que seriam as ordens de cunho cultural. Nesse sentido, a ordem cultural estaria ligada ao mundo modificado, em contraposição as matérias naturais que não possuem a mão do homem, portanto, a ordem cultural, que encontra guarida dentro da ordem natural, representa a natureza que foi aperfeiçoada pelo espírito humano, imbuído do sentimento de inovação que sempre move a sociedade¹⁰⁹.

Um pouco mais a frente, representando uma ciência um pouco mais abstrata, temos a “ordem” matemática, que abstrai todas as qualidades sensíveis de seu objeto de análise, bem como as diferenças individuais para somente analisar o substrato que atine as quantidades. Portanto, não se leva em conta o que de fato está sendo analisado, tendo como base conclusiva tão somente a quantidade daquele objeto que está em análise, demandando do cientista um grau de abstração, como já se disse, de ordem maior, por isso, é consciente assentar que aqui far-se-ia tão somente uma análise debruçada nas questões formais. Por outro lado, em um grau de abstração superlativo, temos a ordem de caráter metafísico, que faz a abstração tanto das qualidades sensíveis, das diferenças individuais e das questões formais para deixar somente o “ser”¹¹⁰. Essa ordem, como já bem explicitadas parágrafos acima, tem por base o estudo do “ser” propriamente dito, de modo que aqui teremos uma peculiaridade, pois há a orientação máxima, de acordo com o preceitos fixados pelo professor Montoro, de que não há a possibilidade de ser e não ser ao mesmo tempo sob os mesmos aspectos, isso o professor chama

¹⁰⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 99 e 100.

¹¹⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

de princípio da identidade ou da não contradição¹¹¹. Portanto, a ordem de cunho metafísico leva em conta as matérias atinentes ao “ser”, com uma abstração mais do que superlativa.

No que atine as ordens de cunho prático a divisão “reciclada” de Aristóteles passa por duas subdivisões: (i) a ordem que externa uma ciência de cunho moral-humano e (ii) a ordem que externa uma ciência de cunho artístico-fático.

Ordem moral, no sentido defendido pelo filósofo e a modernização do pensamento filosófico, externa um “agir”, sendo nesse sentido determinada ação a ser praticada por um determinado indivíduo, ao passo que as ordens ou ciências artísticas fáticas estão ligadas a um fato, em que ao final a atividade intelectual-fática humana deverá externar uma determinada realização, em que haverá um objeto produzido¹¹².

Depois de toda a análise complexa que se fez, assenta-se que o direito está contido na ordem moral-humana, em vista de sua abstração de cunho intermediário. Contudo, o que importa para nós aqui é que a “ordem” natural que os jusnaturalistas tomistas sustentavam era uma concepção que deve abranger a unidade, bem como a multiplicidade, sendo que a “ordem” por eles sustentada estaria ligada a uma “ordem” prática, em que a razão humana poderia influir no movimento daquela determinada “ordem”, e ainda, estaria ligada a uma ordem prática de cunho moral-humano, tendo em vista que a razão humana na ordem jurídica deve ser entendida como um agir humano, que modifica as “ordens” externas em que o homem participa, no entanto, ainda pode ser controvertida a ideia de que o direito estaria na ordem moral, que participa das vontades do ser humano, pois poderíamos dizer que o ordenamento jurídico é uma criação que é externada, que é fática ou não, mas não se fará essa controvérsia nesse trabalho em vista de sua restrição semântico-temática.

Ainda no jusnaturalismo primitivo sustentado pela escola tomista do direito e debruçado nas ideias de São Tomás e Aristóteles, temos de entender que essa teoria divide o fundamento do ordenamento jurídico em dois momentos: a causa primeira e a causa segunda.

A causa primeira, como já de se esperar, debruçava na força de Deus, em que haveria um Deus que criava todo o ordenamento natural, de modo que as causas segundas seriam, de acordo com os sustentadores dessa teoria, a criação do ordenamento natural, portanto, de acordo com a lógica jusnaturalista, o direito se fundava em sua estrutura interna

¹¹¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

¹¹² MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

através dessas causas primeira e segunda, em que a primeira validava a segunda, de modo que somente Deus (a causa primeira) poderia intervir de maneira extraordinária nessa ordem para que haja a correção de alguma dissonância. Desse modo, o homem estaria inteiramente ligado a essa ordem natural, como animal racional que é, fazendo parte dos destinos cósmicos da vontade de Deus e submetido a ordem natural por ele ditada¹¹³.

Portanto, o direito natural era resumido a essa ordem que deveria orientar a prática humana e que estaria de acordo com os ditames que o bem supremo promana. De acordo com grande maioria da doutrina as regras que criam o ordenamento composto são criadas a partir de dois vieses: (i) as Escrituras e (ii) a razão, que externava o atingimento das ordens pelo intelecto divino.

A segunda guarida das normas naturais possuem uma complexidade bastante substanciosa, e que muitas vezes não possui o devido esclarecimento. Nesse sentido, de acordo com São Tomás de Aquino, o ser humano somente poderia atingir a razão e de fato alcançar a ordem do mundo através de processos intelectivos que não perpassassem somente por racionalidades. Desse modo, ao ser humano mortal não seria permitido o acesso a ordem divina em razão do pecado e da impureza de sua alma, mas é importante assentar porque de fato o ser humano não poderia acessar essa ordem natural e divina.

Sob uma primeira premissa cumpre assentar que o acesso a essa “ordem” não se resume a atividades de cunho abstrato, que limitam a observância dessa ordem a formulação de conceitos que não condizem com a materialidade fatídica. Nesse sentido, a atividade que dá acesso a essa ordem poderia ser assentada em um processo de observância dos fenômenos subjacentes, e dos resultados finais de tais fenômenos naturais. Contudo, o atingimento da razão que tanto se fala não pode, como já disse São Tomás de Aquino, se resumir a atividades racionais, ou seja, o intelecto que os sustentadores dessa teoria assentam não se resume a atividades de cunho racional somente, mas também de raciocínios de cunho moral, que externam, de acordo com o autor, o agir embasado em virtudes, que permitem a compreensão da “ordem” de forma conglobada. Dessa forma, entendendo o sentido de “ordem” de uma maneira eminentemente global, pode-se distinguir o justo do injusto, o certo do errado, de modo a ter, de acordo com o raciocínio complexo embasado por virtudes (processos intelectivos de

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 206 e 207

cunho moral) e de cunho racional, (processos intelectivos embasados pela razão racional) o alcance da boa razão¹¹⁴.

Mesmo tendo uma concepção formada sob premissas assentadas, e com conceitos bastante substanciosos, não há como se evitar a queda em um vago conceito de direito, que não pode ser alcançado pelo ser humano mas que deve regular a sua conduta prática. Desse modo, o direito natural e o jusnaturalismo, sustentado pela escola tomista do direito, deve passar por certa revisão humana, que circunscreve mais regras do que o vago ditame de fazer o bem e evitar o mal como já assentava Ulpiano em Roma¹¹⁵. Contudo, deixarei para assentar a crítica a respeito do paradoxo entre direito natural e direito positivo mais à frente, em vista de uma equivocada compreensão do direito natural que o levou a ruína.

Nesse caminhar histórico, para a sua próxima quadra de pensamento, que apesar de ainda dentro da escola tomista do direito passa a ter uma revisão formulada por alguns indivíduos dentro dessa escola, temos a escola ibérica do direito natural. Esta escola, embora fiel as ditames de São Tomás de Aquino, promoveu uma revisão quase que total das ideias tomistas do direito natural, perfazendo um dos marcos históricos dessa forma de pensar o direito.

Ainda nessa pontuação, é importante ressaltar que a escola ibérica do direito natural, já bastante enervada em razão da grande ingerência que os religiosos promoviam em face da população, era composta por indivíduos que estudavam teologia nas grandes universidades europeias, e que por consequência eram autoridades religiosa, frades, clérigos, e demais entidades, que não estavam satisfeitos com o que viram até aquele momento, onde os cristãos assim denominados estavam por derramar sangue daqueles que não seguiam a religião que era bastante aceita, acabando com territórios e propriedades, tomando soberanias que estavam por nascer, e pondo fim a vidas de pessoas que não seguiam as palavras ditatórias do papa católico. Portanto, os representantes e membros da escola ibérica do direito natural, debruçados em uma evidência fática de que o direito natural não era aquilo que estava sendo praticado, assentaram pesada crítica, como diz em palavras sucintas Pedro Calafate:

“Tais procedimentos eram por eles encarados como antievangélicos e vincadamente contrários ao direito divino, natural e humano, afrontando a paternidade divina, à luz da qual todos os homens foram criados livres por Deus, à Sua imagem e semelhança. Assim se fundava, na mais nobre raiz, a igualdade e irmandade natural entre os homens, no quadro do antigo preceito

¹¹⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 207.

¹¹⁵ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. P. 29.

paulino de que “não há diferença entre judeu e grego” (Rm 10:12), alargado agora à pluralidade dos homens e dos povos recém-descobertos¹¹⁶.”

Portanto, de acordo com os teólogos componentes da escola ibérica do direito natural, o papa não teria o poder ou autoridade temporal sobre os povos que tinham outra crença que não a cristã¹¹⁷, devendo por isso se limitar a estabelecer uma relação saudável e amigável entre os povos que possuíam algo diferente em que acreditar, e que também o imperador que governava não poderia entender que era senhor do mundo, mas tão só um indivíduo que deve ordenar a população, sem abusar do poder que lhe foi conferido.

A evidência fática de que o papa não possuía ingerência sobre os demais povos em razão de sua crença é a de que Deus, pelos escritos de seus evangelhos, somente possibilitava o poder além das terras cristãs de evangelizar, e tão somente este poder, de modo que os ditames que eram formulados pelo papa – de possibilitar ao imperador primeiro a conquista do território para depois professar o evangélico – eram terminantemente errados, e deixava superlativa a ideia de que havia algo de errado com a compreensão do direito natural e conseqüentemente do jusnaturalismo. Por isso, de acordo com os teóricos da escola ibérica do direito natural, o uso descabido do poder e da ingerência na expansão dos territórios imperiais, com aval do papa – que era o porta voz de Deus, assim como Hermes era o porta voz dos deuses gregos – acabava com a beleza e integridade do jusnaturalismo e do direito natural e a construção engenhosa feita pelos teóricos tomistas do direito natural. Desse modo, havia nos tempos imperiais, a ideia de que o direito natural, por alguma compreensão equivocada, abrangia e legitimava somente as atividades promovidas pelos cristãos, e que Deus jamais aceitaria aqueles que eram crentes de outras religiões, que acreditavam em outro Deus, pois somente um Deus poderia existir, e nessa acepção o direito natural e do jusnaturalismo não abrangia certo direito à igualdade entre todos, pois impunha uma só crença, impossibilitando aqueles que não acreditavam na crença cristã de possuírem terras e/ou dignidade.

Destarte, a escola ibérica do direito natural, sob premissas de cunho político, tinha duas divergências principais sobre o que estava ocorrendo pragmaticamente até aquele momento: (i) primeiro, o papa, como aqui já foi assentado, não possuía poder algum sobre as pessoas que não eram da religião cristã, ou seja, o seu poder temporal não possuía eficácia sobre

¹¹⁶ CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. P. 81.

¹¹⁷ CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. p. 82.

indivíduos que não eram seguidores do catolicismo e (ii) o imperador, que agia com o batismo do papa, não tinha absolutamente nenhum poder natural sobre os cidadãos.

No que toca a primeira questão, já discutida preliminarmente, temos de nos revolver a um preceito que subjacentemente estava sendo discutido: a igualdade. Ora, de acordo com a concepção que vigia à época, os cristãos prosperariam em face de qualquer tipo de crença, e isso se evidencia com a compreensão de que o papa, para aqueles indivíduos, poderia exercer o seus poderes sobre pessoas que não tinham como crença o cristianismo, pois Cristo assim havia concedido poder, mas isso tem uma compreensão, de acordo com os teóricos da escola ibérica do direito natural, falaciosa e terminantemente errônea, de modo que fora dos limites da cristandade os cristãos somente poderiam realizar aquela atividade que Cristo havia dito aos apóstolos, ou seja, evangelizar toda criatura a fora. Desse modo, não haveria a possibilidade de aplicação de punições àqueles que não seguiam os preceitos cristãos se assim não o eram, se não eram batizados, pois somente sobre estes Cristo havia concedido o poder. Portanto, por essa compreensão reciclada promovida pelos teóricos da escola ibérica do direito natural, as demais crenças e demais pessoas deveriam sobreviver conjuntamente com os cristãos e as crenças cristãs. Assim, de acordo com a releitura do direito natural promovida pelos indivíduos da escola ibérica, o papa não teria absolutamente nenhum poder temporal e espiritual sobre àqueles que não eram batizados pelos cânones cristãos, sendo que além das fronteiras territoriais cristãs, bem como as barreiras espirituais, haveria tão só o direito e o dever de evangelizar, de modo que se esse direito fosse obstado haveria a possibilidade de uso não da força mas de um diálogo duro com os impedidores desse direito cristão, tendo em vista que os ibérico naturais repudiavam o uso desmedido da força¹¹⁸.

Já os imperadores, equivocados pois eram orientados pelo papa com ideias equivocadas do direito natural e do jusnaturalismo, não possuíam poder divino sobre todos os cidadãos em razão de que a cristandade havia lhe concedido. Essa afirmação faz com que o poder civil e o poder temporal dos imperadores caiam por terra. Naquela época, os imperadores possuíam o poder civil de aplicar penas e de exercer a ordem em face da sociedade, e o poder temporal de aplicar as sanções sobre todos os indivíduos que faziam parte de seu império. Contudo, de acordo com as compreensões equivocadas suprarreferidas, o imperador possuía o poder civil que era concedido diretamente por Deus. Os teólogos e teóricos do direito natural assentaram que esse entendimento por parte dos imperadores é terminantemente errado, pois o

¹¹⁸ CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. P. 82 e 83.

poder civil não decorre de nenhum preceito do direito natural que concede aos imperadores esse poder universal que tanto sustentam, nem mesmo as leis humanas possibilitam tal façanha, devendo o poder civil decorrer naturalmente do povo, a propósito, já escrevia Azpiculeta em seus escritos de 1548 a respeito do tema:

“Quando os povos não têm a luz e o apoio de um imperador, é mister que sejam para si a sua própria luz, e quem não tem guia e chefe, é o seu próprio chefe e guia. E assim, embora algum povo não tenha chefe nem rei mediante providência humana, contudo recebeu da natureza naturante, que é Deus, o poder de se dirigir, governar e iluminar [...], e se se encontrassem alguns homens associados em comunidade, estes teriam do próprio Deus, de modo imediato, o poder de se governarem a si mesmos e de fazerem as coisas sem as quais não poderiam viver em sociedade [...], pois a lei imperial não pode suprimir as providências naturais. Não vai em sentido contrário o fato de que muitos povos parecem carecer completamente de jurisdição. Na verdade, não carecem completamente de jurisdição mas do seu uso¹¹⁹.”

Portanto, os imperadores estavam equivocados quanto a concepção de que possuíam um poder universal que decorria do poder divino, mas isso também decorria diretamente do equívoco do papa a respeito do direito natural e do jusnaturalismo, que desembocava na baderna que eram as concepções noticiadas pelos então teóricos da escola ibérica do direito natural. Os imperadores acreditavam que o poder emanava de uma autoridade que lhe fosse concedida pelo papa, e que esse poder laico universal assim deveria existir pois foi criado por Deus, mas isso jamais poderia ser verdade, a criação do poder universal não significa em nenhum momento que esse poder deva ser conferido a uma alma mortal, muito menos a um imperador. Desse modo, o poder régio de Deus foi por ele criado, mas isso não significa que deve ser concedido ao imperador, muito menos que possa o imperador invocar o poder que supostamente foi concedido pelo papa para tomar territórios, isso seria terminantemente errado pois o papa não possui esse poder, e também o próprio imperador não poderia invocar essa autoridade pois não havia lei humana ou divina lhe concedendo esse poder, e o fundamento do poder civil não tinha absolutamente nenhuma conexão com os cânones do catolicismo, dependendo de aprovação do povo¹²⁰.

Ainda nessa pontuação, é importante ressaltar que à época do direito natural e do jusnaturalismo havia bastante divergência sobre o exercício da guerra justa, ora, podem as

¹¹⁹ AZPILCUETA, Martín de. *Relectio C. nouit de iudiciis, Coinimbricae*, 1548, p. 74. Tradução do latim de António Guimarães Pinto (no prelo). *Apud*. CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. P. 87.

¹²⁰ CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. P. 87 e 88.

soberanias, em nome da força divina, invocar a guerra? E se puderem, quando seria possível dizer que tal guerra foi invocada de modo justo? Essas perguntas ainda que de modo bastante paradoxal, regiam as ideias que pairavam as mentes dos indivíduos catedráticos da época, de modo que os raciocínios resultantes dessa reflexão geraram grandes evoluções no que toca ao pensamento do direito da época, dando ao mundo uma das primeiras noções de direitos de cunho fundamental. O raciocínio repousava na ideia de que uma guerra quando declarada com a finalidade de repudiar atos que atentavam contra a vida humana poderia ser entendida como sendo uma guerra justa. Nessa acepção, somente com o fim eminentemente conceitual, assentavam os teólogos da escola ibérica do direito natural que os indivíduos, mesmo que não sejam batizados e portanto não pertencentes ao cristianismo, devem respeitar a raça humana e a dignidade de cada ser humano, por isso, os crimes contra a humanidade eram repudiáveis, tais como o sacrifício humano em nome de alguma entidade superior que aquele povo acredita, ou qualquer tipo de ato que venha a lesar a integridade humana ou a própria vida humana. Assim, entende-se que estes atos estariam vilipendiando os valores que o catolicismo pregava e que atos desse jaez deveriam desde já serem repudiados em grande escala, possibilitando, como aqui quer-se assentar, que haja o direito a guerra justa. Portanto, trata-se da única motivação justa que deveria possibilitar, de acordo com os teóricos da escola ibérica do direito natural, a guerra, de modo que seria a única forma de descumprir de modo tão forte o direito natural que faria com que a guerra fosse a forma de manter a integridade de cada ser humano que tinha o seu sangue derramado, e assim assenta Luis de Molina, um dos catedráticos dessa escola:

“É lícito impedir que os infiéis e quaisquer outros homens cometam pecados que suponham injúria aos inocentes. E se não quiserem abster-se destes crimes, será lícito declarar-lhes guerra por esta causa, nos termos do direito bélico, sem necessidade de autorização do papa. É o caso do sacrifício de inocentes, ou o dar-lhes morte para se alimentarem das suas carnes, ou o assassinio e opressão através de leis tirânicas. Devemos impedi-lo de qualquer modo que seja, pois qualquer homem pode, por Direito Natural, e sobretudo os príncipes, defender os inocentes da tirania e da opressão. [...]. E não importa que os mesmos bárbaros súbditos desejem estes costumes e sacrifícios, não querendo que os estrangeiros façam guerra por esta causa, pois qualquer um pode livrar outro da morte, mesmo contra a sua vontade, incluindo o que procura matar-se a si mesmo, como é notório. Observe-se, não obstante, que esta guerra não se declara para recuperar algo nosso, nem para vingar injúrias próprias, mas para defender os inocentes enquanto pertencem ao género humano, não sendo lícito a quem declara a guerra apoderar-se dos bens do adversário¹²¹.”

¹²¹ MOLINA, Luis de. *De iustitia et iure*, Cuencae, 1593, tomo I, liv. III, disp. C, tradução do excerto de Pedro Calafate. *Apud*. CALAFATE, Pedro. *A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014. P. 92

Assim, essa seria a única forma, concedida diretamente pelo poder divino, de se fazer a guerra justa, pois o batismo do papa para tanto era dispensado, devendo por um certo dever e direito os cristãos fazerem a guerra quando estivessem em um ambiente que desrespeite a vida e a integridade física dos inocentes.

De acordo com a escola ibérica do direito natural, o direito deveria ter algumas premissas que a escola tomista estava equivocada, tais como: (i) o afastamento da religião, da crença divina dos cânones do direito; (ii) a redução do intelecto e do raciocínio jurídico a ideia da razão individual; (iii) e a promoção de uma certa lógica racional positiva do direito natural.

No que toca a primeira das revoluções que a escola ibérica do direito natural promoveu, o direito deveria efetivamente ser radicado da religião, isso em vista da grande ingerência que era promovida pela alta abstração que os textos divinos tinham, fazendo com que as altas entidades religiosas – como era o caso do papa que era o porta voz das ideias de Deus – possibilitassem que o cristianismo fosse a religião única naquelas ambiências, que não haveria tolerância quanto a nenhuma das religiões que existissem, de modo a promover barbáries como a retirada de bens de pessoas que nada tinham a ver com a compreensão do cristianismo, bem como o derramamento criminoso de sangue. Por isso, de acordo com a escola ibérica do direito natural, o direito, nas concepções que foram fixadas inicialmente, deveria esquecer um pouco da causa primeira de modo prospectivo, em outros termos, posterior a promulgação do direito natural – que é o resultado da causa segunda – o ordenamento então se valeria por si só, sendo que a natureza então regulada por essas regras, deveria se auto-regular, de modo que essa ciência do direito seria certa mesmo que não haja a intervenção divina, mesmo que Deus não existisse, não podendo nenhuma existência divina modificar algo que a ciência comprovasse. Evidente que essa ideia não era compartilhada unânime pelos teóricos da escola ibérica, pois era bastante radical, mas era a mais aceita em vista das barbáries até ali ocorridas no mundo¹²².

No outro aspecto que podemos abstrair das ideias para o direito da escola ibérica, a razão tão vangloriada pelos tomistas, deveria ser uma razão embasada no ideal individual, superando também a sua estrutura complexa que não passava somente por raciocínios de cunho racional, mas também faculdade morais.

¹²² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 208.

Dessa forma, a colocação da razão do ordenamento embasada em uma razão individual foi uma crença bastante influenciada pelo cartesianismo, debruçada na ideia de descartes, que muito tinha de dificuldade com as ciências sociais – que poderiam mudar ao disabor do cientista de acordo com o teórico. Por isso, o ordenamento jurídico deveria se radicar no raciocínio de cunho racional, e tão somente esse, para que qualquer interpretação que perpassasse pela ideia moral seja repudiada, portanto, a verdade seria o resultado dessa atividade intelectual-racional, sem nenhum momento chegar a debater questões que tocam a matéria de cunho moral. Nesse sentido, a ideia nuclear desse quadrante que toca ao direito na esfera crítica da escola ibérica, é que o raciocínio que se seguiria para a obtenção das normas do ordenamento jurídico deveriam se desprender da “causa primeira” delineada pelos tomistas – que como se sabe era Deus. Contudo, os teóricos da escola ibérica não negavam a existência da “causa primeira”, mas assentavam, como se disse, que quando promanada a norma natural pela “causa primeira” essa se valia por si só, não devendo haver nenhum outro juízo que deva novamente perpassar pela “causa primeira”¹²³.

Finalmente, a matéria atinente a lógica do direito natural age como um efeito das duas primeira pontuações aqui promanadas, em vista de que tanto o afastamento do direito da religião, como a radicalização do direito para a razão individual, fazem com que o sistema seja lógico em sua acepção interna, portanto, pode-se falar, como assenta o professor Hespanha¹²⁴, em um dedutivismo no direito, pois poderia se reduzir o direito a preceitos assentados, e não o voluntarismos e subjetivismos superlativos promovidos pelos tomistas, notadamente por São Tomás.

Depois de perpassar por revolução de cunho estrutural tivemos o advento, com o avanço reciclado do jusnaturalismo, do jusracionalismo. O jusracionalismo vem em várias acepções com mudanças estruturais na sua ideia estruturante. Desse modo, sob premissas preliminares, o jusracionalismo considera, ao contrário dos tomistas, que a natureza, tão vangloriada pelos então teóricos tomistas, não tinha absolutamente nenhuma ligação com a finalidade das coisas, de modo que a natureza para os jusracionalistas deveria ser a causa final de tudo, ou seja, a causa de toda e qualquer questão dentro da natureza, portanto, a natureza que faria de maneira causal a ordem cósmica se movimentar, pois essa seria definida pela causa, sendo que a causa específica que faz movimentar a ordenação dos homens, e que nessa acepção

¹²³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003.p. 208 e 209.

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003 p. 209.

seria a razão de cada indivíduo. Tomadas emprestadas as concepções formuladas pelos ibéricos, o direito deveria se embasar em um tipo de razão individual. Desse modo, a razão externada por essa natureza poderia assentar que o direito é regido pela natureza, e quando se fala em natureza estar-se-a a externar a ideia de que a natureza se ligaria a uma de duas acepções: (i) tratar-se-ia de uma concepção que embasa o direito como seguidor da natureza, de inclinações pela natureza formuladas em nós; ou (ii) que o homem deverá se embasar na razão que circunda a sua mente, mediante as atividades intelectivas subjacentes¹²⁵.

Em síntese, a concepção que toca a primeira quadra do jusracionalismo no âmbito jurídico se resume em duas pontuações principais: (i) haveria, assim como inaugurado pelos teóricos da escola ibérica do direito natural, a lei natural promulgada, mas que não deveria ser provinda diretamente de uma causa primeira – que era Deus na acepção dos tomistas – mas ao contrário, a lei natural era promanada e atingida pela razão humana, a sua razão atingida de acordo com a natureza de sua causa; (ii) em razão da conclusão atingida no primeiro ponto, a ideia de que o atingimento da razão se dá por meio do exercício intelectual racional, sendo que o resultado desse exercício faz gerar leis “naturais positivas” que são atingidas por qualquer pessoa, seja ela um técnico do direito ou não, se torna bastante sólida, pois como o direito natural é atingido por meio da razão do ser humano não há a necessidade da passagem por processos complexos, sendo ainda que a lei natural aqui assentada é entendida como sendo objetiva, que não comporta incerteza¹²⁶.

Ainda importante ressaltar, que um dos primeiros teóricos do jusracionalismo em Roma, Cícero, tinha uma concepção bastante cética quanto ao ordenamento jurídico, isso e vista de sua vivência superlativa com Justiniano, um dos imperadores, como já se disse nesse estudo, que formulou um ordenamento totalitário o monumental, composto por vários ordenamentos positivos. Nesse sentido, Cícero tinha essa acepção positivista do direito, e que externou em seus pensamentos jusracionalistas que foram antes citados. Contudo, Cícero tinha o equívoco que muitos dos teóricos tiveram com a compreensão do direito jusnatural-racional, e que o fez em ruínas, mas reservar-se-á um local mais à frente para assentar esse erro de compreensão que fez o jusnaturalismo sucumbir.

¹²⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003.p. 209 e 210.

¹²⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 210 e 211.

Os tempos se passaram e as concepções assentadas do jusracionalismo se mantinham na ordem que se citou acima, todavia, a ordem do dia se modifica para aprimorar a receita do jusracionalismo, e assentar uma concepção mais segura e mais certa do direito.

Desse modo, o direito passa a ter a concepção de certeza, uma concepção que não tinha mais ligação com a teologia mas com a razão, com a boa razão. Nesse sentido, as teorias que foram surgindo muito mais se embasavam em uma ciência certa do que em uma volatilidade incerta. Como exemplo, pode-se citar Descartes, que sempre incomodado com a incerteza das ciências humanas, tenta assentar uma teoria que pode se embasar em observações e na razão, de modo que a sua intenção era especificamente criar uma teoria matemática.

A teoria de Descartes alocada ao direito poderia ser resumida no jusracionalismo individualista, que como ideia inauguradora teve os teóricos da escola ibérica do direito natural, radicando a razão que fundava o direito natural na razão individual, como instituidores. Nesse ponto, de acordo com essa teoria, o direito deveria ser embasado na ideia da evidência racional¹²⁷ seguido de mais regras que fazem com que a evidência racional se torne o cânone de observação do jurista para encontrar de fato o que seria o direito considerado justo. Portanto, além de embasar o direito em uma razão atingida pelo raciocínio do indivíduo, este somente se convenceria da existência daquela ordem como verdade se caso fosse comprovada por práticas assentadas¹²⁸.

Com a evolução do jusracionalismo o direito passa a ser assentado não mais em juízos debruçados na teologia, mas em um juízo assentado sobretudo na ideia de razão, atingida sem a passagem por nenhum juízo de cunho religioso, de modo que todas as ideias pudessem ser compartilhadas por todos os indivíduos e não somente pelos cristãos.

Portanto, nesse sentido as teorias foram sendo desenvolvidas embasadas na razão, mas em sentidos basicamente matemáticos, em que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico pelo “operador” do direito se assemelhava a uma operação matemática, isso em razão dos processos que deveria o hermenauta perpassar para chegar ao conhecimento da verdade normativa. Os processos são resumidos em duas pontuações principais precedentes: (i) observações históricas da sociedade subjacente e (ii) o descobrimento da razão por meio de processos intelectivos racionais. Seguindo intrinsecamente a esses processos interpretativos, o

¹²⁷ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Clássicos). P. 15 e seguintes.

¹²⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 216.

hermeneuta deveria levar em conta: (i) os axiomas naturais do movimento do homem naquele local determinado, para assentar qual de fato seria a sua causa específica e (ii) depois de definido o axioma de comportamento do homem de acordo com a sua natureza específica – obviamente variando de autor para autor – viriam os processos intelectivos matemáticos, que extraíam desse sistema que formulava o *agire* humano naquele local de normas positivas que regiam aquela determinada sociedade.

Daí a ideia de que o direito natural sustentado pelo jusracionalismo passa a sustentar a tese de que a natureza é uma causa e não um fim, pois o que importa agora para que o ordenamento seja de fato real e justo não é a finalidade que o homem busca (Deus ou algum bem supremo), mas a causa de sua ação ou existência, como é o caso de sua vontade ou de seu instinto como animal. Assim, o ordenamento, de acordo com o professor Hespanha, passa a ser mecanicista, de modo a sustentar processos matemáticos que demonstrem as causas físicas-naturais em que o homem buscaria a sua verdade e a sua ordem de existência em evidências fáticas e não em um mundo sobrenatural, que externa os atos do homem em uma ordem finalística¹²⁹.

É importante ressaltar que o jusracionalismo ainda se aperfeiçoou um pouco mais para surgir em dois momentos principais. Como se disse, a ideia do jusracionalismo que foi avançando parte do intuito individualista, ou seja, a aceção mais moderna sustentada do jusracionalismo se embasa em sua concepção individual, a saber, composta pelas ideias aqui já sustentadas de Descartes (o cartesianismo) e as formulações do empirismo. O empirismo, aqui ainda não explicitado, se debruça na ideia de que o homem, além de sua concepção assentada na ideia da razão, se debruçava em seu instinto, de modo que seria o homem movido por seu instinto racional. Portanto, o jusracionalismo em seu substrato material é composto pela ideia do empirismo e do cartesianismo, tendo como valor norteador normativo o instinto do homem, bem como a sua razão atingida pelos processos matemáticos que previamente se citou.

Destarte, com o passar do tempo o jusracionalismo foi sendo dividido em duas concepção principais: (i) o voluntarismo eloquente e (ii) pretensão de cientificação objetiva.

O voluntarismo se debruçava nas ideias mais naturais do ordenamento, que tinha a sua guarida axiológica nas pretensões do empirismo acima transcrito, de modo que

¹²⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 214.

embasava o ordenamento no instinto humano, devendo as leis garantir que esse instinto seja exercido de maneira superlativa. Nesse sentido, é assente na doutrina do voluntarismo que o homem possuía o poder de fazer valer todas as suas vontades. Evidente que isso poderia soar estranho, ora, com o movimento racional do direito natural sendo radicado para um raciocínio de cunho matemático, porque a vontade seria então aquela que deveria prevalecer em troca de processos objetivos? Os sustentadores voluntaristas respondiam que a vontade do homem era considerada racional, porquanto possuía o direito de manifestar as suas vontades de modo livre. Outros respondem que o homem seria capaz de manter os seus instintos controlados, possibilitando por isso o exercício somente da razão, ou seja, por meio de seus instintos exercidos na vontade o homem iria filtrar, no exercício de suas faculdades mentais e materiais, qual o instinto que de fato corresponderia a razão. Dessa forma, o homem deveria ter o direito de ver os seus instintos e vontades devidamente atendidos na sociedade, sem prejuízo da razão, em vista de que para esses teóricos a razão seria somente uma forma de orientar o exercício da vontade do homem, funcionando como um verdadeiro meio para que de fato o fim seja a satisfação da vontade dos homens, que por conseguinte, era considerada racional¹³⁰.

Nesse sentido, o voluntarismo estaria ligado a aceção que se formou atinente ao jusracionalismo individualista, que nesse ponto poderia ser resumido na criação do direito subjetivo. A noção de direito subjetivo está diretamente atrelada a noção de vontade, em que bastava ao direito regular questões da sociedade, mas que não poderia obstar os homens de exercer os seus direitos subjetivos. Portanto, a noção dos direitos subjetivos remonta a ideia inata ao homem, em que a natureza lhe concedia a faculdade de dessa forma prosseguir, são direitos inerentes a condição de ser humano daquele indivíduo. Mas poderia se indagar: a noção de direitos que protegem o instinto dos homens poderia gerar um caos social, pois seriam vários homens exercendo o seu direito inato? Exatamente assim que teóricos como Thomas Hobbes e John Locke pensavam, e então criaram teorias que tentavam conciliar o “estado de natureza” do homem por um contrato social.

Hobbes, mais desacreditado da natureza do homem, em linhas gerais, dizia que como o homem não tinha condição de gerir essas faculdades que lhes foram garantidas de modo natural, deve por isso entregar a um ente supremo (Estado), em que esse ente supremo iria legislar e ordenar de fato as vontades daqueles homens participantes daquela sociedade, de modo a estabelecer uma sociedade tirânica por assim dizer, pois todo o direito somente

¹³⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. P. 222 e seguintes.

emanaria do soberano, ou se forem costumes criados pela sociedade, somente iriam se sustentar se não houvesse o conflito desses com as leis positivas que o soberano editasse¹³¹. Outro teórico que tentava conciliar o “estado de natureza” do homem, para que os seus direitos subjetivos não conflitassem de maneira perene era John Locke. Este teórico, ao contrário de Hobbes, dizia que para a resolução desse problema deveria ser criado também um ente supremo (Estado), mas que não teria esse ente supremo uma autoridade de ditar os direitos naturais de cada homem, mas que a administração desses direitos ficaria a cargo desse ente supremo, substituindo a vontade dos indivíduos em conflito (algo parecido com a característica da substitutividade da jurisdição nos conceitos atuais).

Dessa forma, as faculdades dos indivíduos, assentadas no sentido dos direitos subjetivos, possuíam, de acordo com a concepção do “contrato social”, uma condicionante que se denominou de direito objetivo, em outros termos, como o direito subjetivo está atrelado a ideia de que cada cidadão seria titular de um direito inato a sua condição, a sobrevivência dessa ideia em uma sociedade plural seria por demais complexa, pois vários indivíduos em um mesmo espaço poderiam conflitar de uma forma superlativa, por isso, criaram-se regras objetivas para que haja a confluência desses direitos subjetivos de forma harmônica, sendo que essas regras de cunho objetivo se apunham em um “contrato social”, que possuíam, de acordo com as teorias antes transcritas, as concepções mais variadas possíveis, mas que se radicavam na de Locke e Hobbes. Contudo, é de se assentar que o direito subjetivo, que como se disse é inato a condição de ser humano, pré existe ao ordenamento objetivo, de modo que a sua concepção se perfaz em uma ideia, como já aqui sustentada, de um direito por natureza conferido ao ser humano, sendo que o direito objetivo funcionaria como uma certa peneira, em que as vontades dos indivíduos, em determinados momentos, deveriam ser de alguma forma controladas para que possam sobreviver com as demais vontades dos indivíduos naquele determinado grupo social.

Assim, o voluntarismo, após o Estado de formação do ente absoluto-político, passa a ter uma dicotomia de posições: os liberais (que são representados pelas ideologias do contrato social de Locke), e os absolutistas-totalitários (representados pelo pessimismo de Hobbes). Cumpre observar que ambas as posições possuíam uma convergência, que de fato vem a ser o substrato material do voluntarismo: a vontade deveria ser o cânone primeiro a ser observado. Ora, de fato, a vontade do ser humano, que externava o seu direito natural a determinado tipo de posicionamento, que elucidava na prática os seus instintos, cria as suas

¹³¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes, São Paulo, 2003. Cap. 14. P. 25 e seguintes.

limitação objetivas, em outros termos, o direito subjetivo cria o direito objetivo, pois a vontade dos homens faz com que estes submetam os seus direitos naturais ao ente supremo que cria por meio de um pacto, o contrato social. O que no entanto é diferido nessas duas concepções de controlar o estado de natureza do homem é a forma de instituição dessa vontade, ou seja, o fundamento dessas vontades.

Para o liberalismo primitivo, a vontade que cria o ordenamento objetivo (que pactua o contrato social) seria a mesma vontade que os indivíduos possuem naturalmente, de modo que Estado (ente político superior) estaria ali somente com o cunho representativo. Por isso, a vontade que iria criar os limites objetivos aos direitos subjetivos então existentes era uma soma de todas as vontades dos indivíduos que pactuaram o contrato social, de modo que somente haveria tomada de uma decisão específica de determinado caso se esse corpo social assim decidir por maioria¹³².

Aqueles que acreditavam na crença do absolutismo quanto a harmonia do estado de natureza humano, assentavam que as vontades subjetivas de cada homem, que por meio de seus atos criariam o ente supremo (Estado), criavam uma vontade autônoma, que na impossibilidade de cada homem gerir as suas próprias vontades, pactuavam o contrato social transferindo todo e qualquer tipo de poder sobre os homens a essa vontade suprema. Por isso, toda e qualquer posição que esse ente supremo toma deve ser considerada racional. Da mesma forma que é considerado que cada homem teria direitos subjetivos que são inatos a sua condição de humano, a formulação do pacto social com o ente supremo transferiria todo esse poder subjetivo ao ente supremo, de modo que esse poder legislativo que era superior aos demais, possuía limitações de acordo com outro teórico considerado absolutista: Rousseau¹³³. De acordo com o autor deveria haver certo sopesamento entre a vontade política que esse ente supremo possuía e a razão, que como se diz foi o escoadouro da modernidade do jusracionalismo. Nesse sentido, estaria em dois polos distintos a vontade geral que cria um novo ente para a administração do estado de natureza do homem e a razão, de modo a tentar encontrar de fato uma explicação objetiva que conseguisse externar que a vontade geral, emanada com a vontade dos indivíduos que compunham o poder soberano, seria sempre uma vontade racional,

¹³² LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Orga. Igor Cezar. F. A. Gomes. Distribuição Clube do Livro Liberal. Editora Vozes. p. 36 e seguintes

¹³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3. Ed. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Clássicos). P. 125 e seguintes e 148.

e se não o fosse quais seriam as limitação que então a vontade geral teria para que atingisse a razão no seu exercício.

Nessa acepção, o autor assenta que a criação de um ente supremo capaz de administrar o estado de natureza do homem e que transferindo a sua vontade subjetiva natural que lhe é inata, faz o homem perceber que adentrar ao mundo civil, que de fato ofusca um pouco as suas necessidade instintivas-naturais, demanda uma certa consciência moral precedente a tomada de uma decisão, de modo que essa consciência moral lhe faria olhar primeiro para a razão do que para as suas vontade instintivas-naturais, por isso, de acordo com Rousseau, aquela vontade criadora do ente supremo chamada pelo autor de vontade geral, era sempre racional, independente do fundamento de seus juízos. Contudo, já de maneira pioneira, o autor faz uma distinção que hoje é bastante usada no direito administrativo, que é a diferença entre o interesse público e privado, que norteia as ações do Estado. De acordo com ele, haveria uma diferença abissal entre a vontade geral e a vontade de todos. A vontade geral seria a vontade do corpo social político em tomar uma determinada providência no sentido melhor para todo esse corpo, de modo que a vontade externada estaria de acordo com a vontade natural inata ao ser humano, e também de acordo com a vontade da maioria. Já a vontade de todos nada mais era do que a vontade dos particulares, que por serem comuns a um certo grupo de indivíduos ganhava algum corpo de sustentação, mas que externava objetivos meramente privados sem nenhum interesse comum. Essa orientação final de Rousseau representa os ideais democráticos promanados na revolução francesa, que mais à frente se abordará.

Na outra acepção que compõe o jusracionalismo moderno, tem-se a pretensão de cientifização. Essa forma de sustentar o ordenamento teve como base o andamento do jusracionalismo individualista na sua concepção mais voltada ao cartesianismo, que aproximava a noção do direito a processos e operações matemáticas. De acordo com essa concepção as normas de regência da sociedade estariam submetidas as observações empíricas e a razão exercida de acordo com processos geométricos-matemáticos, e quando estes não forem possíveis de serem encontrados utilizar-se-ia as próprias normas positivadas, assentando assim o que viria a ser a sentença de morte do jusracionalismo que era a identificação das normas do plano natural às compostas e externadas em normas positivas¹³⁴.

Nessas duas acepções que formaram o direito jusracional e que perduraram durante bastante tempo na sociedade, houve, tanto por parte do voluntarismo como por parte da

¹³⁴ Assim assentava por exemplo Guilherme Occam, com a identificação das normas naturais, extraídas da racionalidade, e as normas positivas.

cientifização, mutações nas sociedades que foram aplicadas tais formas de pensar e gerir o estado de natureza do homem, para fazer de fato valer um estado civil. Contudo, havia a necessidade de se estabelecer um limiar entre essas duas pontuações, ora, não se podia ter os ordenamentos jurídicos enclausurados entre essas duas concepções. Com a finalidade eminentemente conceitual cumpre assentar que a dicotomia entre essas duas concepções se resumia na razão e na vontade, em que a cientifização presava por uma objetivação de princípios específicos, que eram delineados pela própria natureza das coisas e não poderiam ser modificados representando, nesse particular, a razão perfeitamente. Já o voluntarismo, sustentando ideias de vontade, assentava que o importante seria o produto do exercício intelectual-racional-natural de cada cidadão, por isso, esse produto deveria ser considerado o direito perfeito e acabado.

Com o caminhar e o desenvolvimento das teorias, os teóricos modernos do jusracionalismo tanto em seu viés voluntarista como em seu viés de cientifização assentam que não há nenhum tipo de dicotomia ou dissonância entre o voluntarismo e a cientifização, na verdade, uma noção irá de encontro com a outra. Ambos os teóricos desses seguimentos do jusracionalismo assentam que a vontade que externa os instintos humanos é freada pela razão, sendo que não haveria uma certa dificuldade semântica em confluenciar essas ideias, pois a vontade geral somente seria de fato a correta se caso espelhasse a vontade geral de todos cidadãos daquela sociedade (na acepção de Rousseau e compartilhada por muitos), portanto, como já foi fixado páginas atrás, o direito subjetivo dos homens estaria limitado pela razão e pelas leis positivas que fossem externadas na realidade subjacente, seria assim uma dupla limitação, uma de caráter mais objetivista, que poderia ser resumida na limitação dos direitos subjetivos pelos direitos objetivos colocados no contrato social (mesmo que o próprio contrato social fosse criado pela vontade dos próprios indivíduos componentes daquela sociedade), e outra de caráter zetético, qual seja, a de que a vontade do homem somente poderia ser externada de modo correto se espelhasse a razão, sendo que cada forma teórica justificava a existência dessa limitação semântica de maneira peculiar.

Algumas teorias embasadas na fusão dessas duas pontuações evolutivas do jusracionalismo foram evoluindo para o lado objetivo da questão, de modo a externar muito mais uma razão estática e que é obtida através dos processos matemáticos na natureza, de modo a esquecer os princípios da natureza do homem, se voltando a uma natureza sobretudo assentada no curso natural propriamente dito. Um dos sustentadores de teorias nesse sentido foi Montesquieu, que revoltado contra os subjetivismos e obscuridades promovidos pelos

estadistas e entidades religiosas que foram seguindo a época francesa, formulou uma teoria embasada na objetivação e positivação da razão, que como se verá também foi combustível substancial para a revolução francesa¹³⁵.

Como dito páginas atrás, houve no andamento das concepções promovidas pelo direito jusnatural, inicialmente, a sua concepção embasada sobretudo na ideia de que existe um Deus bom e ordenador que ditava as regras justas e injustas, sendo que os raciocínios para se chegar a ordem natural sustentados pela escola tomista repousavam não somente em uma racionalidade, mas também em juízos de cunho moral virtuoso, sendo que o homem não poderia chegar a essa resposta, pois possuía a alma impura e pecadora. Por isso, o ordenamento natural com normas nesse sentido, é sobrenatural, sem existência positiva. Mais à frente, a escola ibérica do direito natural assentou pesada crítica quanto a essas pontuações, dizendo que o direito natural não poderia ser usado como um facilitador de matança e conquista de territórios, bem como do derramamento de sangue de modo criminoso, assentando algumas pontuações que antes os tomistas diziam ser verdade, fazendo com que haja o marco determinante entre as teorias do jusnaturalismo, que retira nessa pontuação a religião do direito, deixando-o laicizado de fato, impondo sob premissa inauguradoras o direito sob os cânones da razão. Dessa forma, o direito começa a ser entendido como sendo objetivo, mas sem a discussão que aqui se pretende travar. Mais à frente passamos de fato ao jusracionalismo, que sustentava sim teorias matemáticas em face do direito, identificando, assim como as ciências exatas, axiomas jurídicos para exercer racionalidades intelectivas.

A partir do jusracionalismo passou-se a discutir e afirmar por vários teóricos que o direito natural, em sua aceção principal, possuía um correspondente no direito positivo, portanto, para esses teóricos haveria, da ordem natural, um direito positivo correspondente, mas isso foi justamente o motivo determinante que fez o direito natural sucumbir. Ora, se caso a concepção do direito natural fosse de fato essa que os jusracionalistas diziam, então o direito natural que não tiver o seu correspondente em direito positivo não seria direito, pois não teria o seu correspondente. Como já se disse nesse estudo, direito é um conceito análogo, que colocado em alguns contextos terá igual número de significações, de modo que a significação de direito positivo e direito natural é terminantemente diferente, de modo que o essa analogia é a de relação¹³⁶. O que deve ficar claro nessa pontuação é que o significado de direito quando

¹³⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 230.

¹³⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 68.

colocado no direito natural e positivo é diferente, portanto, a pretensão de alguns jusracionalistas é errônea no seu cunho prático e semântico, uma vez que direito natural significa “X” e direito positivo “Y”, descabendo dizer que o direito natural somente teria existência quando tido seu correspondente no mundo positivo. Nesse sentido, a análise que deve ser feita é a inversa, ou seja, o direito positivo somente existirá validademnte se tiver em correspondência com um direito natural.

Essa fundamentação nos leva a afirmação de que o direito natural na verdade é fundamento das normas de direito positivo, mas a sua concepção é relacional, ou seja, um somente pode existir de modo legal se estiver em consonância com o outro, mas aqui essa analogia se faz entre o direito natural e o positivo, a saber, o direito positivo somente poderá existir de forma legal se estiver em confluência com o direito natural¹³⁷.

1.2.2 O positivismo jurídico

Com as concepções que se passaram anteriormente, o jusracionalismo, imbuído do sentimento mais racional possível, entende que o direito deveria de fato ser objetivado para que a razão, atingida por processos matemáticos, seja objetiva, de acordo com os processos das ciências naturais. Por isso, como se disse anteriormente, os sustentadores do positivismo jurídico, que vieram a codificar todo o direito, tiveram como combustíveis fósseis de sua inspiração filosófica-teórica: (i) a incerteza do direito à época do jusnaturalismo, que possibilitava uma ingerência por parte dos imperadores, bem como do papa e (ii) separar, mesmo que a escola ibérica do direito natural já assim havia agido, a razão da fé, radicando o direito para cânones laicos.

Nesse sentido, o jusracionalismo acima noticiado, evolui de forma mais assente para o positivismo jurídico em cânones históricos e teóricos que passa-se a se analisar a seguir.

Nessa pontuação, os positivistas rechaçavam de modo objetivo as ideias promanadas pelo jusracionalismo voluntarista-absolutista, pois deixa a razão de lado para promover as vontades do homem de maneira superlativa. Contudo, consideravam de modo coerente as ideias de John Locke, que era participante da corrente do jusracionalismo liberal,

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 257 à 260.

que era mais aproximado da razão, mas que no entanto não era a concepção primeira do positivismo.

As concepções do positivismo em sua ideia primitiva tiveram a sua aceção assentada no positivismo legalista, qual seja, o direito se resumia a lei, pois como se disse, a razão, que formava o direito jusracional, seria objetiva, obtida por processos matemáticos. Por isso, poderia se chamar de uma positivação da razão, que na verdade restou o direito natural sustentado por essas escolas, codificado.

Todas essas ideias restavam mais assentadas na França, que assim como toda a Europa, teve o seu direito passado nas ideias de cunho jusracional e depois codificado mediante as inspirações codificadoras-positivistas. Nesse sentido, a formulação da pauta codificadora teve, como um fenômeno decorrencial do jusracionalismo, a codificação positiva, de modo que filosoficamente essa pretensão de codificação do direito externava em um primeiro momento o positivismo exegético ou legalista como aqui já mencionado. Assenta-se e observa-se que toda a história jurídica tem a sua justificação, pois cada forma de pensar o direito estava alocada a sua época, sendo que a quadra filosófica de cada momento histórico é evolutiva para os cidadãos ali residentes

Essa forma filosófica fica conhecida, como já se disse, por reduzir a aplicação do direito em métodos estruturantes matemáticos, basicamente regidos pelas ideias do cartesianismo, qual seja, a de assentar o direito identificando os seus axiomas e posteriormente, por meio de observações empíricas, ter os seus resultados, bem ao sabor das ciências naturais assim como descrevia Descartes¹³⁸.

Importa salientar, que a codificação seguiu as inspirações e motivações que se citaram inicialmente, pois não havia mais tolerância por parte dos indivíduos privados, sobretudo a burguesia, na ingerência que o Estado promovia sobretudo em suas propriedades, portanto, iniciaram um movimento para que houvesse a devida limitação na atuação do Estado em esferas privadas, e também, com a inspiração e motivação subjacente: a incerteza do direito que possibilitava tais ingerências de maneira superlativa.

Destarte, criou-se, quase que de forma acidental, dois pontos principais do direito: (i) o primeiro, resumido nos locais em que o Estado poderia agir de maneira superlativa e que abrigava as suas competências enquanto Estado, estava a sua relação com os cidadãos, que poderia ser assentado nas constituições que seguiram as sociedades. Assim, nascia o que se

¹³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2. Ed. São Paulo. Saraiva. 2010. P. 25 e 26.

chama atualmente de direito público, e que se limitou com a positivação de direitos e garantias fundamentais para que o Estado não adentrasse em esferas privadas de maneira superlativa, e que tivesse a sua limitação positivada. Aqui nascia também a noção de constitucionalismo, qual seja, a limitação de poderes por meio de garantia de direitos fundamentais individuais, bem como a divisão desses mesmos poderes em funções específicas do Estado; (ii) sob um segundo aspecto, houve, no âmbito dos próprios cidadãos, a criação de códigos, que resumiam todos os direitos que deveriam ser aplicados, de modo que nessa primeira formação, como aqui já assentado, o positivismo era legalista, resumindo a razão nas normas positivadas.

Imbuído desse sentimento codificador, o direito fica sendo dividido em público e privado, em que público seria o local em que o Estado, entendido em sua forma mais moderna, exercia as suas competências e poderia atuar com certo grau de império, bem como aplicar a constituição, já o local privado seria aquele em que os cidadãos poderiam exercer de fato as suas relações sem a interferência do Estado. Importante salientar, que a classificação do direito em público e privado em sua concepção primeira no positivismo jurídico tinha uma face particular, ora, quem promovia, notadamente na França, esse protesto contra o poder do Estado em face do particular era a burguesia, ou seja, pessoas que possuíam riquezas. Portanto, em sua primeira inspiração, o positivismo, que externava na prática uma codificação, visava a criação de normas para assegurar a propriedade e o seu trânsito jurídico, assim, na prática as ideias que antes se citaram repousam na formação filosófica, enquanto que no campo pragmático as inspirações eram basicamente de cunho objetivo conveniente, protegendo as riquezas da burguesia em face do Estado.

Dessa forma, houve certa racionalização do direito em quadrantes, de modo que antes a cientificação promovida pelo jusracionalismo toma foros que assentam o direito resumido em folhas de papel, e que a doutrina, antes bastante vangloriada pelo papel dos jurisconsultos, se vê ofuscada, pois nada saía da clausura dos códigos monumentais que se criaram inicialmente na França.

A melhor maneira de explicar o positivismo jurídico é inferindo em algumas pontuações históricas francesas que influenciaram a sua revolução, em vista de que foi na França que se teve o maior avanço filosófico-pragmático dessa forma de pensar o direito, embora a revolução francesa propriamente dita, com caráter iluminista por assim dizer, tinha ainda as formas de um jusracionalismo.

1.2.2.1 O berço francês do positivismo (o legalismo)

No Estado francês, já a épocas mais avançadas de um absolutismo, havia um movimento que surgia de forma embrionária. Enquanto que a sociedade francesa vivia basicamente dividida em classes, havia um poder político monárquico que poderia ser denominado como absolutista, em vista das decisões tomadas pelos indivíduos que compunham o poder.

Destarte, para falar da revolução francesa como um marco teórico para a ciência jurídica, assentando de uma vez por todas o positivismo jurídico, é necessário que haja o entendimento de alguns conceitos de cunho histórico que pairavam àquela ambiência: (i) primeiro, cumpre assentar o que seria de fato o iluminismo, que movimentou de modo assente a revolução francesa e fez com que o pensamento do direito se modificasse de forma substancial, sendo nesse ponto um dos combustíveis fósseis da revolução francesa; (ii) segundo, sob uma premissa inteiramente resultante da revolução, temos a inauguração, no âmbito político, do liberalismo, que fez a cabeça de vários dos indivíduos participantes dessa revolução monumental.

No primeiro momento discute-se o conceito do iluminismo. Este conceito denota uma forma de pensar que dominava aquele quadrante de tempo, pois havia a vivência do povo francês em um ambiente dominado sobretudo por elites francesas que compunham o poder absoluto e monárquico da coroa. Dessa forma, sendo que a sociedade francesa era basicamente regida por um absolutismo de cunho monárquico, as decisões partiam de cima, de uma classe política que tomava de maneira unilateral as decisões atinentes ao que poderia ser chamado de “coisa pública” no decorrer do Estado francês, de modo a de fato centralizar o poder¹³⁹.

Dessa forma, vivendo a sociedade francesa naquelas condições políticas, é nesse ambiente que surge o iluminismo, e que possibilitou de forma substancial que houvesse a revolução francesa de 1789. Contudo, é importante salientar que o iluminismo não é marcado por ideias homogêneas, ou que denotem um pensamento estruturado que possa ser compendiado em um sistema, muito pelo contrário, o pensamento promanado pelo iluminismo era por vezes inclusive contraditório, ora, o movimento revolucionário francês prestava os seus tributos a dois teóricos que se denominavam iluministas, dizendo que ambos de fato são

¹³⁹ GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo*. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo. Contexto. 2014. p. 22.

vinculados ao movimento a partir de suas ideias. Os teóricos eram Voltaire e Rousseau¹⁴⁰. Ora, o que significaria então iluminismo? Trata-se de um pensamento, que ao contrário do que alguns pretendiam, não poderia ter jamais uma unidade ou sequer sistematização, pois o pensamento do iluminismo era exatamente esse: crítica. Não se pode dizer que os revolucionários possuíam uma conveniência em tentar ligar o pensamento iluminista aos cânones da revolução francesa, alegando que havia ausência de lógica em seu pensamento. Exigir do movimento revolucionário que haja ordem e sistematização em seus ideais intelectuais, seria como exigir trabalho de no mínimo cem por cento de um categoria profissional que está promovendo uma greve, portanto, o movimento iluminista, quando atrelado aos cânones revolucionários franceses, tinha o sentido de atribuir as suas formas a crítica, impedindo que haja qualquer tipo de movimento totalitário estático, que impedisse as pessoas de exercerem processos intelectivos em face de determinada medida. As palavras do professor Grespan definem especificamente essa questão:

“Mas a crítica constitui, sem dúvida, um elemento fundamental no movimento das ideias, imprimindo-lhe uma dinâmica, impedindo que se cristalizassem numa totalidade estática, pronta. O iluminismo não podia ter uma forma sistemática, portanto, já que se definia justamente pelo repúdio de todo e qualquer sistema rígido e acabado de pensamento¹⁴¹.”

Dessa forma, o iluminismo era entendido como uma forma de pensamento crítico, que se amoldava as questões sustentadas pelos instituidores do movimento revolucionário, de modo que externaria uma independência intelectual, que possibilitava que cada indivíduo chegasse a conclusões específicas suas a partir de sua análise intelectual. Nesse sentido, como matéria de fundo, encontrávamos a razão, que mesmo sendo a atividade intelectual de cada um não poderia ser considerada como absoluta, podendo ser criticada por outro processo intelectual, portanto, com essa afirmação nem mesmo o próprio iluminismo poderia ficar de fora de uma crítica promanada por alguém.

Assim, conclui-se que o pensamento iluminista era considerado ausente de sistematização, ambíguo e heterogêneo, de modo a formar as suas conceituações a partir dessa dialética sem fim entre ideias, de modo que a revolução foi marcada por essa revolução de ideias, que não se fixava em cânones estáticos e totalitários, sempre se reinventando. Por isso, poderíamos especular que a revolução francesa, como caráter atinente a ação, teve a sua elaboração teórica nos sentimentos iluministas, sem prejuízo de considerar o próprio

¹⁴⁰ GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo*. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo. Contexto. 2014. p. 14.

¹⁴¹ GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo*. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo. Contexto. 2014. p. 15.

iluminismo como uma ação de fato, que modificava e inovava as ideias promanadas no campo da filosofia, política, economia e direito. Portanto, sob a feição exatamente atrelada a revolução francesa, podemos dizer que o iluminismo era a crítica de que o poder absoluto, atribuído a um governo monárquico, não poderia ditar o que seria de fato direito. Ora, há na sociedade direitos que são de conotação natural, e que não necessitam de um Estado para dizer o que seria o direito, de modo que se um tirano do Estado suprimisse esse direito o povo poderia se voltar contra ele e retirá-lo do poder¹⁴².

Na segunda premissa, sob o viés político-econômico, e como se verá, também jurídico, surge o pensamento liberal, ou seja, deverá o Estado se abster de adentrar as esferas privadas, ou, deverá o Estado, quando adentrar as esferas privadas, se circunscrever às leis que delimitam a sua atuação nesse ambiente. O professor Grespan assenta que a história do liberalismo, assentada em cânones franceses até o seu desague na teoria de Locke, se inicia com o conceito de “soberania” do Estado, ora, poderia então o Estado editar leis obrigando os cidadãos a praticar toda e qualquer conduta ao seu mero dissabor? Os conceitos de jusnaturalismo e do direito natural já foram amplamente aqui discutidos, portanto, para que seja entendida essa questão é necessário se ter em mente os conceitos de jusnaturalismo e do direito natural que aqui já foram noticiados. Dessa forma, o liberalismo seria debruçado na ideia de que as leis naturais, como aqui já assentado, precedem as leis positivas editadas pelo homem, e que por isso as leis do homem não poderiam contrariar as leis naturais.

Portanto, tendo como correta tal afirmação, a soberania Estatal cairia por terra, de modo a circunscrever as tarefas do Estado a um âmbito específico, que não coloque em risco os direitos naturais de cada indivíduo, de modo que nesse ponto existiriam duas ordens paralelas, a estatal pública e a civil (observa-se que com a noção de liberalismo, seja no âmbito político ou econômico, os moldes da classificação entre direito público e privado vão se externando como se explicitará de modo melhor mais à frente). O ponto fulcral da questão é: existiria sociedade civil sem Estado? Nesse meio se coloca o direito de propriedade como um direito natural, de modo que o Estado não poderia então editar leis que extirpassem esse direito dos indivíduos privados.

Destarte, o liberalismo, em sua primeira feição aqui assentada no âmbito econômico e político, circunscrevia a atividade do Estado, de modo a limitar de forma assente a atuação deste na esfera privada, sendo que na economia deveria o Estado não adentrar a

¹⁴² GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo*. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo. Contexto. 2014. p.19 e 20.

propriedade privada, reconhecendo que o direito à propriedade seria um direito natural que, portanto, não deveria ser atingido pelas leis do Estado. No âmbito político, reconhece, como a noção de direito natural e de jusnaturalismo aqui já explicitadas, que as leis emitidas pelo soberano jamais poderiam contrariar os direitos naturais dos indivíduos, criando, como se falará mais à frente, uma divisão entre sociedade civil e Estado, que resultará também na criação da classificação de direito público e privado objeto fulcral deste trabalho.

É importante mencionar que a revolução francesa, hoje eternizada em várias doutrinas e falas de grandes estadistas, iniciou a demanda de uma grupo populacional por direitos individuais fundamentais, portanto, pode-se dizer que foi a partir dos ideais da revolução francesa, com a pretensão de objetividade do direito, que nós tivemos o advento inicial do constitucionalismo no âmbito público, que posteriormente viria a formar o direito constitucional moderno, e no âmbito privado surgia o positivismo jurídico, já carregado das concepções jusracionalistas objetivista, que embasavam a sua sustentação na razão.

Ainda nessa pontuação, a França vivia um momento bastante ruim em sua economia, o país passava por certa crise em suas finanças devido a baixa arrecadação de impostos e taxas do Terceiro Estado, por isso, o ambiente era de bastante tensão: de um lado o Terceiro Estado, composto por camponeses, estava bastante enervado por ter as suas propriedades retiradas quase que a força, do outro o clero e a nobreza com o incômodo de a todo momento o ministro das finanças falar em taxar as suas riquezas, sendo que subjacente a isso a nobreza e o clero não paravam de gastar e o rei, impossibilitado de fazer algo, tomava empréstimos milionários para cobrir tais despesas. Em razão dessa situação bastante dificultosa o rei convoca a assembleia dos notáveis, composta sobretudo por componentes escolhidos a dedo pelo rei da nobreza e do clero. Contudo, não houve consenso a respeito das medidas a serem tomadas, pois o ministro das finanças a todo momento mencionava a taxação da nobreza, o que não era aceito bem pelos seus componentes. Por isso, depois da demissão do ministro das finanças houve a convocação dos Estado gerais, quais sejam, o clero, a nobreza e o terceiro Estado¹⁴³.

Em 5 de maio de 1789, houve a instalação dos Estados gerais para a análise dos problemas econômicos que o país atravessava, contudo, mesmo antes de adentrar a discussão meritória colocada em pauta, surgiu uma pontuação bastante complexa: como cada voto seria tomado? Então, os demais componentes, por obviedade, fizeram tudo que podiam e

¹⁴³ FEITOSA, Samara. *Da Revolução Francesa até os nossos dias: um olhar histórico* [livro eletrônico]. Curitiba. InterSaber. 2016. p.26.

não podiam para que a votação suprimisse a vontade do terceiro estado, em vista de que são indivíduos camponeses e que não poderiam tomar partido dentro de decisões do Estado tão importantes como essas. Com o andamento desse impasse de cunho preliminar a reunião seguiu pelo mês à frente sem resolução. Fora das portas da reunião, um movimento popular se inicia de maneira embrionária, clamando por resoluções, pois o país já estava afundado em dívidas decorrentes dos empréstimos realizados pelo rei para cobrir as despesas da nobreza, de modo que faria de forma bastante forte pressão para que seja definida uma solução. No entanto, o rei dissolve os Estado Gerais com medo da grande proporção que os movimentos populares tomaram. Os então deputados representantes do terceiro estado se refugiam na sala de jogos de Péla demandando do rei uma Assembleia Nacional, de modo que foram posteriormente atendidos pelo rei. Convocada a Assembleia os deputados do terceiro estado demandavam que somente seria o mais correto se uma nova constituição fosse escrita. Nessa afirmação os indivíduos que apoiavam a ideia dos deputados do terceiro estado formaram uma guarda nacional para proteger a sala em que ocorria a Assembleia Nacional, isso com o fito de não permitir a interrupção da Assembleia e a manutenção do *status quo* daquele momento institucional. O movimento ganha força com muitas manifestação populares clamando por uma mudança na situação e uma abolição de privilégios de uns que não eram penalizados de maneira mais forte com a crise financeira¹⁴⁴.

Com isso, houve um ato que seria então o ato marcante da revolução francesa: a tomada por parte de manifestações populares da prisão de Bastilha, que àquela época representava a opressão da nobreza sobre o terceiro estado, em vista de que ali estavam vários presos em razão de serem desafetos e, pelos argumentos da nobreza, obstarem os seus objetivos maiores. Dessa forma, o movimento da revolução francesa se assenta, conjuntamente aos pensamentos iluministas, por uma ação bastante enervada de uma parcela da população que toma foros bastante expressivos¹⁴⁵.

Entendidas as questões históricas precedentes, bem como conceitos atinentes ao âmbito francês, passa-se aos efeitos jurídicos, sendo que um deles e o mais expressivo será a criação do que se chamou na filosofia do direito de positivismo jurídico. Cumpre primeiramente assentar os efeitos primários que essa revolução expressiva causa na sociedade

¹⁴⁴ FEITOSA, Samara. *Da Revolução Francesa até os nossos dias: um olhar histórico* [livro eletrônico]. Curitiba. InterSaberes. 2016. p. 28 e ss.

¹⁴⁵ Como por exemplo, a extensão dessas tomadas de locais a repartições públicas, ou residência oficiais, tomando todo o local, de modo que havia, quando da tomada de um órgão que decidia questões para a população, a eleição dos membros que ali residiam para que houvesse transparência nas decisões, tais como conselhos municipais.

francesa. Primeiramente, a Assembleia Nacional, então reunida e com a composição variada em razão da fragmentação das classes antes divididas, deliberou sobre a extinção de todo e qualquer tipo de privilégio feudal que ainda existia à época, de modo que os senhores que ali estavam assentaram na extinção de tais benesses. O objetivo da Assembleia era ter uma igualdade de fato de todos, de modo que qualquer um seja tido perante o poder como igual em face do outro. Dessa forma é realizada a declaração dos direitos do homem e do cidadão, para que nesse documento sejam apostos direitos mínimos à todos os cidadãos, embora pelo encabeçamento dos burgueses houve uma oposição nesse documento de direitos eminentemente patrimoniais, para que o Estado deixe de adentrar as propriedades (como aqui já dito, o direito de propriedade é considerado um direito natural, e como direito natural não poderiam as leis positivas ultrapassarem tal direito). Contudo, a pretensão primeira foi a criação do que chamamos hoje de direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, aqueles que se referem a liberdades, que de fato devem ser garantidas em face do Estado. Portanto, a primeira leva de direitos fundamentais ficam caracterizados por serem em face do Estado¹⁴⁶.

Como aqui já afirmado, a igreja começa a perder a sua influência sobre o Estado já com a escola ibérica do direito natural, que critica de forma veemente as posições então tomadas pelo papa, e a compreensão errada de todos daquilo que vinha a ser o direito natural. Nesse sentido, na França, após esses movimentos revolucionários, e imbuído dos mesmos sentimentos de laicização do direito, bem como de retirada dos privilégios do alto clero, a igreja começa a perder seu poder de modo amplo, fazendo surgir nas escolas de direito da França, já imbuídos dos mesmos ideias que o jusracinalismo, a escola da exegese.

1.2.2.1.1 a escola da exegese

Esta escola jurídica tinha um papel bastante simples na sociedade francesa, em vista de sua grande revolução monumental que se noticiou páginas atrás, fazia-se necessário que o direito seja de fato certo, que a sua incerteza conveniente que possibilita a sua mutação saísse de cena, pois como uma das maiores pretensões da revolução era a igualdade dos indivíduos no tratamento perante a lei, nada mais correto do que codificar o direito em um documento legislativo monumental, para que não houvesse divergência jurídica. Já era de se imaginar que assim haveria a procedência, tendo em vista, como aqui já assentado, que os

¹⁴⁶ FEITOSA, Samara. *Da Revolução Francesa até os nossos dias: um olhar histórico* [livro eletrônico]. Curitiba. InterSaber. 2016. p.32.

movimentos do Estado absolutista monárquico juntamente com as ideias do jusnaturalismo também aqui já noticiado, faziam com que o tratamento das pessoas perante a lei fosse desigual, possibilitando ingerências de quem estava no poder, bem como ofuscava o próprio direito.

Portanto, para essa escola que pregava o positivismo legalista, o direito era o que estava contido na lei, em seus códigos monumentais, não podendo haver nenhuma outra fonte do direito legítima, nem a jurisprudência, nem a doutrina. Por isso, para que os seus códigos, que de alguma forma representavam no papel suas conquistas, tivessem força, essa doutrina se restringia a dizer que o direito era o que estaria na lei, sobretudo nos códigos monumentais, e mais ainda no código civil de Napoleão de 1804. A submissão era tamanha que mesmo em locais que a legislação possuía lacuna os magistrados não poderiam promover nenhum exercício intelectual, porquanto não estavam legitimados para tanto, devendo submeter a questão ao poder legislativo, que de acordo com as lições proferidas por Montesquieu (que foi um teórico específico para as mudanças circunscritas na carta constitucional) os magistrados são seres inanimados, e que não poderiam moderar a força nem mesmo o rigor com que ela foi elaborada¹⁴⁷.

Assim, os grandes componentes e representantes dessa escola são na verdade grandes comentadores dos códigos, limitando-se a ensinar não o direito civil, mas o próprio código Napoleônico. A escola em comento estava, por evidente, bastante ligada aos movimentos revolucionários da época, regados por ideias de cunho teórico debruçadas no iluminismo e na pretensão de igualdade dos cidadãos perante a lei¹⁴⁸. Para esses teóricos, como aqui já afirmado, o direito deveria se resumir aos códigos então já elaborados, de modo a reduzir a atividade da doutrina a meros comentadores das leis positivas.

Portanto, a escola da exegese tem como características a transposição dos ideais sustentados no positivismo filosófico¹⁴⁹ para o campo jurídico, quais sejam: (i) a conotação sustentada pelos instituidores do jurracionalismo de que o direito deveria ser equiparado as ideias das ciências matemáticas e naturais, em que os processos intelectivos dos operadores somente poderiam ser considerados corretos caso houvesse a sua comprovação empírica, na inspiração que Descartes nos deixou; (ii) sob uma segunda premissa, o positivismo

¹⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Paidéia). P. 89 e seguintes.

¹⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 269

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 261.

sustentado pela escola exegética francesa do direito assentava que o direito, além de ser debruçado em processos intelectivos matemáticos que como já se disse, somente poderia existir pela sua comprovação material, somente seria correto se existisse seu correspondente em leis materiais positivas existentes, por isso, a racionalidade do direito se reduzia a existência de leis positivas, momento em que a atividade discursiva do operador termina, pois o debate tem termo quando uma lei positiva é publicada e (iii) o ordenamento jurídico é capaz de prever todo e qualquer tipo de controvérsia, sem a necessidade de interpretações. Ainda nessa pontuação, as normas jurídicas são válidas através da observância de seu trâmite de formulação, dispensando a matéria tratada no dispositivo.

É importante assentar que o direito, em sua forma de pensar positivista legalista, sustentado pela escola da exegese francesa, tinha a pretensão de criar uma certa objetividade para o direito, uma forma que impossibilitaria a sua autocrítica, uma forma que parasse com juízos de cunho moral do direito, que o fizesse uma certeza, assim como foi sendo maturado nas ideias do juracionalismo que perpassaram os séculos. Contudo, há sempre de se lembrar o momento histórico que se passaram as sustentações que essa escola aqui promana, qual seja, o contexto de uma revolução, que pretendia evitar as arbitrariedades promovidas pelo absolutismo monárquico então existente na França, e sobretudo nos países europeus, promanando e propagando nas ambiências francesas uma igualdade de todos para todos.

Sem embargo do momento histórico e filosófico que acima se noticiou, é importante ressaltar que a pretensão de objetividade do direito, tentando o igualar as ciências naturais, nunca restou efetivada de fato, porquanto, em um primeiro momento, o primado da razão já sofreu por parte da filosofia duas ondulações: (i) a primeira, veio no sentido de que o ser humano nunca iria de fato achar uma razão sem levar em conta o local em que foi criado, e as ideologias que circundam a sua mente, portanto, a razão alcançada por processos matemáticos não seriam de fato legítimas como promanam alguns positivistas;¹⁵⁰ (ii) a segunda ondulação sofrida por essa forma de pensar o direito, vem a ser de fato a que tenta externar o direito como sendo objetivo, ora, o ser humano não estaria de fato guiando o seu pensamento por processos matemáticos que os teóricos tanto noticiam, pois assim como o juracionalismo voluntarista sustentava, o homem sempre estaria sendo guiado pelo seus instintos, portanto, com esse pensamento cria-se a noção de que o ser humano estaria sempre envolvido em suas

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 310

decisões pelo seu inconsciente¹⁵¹. Essas duas posições promanadas equivalem na prática jurídica as pretensões que o positivismo teria de objetivar o direito, bem como de estabelecê-lo de uma forma imparcial pelos seus operadores. Ainda nessa pontuação, insta salientar que a escola da exegese impediu de modo institucionalizado que haja o desenvolvimento do direito. Reconhece-se pela doutrina que se não fosse o grande papel da jurisprudência e da doutrina nos anos que seguiram, o código napoleônico não sobreviveria mais de duzentos anos¹⁵².

O positivismo jurídico, portanto, possuía características peculiares, sendo marcado pela evolução do direito que se teve na passagem histórica do direito pelo jusnaturalismo tomista, jusnaturalismo revisado pela escola ibérica do direitos natural, jusracionalismo, a formação do jusracionalismo voluntarista e científico, e por fim, seguindo a ida pela cientifização e com os combustíveis aqui mencionados, caíra no positivismo jurídico. No entanto, o positivismo jurídico, sustentado pelos ideais dessa escola, teve a atribuição de ser legalista, ou seja, resumir o direito na lei. Nos demais países europeus, houve ramificações dessa forma de pensar, mas que no entanto, possuíam a mesma *ratio* subjacente que era a cientifização do direito. Uma delas, e aqui creio que seja a segunda mais importante, foi o advento da escola histórica do direito alemão, que em seu viés pandectista sustentou o direito de acordo com os raciocínios matemáticos da escola exegética, mas com as suas peculiaridades.

1.2.2.2 O berço Alemão do positivismo (o conceitualismo)

Desenvolvendo de modo bastante expressivo na Europa, o positivismo jurídico, juntamente com a sua inspiração de cunho científica-matemática, passa por algumas mutações como aqui já se noticiou, de modo a externar algumas variações de cunho regional. Dessa forma, surge na Alemanha uma escola que prezava por cânones bastante similares aos do positivismo jurídico, que possuía sobretudo uma ramificação interna que poderia ser considerada dessa maneira.

Tudo o que se está a referir aqui cairá no que se conheceu na Alemanha por escola histórica. Ora, foi sempre revisitado quando se falava em positivismo da escola exegética (ou seja, o legalismo) que para o positivismo é imprescindível a existência de um Estado-Nação

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 309 e 310.

¹⁵² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 269.

devidamente formulado, contudo, é a escola histórica do direito alemão, cunhada de uma nova forma de desenvolver essa teoria, que nos ensinará que essa afirmação pode estar incorreta.

Primeiramente, cumpre salientar que para a escola histórica propriamente dita não era correto o formalismo, por isso, a ideia que se tinha de positivismo era bastante peculiar a esse país, de modo a externar, como já se disse, uma nova forma de sustentar essa ideia, que era o positivismo conceitualista. Dessa forma, a escola histórica alemã surge em uma sociedade que não pressupunha a existência de um Estado-Nação, em que a abstração contratualista, basicamente seguindo todas as orientações dos países que tinham esse pressuposto, vigia. Contudo, é de reconhecer, assim como os teóricos dessa escola reconhecem, que essas teorias que instituem o Estado-Nação de fato apresentam dois vícios: (i) o primeiro, cunhado na generalidade sustentada pelos autores, era o artificialismo, ou seja, a formulação de teorias que se aplicam de uma forma perfeita e acabada a conjuntos de pessoas em sociedade, sem de fato levar em conta as particularidades que cada nação e pessoas que compõem essa nação tinham. Portanto, o artificialismo criado por essa teoria era de fato o causador de várias dificuldades semânticas, como a de que os eleitos, imbuídos do sentimento de legitimidade, entendiam que podiam fazer tudo o que de fato entendiam para nação, se tornando uma real fábrica de leis; (ii) e a formação de um certo universalismo. O universalismo, assentado nos cânones críticos da escola histórica, deve ser entendido que a conceituação do Estado-Nação de forma aberta a todo e qualquer tipo de sociedade sem levar em conta as suas particularidades, jamais pode ser um conceito bom e válido, ou seja, são determinados constructos universais que não levam, como aqui já referido mais de uma vez, as particularidades de onde estão sendo assentados. Portanto, é nesse âmbito de uma forma política-jurídica a-histórica e universalizante sendo criticada de modo forte que nasce a escola histórica alemã, são as particularidades históricas que devem ser levadas em consideração na formação de um sistema jurídico-político de acordo com essa escola¹⁵³.

Portanto, para a escola histórica, deveria se ter em mente que o direito não poderia ser somente aquele legislado, mas sobretudo o que se retirava de uma cultura do povo. Isso se assenta com a compreensão de que a sociedade externaria a sua forma específica de evolução, de modo a trazer para essa escola duas pressuposições: a primeira se assentava no viés organicista da sociedade, que obviamente deveria ser levado em conta no direito; o segundo, o evolucionismo, que fundamenta as sustentações dessa escola, entendia, como já se

¹⁵³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. P. 271

disse, que o direito deveria externar a evolução de fato dos seres humanos, de tal modo revelando o que se teve por consenso chamar de espírito do povo¹⁵⁴, ou seja, trata-se do poder que aquela determinada comunidade regional teria para com a formulação de suas regras peculiares, que levaria em consideração todos os particularismos ali assentados.

Nesse sentido, as características principais no que se referem ao viés jurídico sustentado pela escola histórica do direito alemão podem ser resumidas, de acordo com o professor Hespanha, em quatro principais: (i) antilegalismo; (ii) valoriza-se o trabalho da doutrina, bem como da jurisprudência na caracterização e formação do direito; (iii) a consideração da história de uma certa sociedade para que o direito seja de fato produto de uma concepção detida dessa evolução e particularidade.

A primeira pontuação, bastante evidente dessa corrente, se externa na formulação de que a escola histórica do direito deveria ser entendida como sendo aleada aos particularismo de cada sociedade, entendida em sua evolução histórica e cultural, devendo ter certa posição crítica quanto ao Estado e sua legislação, de modo que atrelar o direito, assim como o positivismo exegético o faz, ao direito positivo levaria o direito a ruína, porquanto mantê-lo-ia estático em face das evoluções da sociedade subjacente. A segunda pontuação assenta que o direito estaria muito melhor se levasse os ensinamentos da doutrina e jurisprudência com muito mais responsabilidade do que o direito positivo, tendo em vista que o papel do legalismo para essa escola seria bastante ínfimo. A terceira e última característica se resume em uma síntese das duas anteriores, porquanto assenta que o direito deveria levar em conta os particularismos históricos de cada sociedade, sendo que nesse ponto haveria a necessidade de se formular o ordenamento jurídico de acordo com a evolução orgânica daquela determinada sociedade¹⁵⁵.

Para nós aqui no entanto, importa saber sobre a escola pandectista do direito alemão, que cuidou de fato da construção do direito como sendo sistemático, orgânico, para determinada sociedade subjacente.

Antes da adentar a matéria de fato, há a necessidade de explicitar o que seria a pandectista, que como se sabe, veio de uma forma de pensar do direito romano. A *pandectas*, nomeado movimento romano, era atrelado a ideia da publicação do que viria a ser, como aqui

¹⁵⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 276 a 282.

¹⁵⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 276 e seguintes.

já referido, uma compilação das análises dos jurisconsultos mais famosos, que como já aqui também se afirmou, ficaram sendo os únicos a serem referidos por advogados, pois não poderiam mais jogar alguns assuntos e referi-los como criados por jurisconsultos pela sua mera conveniência. Dessa forma, essa compilação ficara sendo a característica marcante do direito romano, que transportado para a Europa com a formulação em Bolonha da escola dos glosadores, teve a influência romana.

A escola histórica alemã em seu viés pandectista se caracteriza sobretudo pela sua fidelidade a uma sistema organicista, que preza no direito pela sistematicidade. Dessa forma, o direito, para esses teóricos, seria um direito embasado em sistemas devidamente assentados, sendo que esses sistemas emanariam da vontade do povo, que como se disse, está aliada ao espírito do povo. Nesse sentido, as instituições então formuladas possuiriam um certo tipo de alma, sendo composta por uma quantidade de princípios específicos de direito. Esses princípios formulariam uma certa unidade quanto ao sistema jurídico, de forma que esses princípios, induzidos por normas positivas, formulariam outras demais normas que circundariam a unidade do sistema. Assim, retiraria-se desses princípios gerias das instituições públicas outros demais princípios produto de uma atividade intelectual dedutiva, bem ao sabor das ciências naturais. Assim, criar-se-ia uma pirâmide conceitual, em que os conceitos iriam formar princípios que seriam obtidos por processos de indução, ou seja, por observação do mundo subjacente, e os princípios derivativos inferiores iriam ser obtidos, como se disse, por dedução¹⁵⁶.

Destarte, a estrutura interna dos conceitos promanados pelas escola pandectista do direito alemão formaria, de acordo com a inspiração jurídica daquela época, a ideia positivista coerente de seus ideais. Assim, o jurista deveria resumir o mundo jurídico no trabalho para encontrar o direito embasado em conceitos, contudo, a sua atividade intelectual não iria perpassar por um raciocínio puramente abstrato, mas sim debruçado nas empirias práticas que são colocadas em frente ao jurista, retirada também dos ideais do direito, tais como os próprios princípios gerais anteriormente afirmados, expungindo qualquer abstração próxima ao jusnaturalismo¹⁵⁷.

¹⁵⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 278 e seguintes.

¹⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. P. 278.

O professor Rudolf Von Ihering, grande componente da escola histórica do direito alemão, e do segmento pandectista da mesma, assenta o processo que o jurista deveria submeter determinado princípio superior para que possa obter um conceito: em um primeiro momento identifica-se o que se chamaria de jurisprudência inferior¹⁵⁸, que como se sabe se resume a objetividade dos textos positivos que externavam a lei, por isso, nesse caso, o direito estaria contido na lei em um primeiro momento, mas que fique claro que o processo intelectual não terminaria aqui, constituiria tão somente a primeira quadra. Em um segundo momento, estabelecida a jurisprudência inferior, produzir-se-ia a jurisprudência superior, que seria na verdade a derivação, obtida por um processo de destilação da jurisprudência inferior: o conceito. Toda essa processualística serve para que o jurista pudesse absorver os cânones do direito para, em havendo problemas especificamente colocados em frente à ele, pudesse resolvê-los sem sair da sistemática estabelecida. Assim, o jurista produziria um direito que pudesse ser melhor compreendido, bem como pudesse solucionar questões novas que surgissem, de modo a solucionar as problemáticas assim como as ciências naturais exatas também o fazem¹⁵⁹.

Assim, a pandectista alemã estava por formar um direito que seja científico, que conseguisse resolver as suas problemáticas por meio de um sistema formal, de modo que esse formalismo exacerbado é que garantiria a cientificidade sistemática do ordenamento jurídico, garantindo também os cânones de objetividade, em vista de que a cientificidade justamente com esse processo matemático complexo, geraria a objetividade dos processos do direito.

Por fim, somente com a finalidade eminentemente objetiva, elenco, de acordo com o professor Hespanha, os pontos mais importantes que a pandectista externa para a história do direito, para essa quadra positivista do direito: (i) sob uma primeira premissa temos a subsunção. A subsunção é a forma primeira que temos dentro do direito do transporte dos cânones das ciências naturais-matemáticas para o direito. A subsunção nada mais é do que resumir o direito em um sistema silogístico, ou seja, tras-se a premissa maior a premissa menor e por fim a conclusão, de modo a subsumir os fatos que ocorreram – que nesse caso são a premissa menor – ao direito existente; (ii) segundo, de acordo com a pandectista, refere-se a

¹⁵⁸ É importante salientar que o professor Ihering dizia que o papel da jurisprudência, ao contrário do que pensavam os componentes da escola da exegese francesa, era de suma importância.

¹⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 279 e seguintes.

uma interpretação eminentemente objetivista, ou seja, uma interpretação de cunho objetivo, de modo que o direito formaria, como aqui já afirmado, um conglomerado monumental de conceitos, e que de acordo com a teoria da jurisprudência dos conceitos faria que o positivismo conceitual fosse de encontro com um legislador intencional, de modo a modernizar cada vez mais o direito, mas que no entanto, deveria ser de modo objetivo e seguir os cânones do positivismo conceitual. Portanto, a composição de normas conceituais, que se reciclavam a cada momento, se referia a um sistema normativo coerente, que a partir de interpretações matemáticas se reciclavam objetivamente;(iii) terceira e última característica desse sistema atine a inexistência de lacunas no sistema conceitualista, é dizer, embora haja, de acordo com o sistema conceitualista, lacunas de cunho legislativo, o sistema jurídico, embasado no caráter reconstrutivo dos conceitos, não permite a existência dessas no seu caráter jurídico. Essa característica ocorre devido ao processo lógico que os conceitos possibilitam ao juiz, deixando os conceitos absolutamente elásticos, perfazendo uma jurisprudência efetivamente criadora. Assim, o magistrado, em alguma lacuna legislativa, ficaria impedido de proferir julgamentos de acordo com valores pessoais, devendo se debruçar na combinação conceitual daquele ordenamento jurídico, é dizer, há uma plenitude lógica do ordenamento jurídico¹⁶⁰.

1.2.2.3 Direito público e direito privado: formulação atual da controvérsia

Como assentado anteriormente, foram explicitados dois momentos marcantes do direito: o primeiro, refere-se a matéria do jusnaturalismo, que como se disse, perpassou por mutações e ramificações internas para que ao fim pudesse desembocar no jusracionalismo; o segundo momento, nomeado de positivismo jurídico, foi dividido inicialmente entre o positivismo praticado pela escola da exegese francesa, que externou o positivismo legalista, e o seu correspondente alemão, o positivismo conceitualista, que possuía as suas especificidades. Nesse momento, far-se-á a marcação do público e privado que se impugnará neste estudo, de modo somente a identificar em que momento e sob que roupagem a classificação do público e o privado se caracterizaram.

O direito, de acordo com o que se fixou nos tópicos precedentes, desembocou na ideia de que o ordenamento jurídico deveria ser científico, assim como as demais ciências da natureza, prezando de fato por um formalismo superlativo. Nesse sentido, a matéria que se

¹⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 282 e 283.

utilizará aqui como um paradigma para a fixação classificatória de direito público e privado será o positivismo legalista francês, pois foi na ideologia francesa que essa forma de pensar o direito se manifestou, bem como é a forma de produção de direito que hoje ainda é sustentada (de forma errônea) no nosso Direito civil. De acordo com a escola da exegese, o direito, em linhas gerais, deveria se identificar com a lei, porquanto era a manifestação da razão, e que essa razão, externada em leis positivas, poderia conferir igualdade a todos, bem como um tratamento equitativo entre os iguais, que por sinal era a ideologia máster dessa forma de pensar.

Para que se possa entender o positivismo legalista, como aqui já afirmado, é de suma importância aloca-lo ao seu momento histórico. Naquela pontuação, havia, no ambiente francês, uma revolução, que como já afirmado, tinha por pressuposto as ideias iluministas – que como aqui já se disse possui conceito multifacetado. As ideias iluministas, quando alocadas ao âmbito jurídico, se transformam em uma pretensão de crítica ao sistema jurídico, de modo a repudiar arbitrariedades, bem como sistemas estáticos e totalitários. Assim, como ficara assentado, a ideologia da revolução era basicamente tratar as pessoas de modo igual, evitando também as arbitrariedades da nobreza e do alto clero, bem como a secularização do direito, que já tempestivamente a escola ibérica do direito natural havia assentado que o direito não deveria se confundir com a religião.

Com isso, a revolução marchou à frente para que as suas reivindicações fossem acatadas, de modo que não sendo atendidas de forma voluntária foram impostas por meio violento, sendo marcada pelo seu ápice com a tomada da prisão da Bastilha, como aqui já afirmado. Nesse sentido, importa para nós as concepções de cunho filosófico que compõe a noção de direito público e privado como classificação perene. Com a demanda da revolução por uma objetividade do direito, embasada em sua certeza e não em sua incerteza conveniente aos estadistas, bem como na arbitrariedade do direito, os revolucionários se debruçaram em duas ideias de cunho filosófico: o iluminismo e, como um efeito decorrente, o liberalismo.

O iluminismo, como aqui já afirmado, se assenta em um conceito bastante simples, sendo transportado ao direito com o viés eminentemente crítico, que repudiava ordens estáticas e autoritárias, para que assente um direito que possa ser criticado, que possa ser modificado, e não um direito de autoridade prática, que deveria ser entendido como direito pois foi emanado pela autoridade competente e assim deveria ser. No outro viés de cunho filosófico temos o liberalismo, que será a matéria de fundo instituidora da aludida classificação do direito público e privado. O liberalismo vinha a ser, de acordo com o que aqui já afirmado, uma racionalidade que tocava a economia, a política e o direito. Na economia pode-se assentar que,

de acordo com o liberalismo, o Estado não poderia andentrar de forma arbitrária na esfera privada de cada indivíduo, perfazendo o que se convencionou chamar de economia de mercado, também tendo a sua concepção de cunho filosófico no que se chama de *Walfere state*, passado para o mundo em meados do século XIX, o que se contrapunha com a economia planificada, que, contrariamente a economia de mercado, sustentava que o Estado deveria ter uma presença muito expressiva na esfera privada, regulando as formas de sustentação e caminhos que a economia deveria tomar; no campo político se estabeleceu que o poder do soberano não poderia ultrapassar as leis naturais conferidas a cada ser humano, fazendo com que surja uma certa noção preliminar de constitucionalismo. No campo jurídico a matéria tratada no liberalismo fez com que surgisse a aludida classificação entre direito público e privado em termos bastante sucintos.

A demanda da revolução, como já se disse, partia de uma inspiração eminentemente crítica. Transportado esse sentimento para o âmbito jurídico podemos identificar dois momento principias que a revolução, que externou o positivismo jurídico, teve: (i) o primeiro, que o direito fosse aquilo contido nas leis positivas e (ii) segundo, seguindo as pretensões críticas promanadas pelo iluminismo, assenta que o Estado deverá garantir que determinadas áreas da vida dos indivíduos sejam privadas, impossibilitando o acesso estatal.

A primeira premissa, de ordem eminentemente positiva, externa o sentimento que já se poderia imaginar da época, pois como já afirmado não havia tolerância por parte dos cidadãos na manutenção do direito em sua subjetividade quando o jusnaturalismo era a ideologia do direito, em vista de que essa situação ocasionava verdadeiramente abusos por parte dos estadistas, isso com o batismo literal das entidades religiosas da época. Por isso, com a ideologia promanada pela revolução, o direito deveria ser inteiramente encontrado na lei, sob a justificativa de que todos deveriam ser iguais perante a lei, sendo por isso, a lei somente uma submetida a todos¹⁶¹.

No segundo momento, podemos dizer que houve uma reviravolta no direito, bem como evoluções que podem ser enumeradas: (i) primeira delas, foi a marcação no ambiente jurídico do advento dos direitos fundamentais de primeira geração, tais como os direito “de” algo, sob o manto da garantia da igualdade entre os cidadãos, portanto, a igualdade, a liberdade, a liberdade de consciência, de reunião, de associação, enfim, direitos que representam os direito fundamentais de primeira geração, que como se sabe são considerados liberdades positivas; (ii)

¹⁶¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 268 e seguintes.

segundo, cria-se para o direito, de acordo com o caminhar da história e da quadra filosófica que se estabeleceu, dois locais. Um em que o Estado poderia de fato intervir e outro que o Estado não poderia intervir. Essas conclusões decorreram diretamente da pontuação de que o soberano não poderia criar normas positivas que ultrapassassem o direito natural. Portanto, conclui-se de acordo com essas duas inovações que o Estado poderia intervir em locais que não diziam respeito aos direitos fundamentais de cada cidadão, sendo que nos outros locais o Estado poderia criar a legislação como bem entender.

Nesse caminhar podemos assentir que o direito portanto fica sendo dividido entre público (por dizer respeito a matérias que podem ser dispostas pelo Estado) e privado (por ser reconhecido como um local marcadamente dos cidadãos privados), de modo que no local privado nascia a legislação monumental que regularia as atividades dos privados: o código civil francês de 1804. No âmbito público o princípio de uma carta constitucional embasada nos ideias do constitucionalismo, com a organização dos poderes que então existiam (dividindo as competências para que não haja concentração arbitrária de poder), bem como a fixação dos limites que o Estado deveria respeitar para com os seus cidadãos (representado nesse particular pela declaração dos direitos do homem e do cidadão, que para a época eram os direitos naturais que o soberano jamais poderia ultrapassar com as suas leis positivas, que portanto precediam todo o ordenamento jurídico) nasce.

Assim, será essa a classificação do direito público e privado que aqui irá se impugnar, pois nesse particular, essa classificação carrega ideologias que não levam em conta várias pontuações existentes nos dias atuais, tais como os direitos fundamentais de segunda geração, bem como o advento de uma carta constitucional e o assentamento de seu primado, mesmo em relação ao direito pretensamente privado. Portanto, tal classificação certamente está alocada ao seu momento de nascimento, mas que no entanto, quando sustentada nos dias que correm, perde toda a lógica, tendo em vista que tanto o seu local de produção, como o paradigma jurídico da época são dissonantes com os vividos atualmente.

Essa classificação será explorada em seu viés filosófico, se amoldando, no que atine a matéria de fato, ao Brasil, juntamente com as suas dificuldades e peculiaridades que englobam o seu desenvolvimento perante os cânones do *civil law*, portanto, é de suma importância que seja esclarecida a história brasileira jurídica, sobretudo a sua história privada, em vista de que foi nesse local que se pode observar com maior nitidez tal classificação de cunho filosófico.

1.3 O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NO BRASIL

Se discutiu de modo extenso as matéria atinentes ao próprio nascimento do direito, bem como o seu desague em vários cânones teóricos que circundaram o pensamento jurídico mundial, contudo, nesse tópico, far-se-á a colocação e a pontuação do nascimento da classificação acima assentada na seara brasileira. Tendo em vista o maior desenvolvimento dessa classificação no âmbito privado colocar-se-á o nascimento dessa classificação no âmbito privado brasileiro em primeiro lugar.

Para que possamos iniciar o estudo da história classificatória brasileira, bem como o seu âmbito privado, devemos adentrar a algumas pontuações atinentes a história do direito privado português, em razão de que o Brasil foi colônia de Portugal por longos três séculos.

A história de Portugal no seu local privado pode ser dividida, como se sabe, em três momentos principais e distintos: (i) primeiramente a individualização; (ii) a influência do direito romano-germânico e (iii) a modernização¹⁶².

A individualização foi o momento em que o direito português como um todo estava sendo orientado pelo empirismo, ou seja, as interpretações jurídicas não ultrapassavam a intuição e observação do mundo, deixando tão só a sua atividade intelectual regida pelo costume, bem como as categorias jurídicas já existentes¹⁶³.

É importante assentar que quando se fala em costume, notadamente nessa primeira fase portuguesa nomeada anteriormente de individualização, há de se ter em mente duas fontes principais do direito: regras decorrentes do bom senso dos estadistas, e os precedentes de julgamento da corte¹⁶⁴. Isso se revela também em razão de uma dificuldade semântica de determinar o que seria lei, deixando que costume e lei se confundissem de forma superlativa. Contudo, o professor Hespanha, português historiador, estabelece um critério que poderia ser usado pelo pesquisador científico na diferenciação dessas duas pontuações: primeiro, deveria o pesquisador perguntar se o papel do poder que está a instituir aquela diretiva era unilateral e constitutivo; segundo, deveria o pesquisador perquirir se há, na vontade do

¹⁶² ROBERTO, Giordiano, Bruno Soares e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral. *Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 4.

¹⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 71 e seguintes.

¹⁶⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 140.

indivíduo que emana esse poder, uma vontade de regulação de situações novas, tendo em vista de que para esse doutrinador, o precedente, ou a jurisprudência não poderiam criar direito novo. Portanto, por esses critérios poderia se diferenciar o que seria uma lei do que seria por exemplo um pacto regional, ou um costume milenar, ou mesmo uma jurisprudência dominante.¹⁶⁵ Contudo, mesmo com os critérios determinados pelo professor português, não houve diferenciação da lei para costume, prevalecendo que o primeiro se identificava com o segundo.

Na segunda fase do direito privado português, podemos, assim como faz Giordiano Bruno Soares Roberto e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral, dividir em duas subfases: a primeira, caracterizada pela aplicação de um direito romano renovado e do direito canônico, caracterizando assim uma aplicação do direito comum, nomeado de *ius comune* vigente em quase toda a Europa; na segunda subfase, pode-se entender que o direito privado português se auto afirma, formulando a “era das Ordenações”, em vista de que foram surgindo mais de uma na sociedade portuguesa¹⁶⁶.

A primeira sub-fase pode ser entendida como uma fase em que o direito romano passa a ser estudado com mais afinco no ambiente português, isso em razão de que o seu estudo estava em evidência em quase toda a Europa, sendo considerado o mais racional de acordo com grandes juristas membros catedráticos das grandes universidades da Europa. O estudo e difusão do direito romano por toda a Europa, sobretudo nos reinos medievais e outras coporações de ordem pessoal, começou a ser uma base para a formulação das legislações locais. Isso ficou evidenciado pelo advento, na universidade de Bolonha na Itália, da escola dos glosadores¹⁶⁷, que de acordo com a doutrina, tinha a pretensão de analisar os fragmentos monumentais do *Corpus Iuris Civilis* colocando-os em glosas, de modo que essas glosas eram estudadas de forma assistemática e fiel ao texto do *Corpus Iuris*. Nesse caminho, o professor Giordiano e a professora Isabela assentam duas das legislações editadas em Portugal que caracterizavam essa passagem. Tratam-se do *Fuero Real* e a *Siete Partidas*.

O *Fuero Real*, de acordo com a doutrina, assentava que as cidades ou aldeias que ainda não tivessem o seu direito devidamente compilado poderiam utilizar-se dessa legislação, ou, as que já tendo o seu direito compilado, quisessem troca-lo por esta legislação,

¹⁶⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 141.

¹⁶⁶ ROBERTO, Giordiano, Bruno Soares e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral. *Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 4 e 5.

¹⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 60.

que como era inspirada no direito romano poderia ser considerada mais atualizada e mais concisa.¹⁶⁸ Já no que se refere a *Siete Partidas*, considera-se uma exposição monumental, que compunha normas inspiradas no direito comum romano, compendiando um quantitativo grande de ordens jurídicas, com princípios das mais variadas ordens, desde questões jurídicas a questões religiosas¹⁶⁹.

É importante ressaltar, como assentado inicialmente, que o direito nessa primeira subfase portuguesa também possuía a influência do direito canônico, embasado nos ditames católicos. Contudo, em uma primeira fase do direito canônico, pode-se inferir que as suas pontuações organizacionais poderiam ser reduzidas tão só a aplicação interna, de modo que o resolvimento de demandas entre os crentes era feita por meio da crença na palavra de Deus, sem pretensões organizacionais mais rebuscadas. Ademais, o catolicismo poderia ser considerado em seus três primeiros séculos, de acordo com a doutrina, como uma crença clandestina, por isso, não havia possibilidade de perfazer sistemas jurídicos monumentais organizados¹⁷⁰. Mas foi a partir de 313 d. C, quando Constantino, imperador de Roma, outorga a liberdade de culto, que o cristianismo passa a exercer um papel determinante como aqui já se afirmou. O papa começa a ter um papel bastante importante dentro do Império, dando força a julgamentos proferidos pela própria igreja, avolumando a jurisdição da igreja católica, enfim, papéis abrangentes que antes não eram passados pelos católicos. Portanto, em razão dessa expansão superlativa da igreja, esta hegemoniza os cânones políticos e jurídicos da época, expandindo-se de modo estratosférico por toda a Europa, de modo que foi em razão do grande poder atribuído a igreja que há uma formação de um grande conglomerado legal sistemático organicista de ordenações canônicas, e que vem a influenciar de modo superlativo o direito privado português nessa sua primeira subfase de sua segunda fase¹⁷¹.

Dessa forma, composto pelo direito canônico e pelo direito romano, aplicava-se e nomeava-se o direito comum (*ius commune*) em praticamente toda a Europa. O direito comum decorreu do pensamento de que haveria um governo único, embasado sobretudo

¹⁶⁸ ROBERTO, Giordiano, Bruno Soares e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral. *Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 5.

¹⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra. Almedina, 2005. P. 235. *Apud*. ROBERTO, Giordiano, Bruno Soares e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral. *Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 5.

¹⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. P. 109.

¹⁷¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 109 e seguintes.

no império romano de uma forma universal em toda a Europa. Assim, a característica básica do direito comum era a unificação de todo o direito, bem como das formas de raciocinar o próprio direito, portanto, de acordo com a doutrina¹⁷² o direito comum era caracterizado por fazer uma unificação das fontes do direito; possibilitar que o objeto do direito seja um só; os estilos de raciocínio são únicos; por consequente o ensino universitário seria também o mesmo e a língua em que o sistema jurídico seria debruçado seria uma só, o latim. Destarte, os ordenamentos estavam se conjunturando em razão de uma inspiração, como já se disse, no império romano universal, e também no que toca a matéria religiosa, que continha uma cristandade conglomerada, reunindo toda a cristandade.

Importante salientar, que a unificação do direito europeu, com a aplicação do direito comum, também decorreu de uma questão bastante prática: os juristas letrados, bem como os estadistas daquela época, eram sustentadores do direito romano, que de acordo com a elite intelectual seria a melhor opção com mais razão e mais concisa em sua aplicação. Assim, é importante ressaltar que essa época ficou marcada por uma ordem eminentemente pluralista no que toca ao seu quantitativo de fontes jurídicas, que pelo discurso do direito comum, eram aplicadas como se fossem um corpo racional só, com destaque para o direito canônico e romano, que guiavam a linha de frente dessa forma de pensar¹⁷³.

No entanto, com o passar do tempo surge o que se nomeou aqui da segunda subfase do direito privado português: a era das ordenações. Esta segunda subfase é marcada por uma revolução de fontes, tendo em vista que os estados europeus passam a se desenvolver e com eles o seu direito, a sua forma organizacional. Por conseguinte, cumpre assentar que àquela altura o direito estava, no que concerne as suas fontes, dividido em duas premissas principais: a primeira seria o direito comum, que como se assentou nos parágrafos precedentes era composto por um conglomerado bastante expressivo de fontes de direito, que eram aplicadas a todos as aldeias e estados europeus; o segundo foi sendo desenvolvido na medida em que os estados europeus se desenvolviam, sendo assim o ordenamento de cada estado vinha surgindo de modo expressivo, sendo nomeado portanto, de direito próprio. Nesse diapasão havia entre a aplicação do direito comum e o direito próprio certo tipo de batalha, que levava os estados europeus a certos conflitos de cunho intelectual. Dessa forma, a maioria dos estados europeus mais fortes não reconheciam a monarquia imperial. Assim, foi reconhecido, como base no

¹⁷² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003 . p. 89.

¹⁷³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003 .p. 90.

Digesto, uma pontuação resolutória entre o direito próprio e o direito comum, que se embasava no reconhecimento que os povos possuem a capacidade de ter o seu próprio direito¹⁷⁴.

Na sociedade do século XIV, Baldo, jurista renomado, assenta as razões de cunho filosófico-jurídico sustentando que cada povo deve ter o seu direito próprio estabelecido em detrimento da aplicação direta do direito romano. Este jurista vai assentar que os povos ou corporações de pessoas existem pelo direito natural, de modo que o seu governo assim estabelecido possui origem também no direito natural, desse modo não se poderia conceber um governo, de acordo com Baldo, sem leis e estatutos, de modo que o próprio fato do povo existir já denota que haverá a existência de seu governo, e como se disse anteriormente o governo somente existe conjuntamente com estatuto e leis. Por essa razão os povos deveriam ter o seu direito próprio, de modo que o direito comum passaria a ser tão somente um modelo dos demais direitos próprios, passando de fonte primária a fonte secundária, subsidiária¹⁷⁵.

Portanto, é nesse cenário que as ordenações formuladas começam a surgir em Portugal, em vista do surgimento desse sentimento do direito próprio que pairava sobre as grandes nações europeias em detrimento do direito comum romano e canônico. Assim, os juristas nacionais daquele país clamavam a muito tempo por uma compilação de leis que pudesse expungir o conglomerado de dúvidas jurídicas, bem como os impasses para a resolução de questões que estavam por surgir. Desse modo, iniciar-se, em 1385, os trabalhos para que a legislação compilada fosse terminada, de modo que a sua conclusão somente seria feita em 1446, pelo pequeno D. Pedro, que estava por representar o seu sobrinho menor de idade D. Afonso V¹⁷⁶. Portugal, portanto, passa a ser um dos primeiros povos a ter de fato um direito compilado, representando o que mais moderno poder-se-ia ter em direito.

Nesse particular, é importante ressaltar que o ambiente dos reinos europeus já eram de fato propícios para o surgimento de diplomas legislativos, pois a nova formação política fazia com que houvesse a concentração de poder na mão de um só indivíduo, que como se sabe era um movimento político considerado moderno naquela época. Essa fato ocorre em razão de uma sequência de fatores, que de modo conjunto podem fornecer essa conclusão de maneira conglomerada. Trata-se em suma da formação de reinados com a concentração de

¹⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 122 e seguintes, bem como 106 e seguintes.

¹⁷⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. p. 105.

¹⁷⁶ ROBERTO, Giordiano, Bruno Soares e Isabela Guimarães Rabelo do Amaral. *Formação Histórica do Direito Civil Brasileiro*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.p. 5.

poderes na mão de um só indivíduo, em decorrência disso houve a produção superlativa de direito próprio monista, expungindo toda e qualquer pluralidade que sabe-se fazia do direito uma incerteza latente. Por isso, diante de tantos acontecimentos de ordem prática que possuem repercussão no campo filosófico, a demanda por uma codificação se inicia, bem como o sentimento na sociedade de que isso já seria uma realidade¹⁷⁷.

A primeira das Ordenações, as Afonsinas, tinham uma natureza bastante complexa, tendo em vista que sua feitura decorreu de vários reis, com algumas passagens feitas por uns, e outras terminadas por outros. Nesse caminhar, passaram-se três reinados, mas somente dois deles – D. João I e D. Duarte – que de fato vieram a realizar e redigir grande parte das Ordenações, cabendo a D. Afonso somente a ratificação final das Ordenações. Nesse meio tempo, logo após a morte de D. Duarte, ainda passou pela coroa Ruy Fernandes, com um reinado bastante breve, e com nenhuma ou quase nenhuma dificuldade para a elaboração das ordenações, em razão de que D. Duarte já havia deixado os trabalhos bastante adiantados. A elaboração das ordenações Afonsinas não foi muito complexa, malgrado passado três, e pode se dizer quatro reinados para a sua elaboração, isso em razão de que o único incumbido do trabalho científico era João Mendes, que era Cavaleiro Corregedor da corte do rei. Importante salientar, que quando do reinado de D. Afonso V, que de fato promulgou as Ordenações, o então representante de D. Afonso V, D. Pedro, determina que as Ordenações sejam consagradas e concluídas, dessa forma, em 1446 as Ordenações estavam concluídas e foram submetidas a uma comissão revisora, compostas por um corregedor, dois desembargadores e algumas outras autoridades. Assim, as Ordenações foram devidamente aprovadas com poucas mudanças pela comissão¹⁷⁸.

As Ordenações Afonsinas não demandavam do rei ou de seus funcionários subalternos a publicação de fato das leis então editadas, que compunham algumas mudanças nas ordenações, bem como as próprias ordenações, mas tão somente a leitura daquele diploma em local público com alguma periodicidade, assim como o registro por parte dos tabeliães em seus livros. Esse foi um dos motivos que levaram a substituição das Ordenações Afonsinas em Portugal como se verá mais a frente¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981.P. 37.

¹⁷⁸ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994. P. 17 e seguintes.

¹⁷⁹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981.P. 39

Uma característica marcante das Ordenações Afonsinas, e que aqui não se podia deixar sem notícia, era que quando houvesse alguma lacuna legal, impossibilitando que haja a resolução de um impasse jurídico, dever-se-ia recorrer as glosas e as opiniões respeitadas de Arcúcio, bem como Bártolo de Saxoferrato. Contudo, se de fato não houvesse nenhum tipo de regulação, seja de ordem dogmática, seja de ordem interpretativa, remeter-se-ia o caso a Corte para que regulasse a questão pela via legislativa, estabelecendo a solução para o caso concreto que lhe foi remetido, bem como casos que possam ser similares a esse com algumas ramificações de ordem prática¹⁸⁰.

Por mais que as Ordenações Afonsinas tivessem sido uma revolução no que se refere a sistemas de direito na Europa, elas não possuíram uma vida muito longa, isso em vista de sua escassa divulgação. Uma das mais determinantes questões que levaram a sua tímida divulgação foi a ausência de sua impressão. Tendo em vista o tamanho expressivo das Ordenações, a sua impressão seria por demais custosa. Com isso, mais a frente, D. Manuel, determina que sejam compiladas outras ordenações, para que sejam colocadas as legislações provenientes de D. João II, bem como a legislação que surgira em seu próprio reinado. Para que as Ordenações fossem devidamente divulgadas ao povo português havia naquele ambiente o surgimento da imprensa¹⁸¹.

A tarefa de incluir as legislações precedentes, bem como a de impressão do texto das Ordenações, foi incumbida por D. Manuel ao Chanceler-mor Rui Boto, de modo que já em 1512 houve a impressão do Livro I das Ordenações, e no ano seguinte o segundo livro. Ambas as impressões eram marcadas por Valentim Fernandes, dono da oficina responsável pela impressão de ambos os livros¹⁸². Já em 1514, agora de oficina pertencente a João Pedro Bonhomini, há a edição das Ordenações de forma completa, com os seus cinco livros¹⁸³. No entanto, como as Ordenações Manuelinas foram publicadas conjuntamente com legislações de importância latente dentro do reino de Portugal, D. Manuel determina a imediata reformulação das Ordenações.

¹⁸⁰ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 39

¹⁸¹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 21.

¹⁸² VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994. P. 21 e seguintes.

¹⁸³ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994. p. 21.

Exatamente sete anos depois da publicação definitiva das Ordenações Manuelinas, o monarca envia uma carta assentando de forma imperativa que deveriam ser destruídos todos os exemplares existente das então publicadas Ordenações Manuelinas sob pena de sanções graves aos descumpridores. D. Manuel temia que a publicação de um ordenamento monumental tão próximo de um outro fosse prejudicar o entendimento, bem como gerar confusões. Poucas foram as modificações de ordem filosófica colocadas nas Ordenações Manuelinas em relação as Afonsinas, contudo, o primado da igualdade entre os cristãos, judeus e mouros pode ser citada como a maior revolução ocorrida nessa nova compilação¹⁸⁴.

Um pouco mais à frente em 1569, Duarte Nunes de Leão compila as leis que foram sendo publicadas posteriormente as Ordenações Manuelinas de 1521, com o fito de dar mais racionalidade e evitar as incertezas e contradições que poderiam vir mais à frente. Suas compilações posteriormente vieram a ser usadas para que as Ordenações Filipinas fossem realizadas, em vista de que eram de fato monumentais e bem colocadas. É importante ressaltar, com a finalidade eminentemente histórica, que Portugal um pouco mais à frente, quando do descobrimento das Índias por Vasco da Gama, e a invasão da mente dos portugueses estadistas de uma ambição por lucro, luxo e regalias, foi permeado por um sentimento de corrupção avassalador, em que a demanda por conquista de território, bem como por prosperidade e luxúria estão circundando as mentes portuguesas de forma bastante assente¹⁸⁵.

Nesse ínterim que o Brasil vem a ser descoberto e colonizado pelos portugueses, contudo, é de se ter em mente que àquela época Portugal não necessitava de mais uma terra tão grande quanto as demais que já possuía, já que estava a abandonar as suas terras que mais geravam rendas. Dessa forma, as terras brasileiras ficaram de fato nas mãos de alguns imigrantes portugueses então nomeados de sesmeiros, também conhecidos como grandes tributários do rei¹⁸⁶.

As compilações de Duarte Leão, mesmo sendo monumentais e posteriores as Ordenações Manuelinas, não deixaram de despertar nas mentes portuguesas a necessidade de uma nova compilação de leis, isso em vista que posterior às suas compilações houve produção substancial de leis extravagantes. Desse modo, não se podia manter um conglomerado de leis

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 40.

¹⁸⁵ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 20.

¹⁸⁶ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981 P. 40.

que eram consideradas extravagantes ao corpo das Ordenações Manuelinas, que eram o conjunto de leis extravagantes publicado por Duarte Leão. Portanto, em data não muito precisa, é determinado pelo então rei Felipe II da Espanha¹⁸⁷, que à época também governava Portugal, que seja feita tal compilação. O trabalho era bastante árduo, em vista de que o contingente legal era bem maior do que as precedentes Ordenações, sendo que inclusive elas próprias deveriam ser levadas em conta, foi as demais fontes jurídicas que foram existindo posteriormente. Por isso, a equipe responsável pela elaboração dessas Ordenações foi maior do que as outras, composta em suma por oito pessoas, o que diferia substancialmente das outras Ordenações que eram elaboradas por uma só pessoa. Terminasse a compilação em 1595, mas a sua publicação somente vem a ocorrer em 1603 por motivos que ainda se desconhece¹⁸⁸.

No que tange as características das Ordenações Filipinas podemos dizer que não há mudanças de cunho filosófico, mas tão só uma atualização das então leis que haviam surgido em Portugal, qual seja, a colocação no mínimo das Ordenações Manuelinas, Leis Extravagantes de Duarte Leão e demais leis extravagantes que surgiram posteriores as compilações de Duarte Leão de 1569. Contudo, o então rei Felipe II possuía uma preocupação bastante expressiva em exaltar as instituições portuguesas, manifestando o seu respeito, visando não desrespeitar seus súditos. Todavia, esse respeito expressivo e pomposo as instituições portuguesas deu lugar a uma legislação extremamente contraditória, omissa e bastante lacunosa, o que marcou infelizmente as suas características de fato na história¹⁸⁹.

Finalmente, o último quadrante da história do direito privado português, que de fato não teve influência nenhuma no ambiente brasileiro mas vale a menção, foi a modernização. Essa época foi marcada por uma demanda dos portugueses por uma certeza do direito, e também, regionalmente, para que a legislação das Ordenações Filipinas, que como se sabe eram bastante lacunosas, fossem substituídas por algo que de fato pudesse externar certeza. Conjugada a esses combustíveis que por si só já são bastante substanciosos, haviam também em Portugal a afirmação de que essas últimas compilações foram feitas por reis intrusos, que

¹⁸⁷ Como se sabe, com o acordo de Tordesilhas de 1494, Portugal e Espanha ficariam responsáveis pela colonização do Brasil, que desde seu descobrimento era monumental no que toca a sua extensão territorial

¹⁸⁸ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994. P. 23 e seguintes.

¹⁸⁹ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *Ordenações do Reino de Portugal*. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994. P. 24.

não tinham legitimidade para tanto, sendo considerados pelos portugueses como usurpadores de competências específicas¹⁹⁰.

Assim, Portugal, imbuído desses combustíveis bastante substanciosos, elabora, em 1867, o seu primeiro código civil, com inspirações que debruçam no sentimento promanado na França, e na modernidade da razão do século XIX, que externavam como se viu em toda a Europa, na codificação do direito em monumentos legislativos, resumindo o direito na lei, tendo em vista que para os juristas daquele lado do atlântico a razão poderia resumir o direito em preceitos inteiramente contidos nos monumentos legislativos dos códigos.

Subjacente a toda essa história, o Brasil estava sendo colonizado e a história de seu direito privado, bem como a promoção da divisão entre o direito privado e público estava a todo vapor. Com a finalidade eminentemente didática, far-se-á uma divisão na história brasileira entre o Brasil: (i) colônia; (ii) Império e (iii) república, tendo em vista que nesses momentos o direito privado, bem como o direito público, foram terminantemente modificados de acordo com os acontecimentos que seguiram nossa história.

O Brasil colônia, no que toca ao seu direito público e privado era um espelho daquilo que ocorria com o direito de Portugal, notadamente no seu viés de direito privado, que como se verá se manteve inclusive quando o Brasil já era independente. A colonização brasileira, como externa o tratado de Tordesilhas de 1494, deveria ser feita por Portugal e pela Espanha. Contudo, a colonização brasileira foi feita de modo peculiar por esses países europeus, pois as terras americanas eram assaz diferenciadas das terras europeias, grandeza de território e dificuldade de exploração marcavam a colonização brasileira. Por isso, foi necessário que se desrespeitasse o preceito contido nas Ordenações Manuelinas, então vigentes àquela época, para explorar o território brasileiro de uma forma pluralista e não de forma feudal como estava descrito nas Ordenações. Dessa forma, o Brasil era basicamente constituído por um sistema de capitânicas hereditárias, em que cada uma era doada aos tributários perpétuos da coroa (que como já se disse eram indivíduos em sua grande maioria imigrantes portugueses). Nesse sentido, havia uma certa hierarquia entre os proprietários, desde o rei, tendo abaixo os senhores territoriais e por fim os colonos ou sesmeiros¹⁹¹.

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 42.

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 65.

Assim, como pode-se assentir, o direito privado brasileiro, em 1534, era basicamente regido pela aplicação das então vigentes Ordenações Manuelinas no território brasileiro. Contudo, há estudo por parte do professor Ricardo Fonseca que assenta ser o direito brasileiro na época de colônia inicialmente bastante obscuro, notadamente no que se refere ao direito formal, em outros termos, o direito brasileiro positivo, malgrado sendo aplicado o direito do colonizador, não era cristalino nem mesmo aplicado integralmente ao Brasil. O que se encontrava, de acordo com o professor, era um conjunto conveniente de soluções, em que o governar se confundia com o julgar e vice e versa, portanto, de acordo com os estudos promovidos pelo professor, o direito brasileiro poderia ser de fato bastante obscuro e contraditório, composto por um conglomerado legal juntamente com solução *ad hoc* ocorridas naquele território. Assim, tratava-se de um tipo de casuísmo dos portugueses que governavam o nosso país, que solucionavam problemas assentes sob o manto de um certo mandonismo, que mais tarde deveria se tornar o coronelismo por nós já bastante conhecido¹⁹².

O professor Hespanha, esmiuçando o debate a respeito dessas partições, assenta em linhas gerais que o direito brasileiro aquela época poderia ser entendido como:

“Uma coleção heterogênea de providências jurídicas de diferentes graus e tópicos, tornada ainda mais confusa pela prática difusa e constante do casuísmo, uma característica típica do processo de decisão dos tribunais do Antigo Regime também nas colônias. Longe de um cristalino império da lei, o que podemos extrair das fontes é uma humilde e confusa colcha de retalhos de situações jurídicas e soluções jurídicas *ad hoc*”¹⁹³.

Destarte, não se pode ignorar que, mesmo sob o cunho teórico, as Ordenações Manuelinas tenham sido o ordenamento privado brasileiro nessa primeira quadra da colonização, que não haja soluções casuísticas específicas para aquele território, bem como algumas colchas de retalhos para o nosso território brasileiro, causando certa perplexidade para os historiadores que se debruçam somente sobre os cânones mais teóricos.

Passados mais alguns anos, em Portugal, como aqui já afirmado, há o advento das Ordenações Filipinas, que como peculiaridade tinha somente a sua proveniência, tendo em

¹⁹² FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização Frustrada: A Questão Da Codificação Civil no Brasil do Século XIX. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 18.

¹⁹³ HESPANHA, António Manuel. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In. FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). Na trama das redes: política e negócios no império português. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 58. *Apud*. FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização Frustrada: A Questão Da Codificação Civil no Brasil do Século XIX. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. p. 18.

vista que era um ordenamento provindo de um rei de nacionalidade Espanhola, e que de fato provinha de outro território que não o português. A característica marcante das Ordenações Filipinas, internamente, como já se disse, foi somente a sua promulgação com o fito eminentemente de conjecturar as leis que foram surgindo posteriores as Ordenações Manuelinas. Contudo, a sua gênese interna pode ser entendida como uma legislação em que o então rei Filipe I emitia o seu respeito pelas instituições portuguesas, o que resultou em uma infeliz obscuridade, bem como contradição dos textos ali consignados. Isso resultou em uma catástrofe no que toca a aplicação do direito que antes se fazia de forma tão sucinta, tendo em vista que os textos eram completos, concisos e claros.

Assim, essas Ordenações tiveram dificuldades resumidas em duas pontuações: (i) a aplicação do direito e (ii) e a interpretação do direito. Ambas, como se disse, decorreram diretamente das previsões lacunosas, omissas e contraditórias que foram as Ordenações Filipinas.

Na primeira premissa havia uma multiplicação no ambiente português e também no ambiente brasileiro de lacunas, bem como de casos que suscitavam dúvidas na aplicação do direito devido a sua previsão positiva, assim como de casos que de fato não estavam contidos nos dispositivos das Ordenações. No segundo ponto – de ordem eminentemente filosófica – o direito possuía dificuldades quanto a sua interpretação, pois anteriormente, quando da aplicação e interpretação das Ordenações Manuelinas, a colocação das opiniões de Bártolo de Saxoferrato e Acúrsio era a solução subsuntiva que se fazia quando houvesse lacuna na aplicação e notadamente interpretação da lei¹⁹⁴.

Nas Ordenações Filipinas os juízes deixaram de aplicar as opiniões dos então juristas utilizados no caso de lacunas, fazendo aplicar opiniões comuns, não só de juristas consultos mas também de moralistas¹⁹⁵. Dessa forma, estabelece-se, no que concerne a interpretação e aplicação das Ordenações, uma verdadeira controvérsia, tendo em vista que a sua aplicação se torna cada vez mais complexa e custosa aos operadores jurídicos.

Nesse diapasão, em 1769, Marques de Pombal, imbuído de um racionalismo superlativo, muda de maneira drástica as formas de interpretação das Ordenações nos casos de lacunas e de contradições legais com a promulgação da Lei da Boa Razão. Essa lei tem por

¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 41 e seguintes.

¹⁹⁵ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 43 e 44.

pressuposto mudar a forma que os juízes interpretariam as leis caso houvesse lacuna, omissão ou contradição, expungindo assim argumentos de autoridade conferidos a algumas opiniões específicas. Assim, de acordo com esse diploma, os juízes deverão, quando houver dúvida no julgamento, aplicar os preceitos fixados na lei; quando houver assuntos que tocam a política ou economia em sentido lato dever-se-á observar as matérias de direito Europeu e não o romano; que não haverá a possibilidade de citação das opiniões de Bártolo de Saxaferrato e Acúrsio, devendo prezar pelos costumes locais.

A lei da Boa Razão, é verdade, fez com que as lacunas normativas, bem como contradições ou omissões na espécie, fossem resolvidas de modo local, em vista de uma necessidade assente de manter o ordenamento jurídico português próprio e racional. Assim, com a lei da Boa Razão, Marquês de Pombal optou, no caso das lacunas, omissões e contradições, por soluções que são de cunho intrínseco, ou seja, deu-se a jurisprudência nacional, bem como a doutrina nacional, o aval para emitir as suas próprias opiniões, que poderiam nesse particular serem usadas para resolução de casos pelos então juízes¹⁹⁶. Mais um dos objetivos de Marquês de Pombal era a retirada ou restrição do uso dos costumes no ordenamento jurídico português, o que ocorreu basicamente com a fixação de requisitos para um costume ser considerado jurídico, em que deveria o costume: (i) ter conformidade com a boa razão e constituir o espírito das leis; (ii) não ser contrário a lei positiva e (iii) ter mais de cem anos de prática¹⁹⁷.

Evidente que partiram-se daí inúmeras críticas às soluções jurídicas promandas pela lei da Boa Razão, tendo como argumento principal a grande abertura que se daria a doutrina e notadamente a jurisprudência, constituindo, como muitos críticos chegaram a dizer, como uma lei que deu a jurisprudência um arbítrio mais amplo. Essa argumentação era seguida de um assentamento que dizia: ora, realmente atribuir as soluções para impasses jurídicos nacionais as opiniões de juristas debruçados em outro direito (que era o caso de Bártolo e Acúrsio) é terminantemente errado, contudo, deixar os casos complexos serem resolvidos de acordo com a boa razão dos julgadores é mais complexo ainda, porquanto haverão casos em que a boa razão será imperceptível¹⁹⁸. Assim, há o advento dessa mudança de forma

¹⁹⁶ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 46.

¹⁹⁷ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 45.

¹⁹⁸ TELES, José Homem Correia. *Comentário crítico à Lei da Boa Razão*. Nº 196 ao § 13 da Lei de 1769. *Apud*. MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 45.

substancial no que concerne a matéria de aplicação do direito em Portugal e também em sua colônia.

Portanto, o Brasil colônia inicialmente fica sendo caracterizado, no que concerne a sua partição privada, a aplicação das então Ordenações do reino de Portugal, inicialmente formadas pelas Ordenações Manuelinas e depois pelas Ordenação Filipinas. Ocorre que quando da aplicação das Ordenações Filipinas, em 1822, o Brasil se torna independente de Portugal, declarando de fato que o Brasil seria um império propriamente dito.

Inaugurando a fase do império brasileiro, o Assembleia legislativa, em 1823, edita uma das primeiras e mais importantes leis do império brasileiro, cujo conteúdo é a decretação de que as Ordenações Filipinas, então aplicadas no que concerne ao direito privado, continuariam a ser aplicadas no âmbito privado brasileiro, bem como leis e decretos promulgados pelo rei de Portugal até 25 de abril de 1821, isso enquanto não se organizasse um código brasileiro.¹⁹⁹ Esse ditame foi referendado e esmiuçado pela constituição de 1824, que em seu art. 179, N^o: XVIII, assentou que iria ser organizado um código civil embasado na equidade e na justiça. Contudo, o seu advento, como se sabe, somente veio em 1916, com o primeiro código civil brasileiro.

A deixada por parte dos estadistas brasileiros para que o direito privado fosse modernizado de acordo com as nossas especificidades nacionais somente para tempos futuros se deve a uma necessidade maior naquele momento da formulação de um direito público mais detido, tendo em vista que o tinha Brasil acababo de se tornar um país independente e que por isso necessitava regular as suas partições de poder, bem como a regulação do Estado brasileiro efetivamente, deixando o direito privado, malgrado regulado por um diploma não nacional e considerado pelos nacionais um diploma omisso, contraditório e lacunoso, para posteriormente ser melhor analisado.

Nesse diapasão, o Brasil começa de fato a sofrer as dificuldades geradas pelo diploma privatista, tendo em vista, como aqui já afirmado, a sua contradição e omissão em várias de suas passagens²⁰⁰. Ademais, as Ordenações Filipinas, como assenta o professor Orlando Gomes, eram um pedaço de nacionalidade portuguesa no Brasil, em que naquele país

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 7.

²⁰⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 56.

era considerada um pedaço do tempo imperial na modernidade²⁰¹. Desse modo, o Brasil passa a demandar um resolução desse impasse, pois o direito, além de ser deslocado e bastante fiel as tradições lusitanas, o que máxime, não era mais seguido nem mesmo em Portugal²⁰², tinha dificuldade em sua aplicação propriamente dita.

Contudo, não era somente esse o empecilho da criação de um código especificamente brasileiro atendendo ao comando constitucional, pois é sabido que àquela época o Brasil vivia sob bases sociais não muito favoráveis para uma reviravolta de modernidade como passou Portugal com a influência do código napoleônico, portanto, importante salientar que o Brasil vivia em uma sociedade colonial em que o trabalho escravo e a dominação por uma elite ruralista e mercantil era o que mandava nos cânones jurídicos, e que a formulação, de acordo com o preceito constitucional, de um código nas sólidas bases de justiça e equidade iria acabar com o projeto dessa pequena elite no ambiente brasileiro²⁰³.

No entanto, a comunidade jurídica brasileira estava gritando por uma solução quanto aos impasses jurídicos que a legislação tão viciada das Ordenações e os inúmeros textos formavam. Em 1846, o advogado Carvalho de Moreira apresenta uma revisão geral e codificação das leis civis e processo brasileiro²⁰⁴, que tinha por escopo a demanda mais do que evidente por uma codificação do direito brasileiro. Euzébio de Queiroz, imbuído do mesmo sentimento, propõe que o *Digesto* português fosse usado como codificação brasileira, tendo em vista que se tratava de um diploma “meio-codificado e meio-expositivo”, sendo que esse diploma foi redigido por José Homem Correia Telles em bases bastante conservadoras, que de acordo com o instituto dos advogados da época poderia ser considerada como retrógrada²⁰⁵.

Era aventado como uma solução acadêmica mais forte que seja feita uma consolidação das leis anteriores para que posterior à elas pudesse se codificar efetivamente o direito, tendo em vista uma melhor racionalização da codificação. Portanto, foi confiado o trabalho monumental e bastante complexo em 1855 a Teixeira de Freitas, jurista renomado e

²⁰¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 7.

²⁰² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 10.

²⁰³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 11.

²⁰⁴ CARVALHO, Moreira. *Da revisão geral e coficação das leis civis e do processo, no Brasil*. Rio de Janeiro. 1846. Revista do instituto dos Advogados., I, 145 e ss. Apud. MIRANDA, Pontes de, 1892. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P.79.

²⁰⁵ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 79.

que era considerado pela comunidade jurídica como um dos maiores e melhores instituidores do racionalismo e um dos gênios do direito civil no âmbito da América²⁰⁶. Seu trabalho deveria levar em conta uma compilação das leis do Brasil e também daquelas lusitanas, tendo em vista que sua grande maioria ainda se aplicavam deste lado do Atlântico. Em 1857 seu trabalho estava devidamente concluído, fruto de uma técnica de codificação que foi admirada por grande parcela dos juristas da América, compilando de modo extraordinário e sem contradições os diplomas reunidos de 1603 a 1857²⁰⁷.

Festejado pela comunidade jurídica, bem como pelos estadistas brasileiros, Teixeira de Freitas também é contratado para elaborar um esboço do código civil em 1859. A elaboração do esboço do jurista partia de um código com quatro grandes partes, de modo que Teixeira de Freitas cuidou de elaborar uma “Parte Geral” de maneira mais esmiuçada, para que não haja divergência, manifestando mais uma vez a sua pretensão de efetiva unificação do direito privado. Contudo, o legislativo brasileiro, que acompanhava de perto os trabalhos, não era totalmente simpatizante das ideias de Teixeira de Freitas, sendo que o então Ministro da Justiça Duarte Azevedo, com muitas divergências e obstruções que foram inauguradas por aquele que o antecedeu, José de Alencar, promove a despedida de Teixeira de Freitas para a elaboração do esboço do código civil em 1872²⁰⁸. Isso não decorre somente de divergências de cunho ideológico, mas também de que Teixeira de Freitas, divergindo da abrangência do projeto inicial, queria que todo o direito privado fosse efetivamente codificado, com o fito de dar efetivamente maior racionalidade para a aplicação do direito, similar ao que ocorria com o BGB alemão²⁰⁹.

A doutrina especula que Teixeira de Freitas teve o seu contrato resolvido por uma multiplicidade de questões, e não só a expansão do projeto de esboço. O professor Ricardo Fonseca assenta que houveram dois motivos determinantes para que Teixeira de Freitas tivesse o seu contrato resolvido no âmbito do poder legislativo: (i) o primeiro, de cunho eminentemente político, era a não conveniência naquele momento de uma unificação do direito privado, pois a elite ruralista que dominava os cânones parlamentares daquela época não tinha absolutamente

²⁰⁶ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 63.

²⁰⁷ TEIXEIRA, de Freitas. *Consolidação das Leis Civis*. 1ª edição oficial, Rio de Janeiro. 1857. 2ª edição. 1865. 4ª edição com Aditamentos. *Apud*. MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 80.

²⁰⁸ MEIRA, Silvio. *O direito vivo*. Goiânia. UFG, 1984. Pag. 225.

²⁰⁹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 81

nenhum interesse em uma regulação, que para eles, ocasionava uma duplicidade de leis e deveria ser repudiada e (ii) a segunda causa, também influenciada por questões políticas da época, provinha de uma divergência do próprio Teixeira de Freitas em elaborar um capítulo específico para a escravidão dos negros, difundindo a ideia de que os escravos não poderiam ser considerados coisas, pois mesmo sendo considerados coisas restritivamente pela legislação então em vigor, as evidências demonstravam que os escravos tinham a capacidade de contrair direitos²¹⁰.

Dessa forma, foi a primeira tentativa de codificação do direito civil brasileiro, que ocorreu, como se viu, no âmbito do Brasil império. Ainda no âmbito do Brasil império, já com o fracasso da primeira tentativa de codificação promovida por Teixeira de Freitas, há, em 1872, a submissão do projeto a cargo de José Nabuco de Araújo. José Nabuco era um embaixador que deixou bem claro que sua obra, composta por somente 118 artigos, não era para ser considerada uma obra científica, tampouco a obra de um professor universitário filósofo, mas sim de um estadista que se considerava preocupado com os efeitos práticos de uma legislação, de modo a repudiar de qualquer forma a rubrica de obra científica, mas a de simplificação e efetivação do direito em seus cânones práticos²¹¹. Mais à frente Nabuco de Araújo falece e Felício dos Santos em 1881 apresenta obra nomeada de Apontamentos com o fito de fazer uma obra preparatória para a efetiva codificação do direito civil brasileiro. Assim, foi nomeada comissão com essa finalidade, no entanto, o primeiro dos pareceres da comissão foi-lhe contrário, mas assentou que é bastante importante primeiro consolidar para que depois possa ser feita a efetiva codificação assim como tentou fazer Teixeira de Freitas. Por isso, foram recebidos os apontamentos como um trabalho preparatório para que o então autor pudesse fazer uma revisão geral para que se tornasse a codificação propriamente. Dessa forma, a comissão, que antes se compunha de forma temporária, se converte em permanente entregando, por conseguinte, o encargo de elaboração do projeto como um todo ao autor. Em 1882 a então comissão se dissolve de forma virtual para que Felício apresente seu projeto, todavia, somente em 1886 a então comissão permanente se dissolve de modo oficial. O gabinete do governo, em um último ato antes da sobrevivência da república, nomeia outros sete membros para uma nova

²¹⁰ SURGIK, Aloysio. O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil. In SCHIPANI, Sandro (org.) Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova: Cedam, 1988. P. 443. *Apud.* FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização Frustrada: A Questão Da Codificação Civil no Brasil do Século XIX. In. Manual de teoria geral do direito civil / Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P. 25.

²¹¹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 82.

comissão final, contudo, há o advento da república, levando o projeto para outros caminhos, extinguido portanto a comissão recém criada²¹².

Desse modo, o império brasileiro é extinto, sem nenhuma codificação, e ainda em meio a aplicação de um direito multifacetado, com várias lacunas e soluções *ad hoc* das mais variadas ordens que se pode ter.

Já na república, declarada em 1889, um dos membros da última comissão que analisou o projeto de Felício Dos Santos, Coelho Rodrigues, se incumbiu de fazer o projeto no novo regime, isso em julho de 1890. Nessa marcação histórica o Brasil, notadamente o seu legislativo, já estava bastante confiante na legislação de questões que se referiam ao direito civil. Coelho Rodrigues termina o seu projeto em 1893 em Genebra, contudo, o primeiro parecer de seu projeto apresentado na comissão formada no âmbito do Governo, assim como o de Felício dos Santos, também foi negativo. O Senado federal pretendia, em 1895, que fosse criada uma nova comissão para avaliar o projeto final, levando em conta os projetos de Coelho Rodrigues e de Felício Dos Santos. Assim, em 6 de novembro de 1896 autorizou que o governo contratasse a comissão de juristas para que seja escolhido o projeto, no entanto, a Câmara dos Deputados abandonou o projeto iniciado pelo Senado Federal, de modo que os projetos de codificação do direito civil brasileiro, agora na república, foram também abandonados²¹³.

Em 1899, no ambiente republicano, com a constituição de 1891 já devidamente adaptada aos cânones de uma república, o então professor de legislação comparada de uma das únicas universidades de direito do Brasil, Clóvis Bevilacqua, é convidado para que seja dada continuidade nos trabalhos que atinam ao código civil brasileiro, que de acordo com o pensamento daquela época era considerado a constituição do direito privado²¹⁴. O professor inicia os seus trabalhos em abril daquele ano e termina-o em novembro do mesmo ano. Assim, *incontinenti* ao término dos trabalhos é nomeada comissão com a finalidade de apurar e aprovar o então projeto do código civil. A comissão era composta de dois conselheiros do extinto império e de alguns outros professores atuais, de modo que a presidência da comissão era exercida pelo então ministro da justiça Epiácio Pessoa. A comissão, após longas cinquenta

²¹² MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 82

²¹³ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 83.

²¹⁴ DE CICCIO, Maria Cristina. *O Direito Privado a as suas Atuais Fronteiras*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 747, janeiro de 1998, pag. 35 e seguintes.

e uma sessões de julgamento, termina o seus trabalhos em 1900, sendo que já a essa data o BGB no âmbito alemão vigia, no entanto, nada de suas ideias foram usadas no projeto brasileiro.

Portanto, passando-se por esse trâmite bastante substancioso, o presidente da república encaminha o projeto revisado do código civil à Câmara dos Deputados, de modo que *incontinenti* a remessa do projeto é nomeada uma comissão no âmbito da Câmara dos Deputados, composta por vinte e um membros, sendo que cada um representaria um ente federado. Inicialmente a comissão assentou, em 1900 e 1901, que o Supremo Tribunal, os Tribunais dos entes federados, as faculdade de direito, o instituto dos advogados, bem como os jurisconsultos que estavam em voga naquele momento, deveriam ser ouvidos. Assim, em 1902, terminados os trabalhos da comissão, depois de longas sessenta e cinco sessões, coubera a Sylvio Romero, jurista que se destacou pelos seus comentários tocantes as matérias históricas, a leitura do parecer da comissão. Infere-se do parecer que houve mudanças substantivas no que se refere ao texto final. Nesse sentido, aprova-se o projeto com as mudanças apostas, encaminhado-o ao Senado Federal²¹⁵.

Chegando ao Senado federal nomeia-se, por óbvio, uma comissão para a avaliação do projeto, de modo que a relatoria da comissão ficaria com os então Senador da República e conselheiro do extinto império brasileiro Rui Barbosa. Desde a publicação do esboço de Teixeira de Freitas, os políticos que tinham formação jurídica (grande maioria pela enigmática faculdade de direito do largo de São Francisco) tinham a preocupação de que um estranho ao parlamento pudesse ser protagonista dos trabalhos, colocando raciocínios de cunho pessoal nos projetos que deveriam ter certo controle por parte dos parlamentares. Para Rui Barbosa, de cultura vernacular invejável e conhecido em toda a América, um código não poderia ter um vernáculo lacunoso e ruim, deveria ser irrepreensível e imponente. Imbuído desse sentimento o então Senador da república publica em jornal de sua diretoria artigo criticando a escolha do autor do projeto, isso em 1899 quando da escolha de Clóvis Bevilacqua para editar o projeto de código civil. Rui Barbosa acusava a escolha do entusiasta do projeto ser feita somente com o coração e não com a cabeça, de modo que de acordo com o Senador, faltava o requisito do vernáculo, da ciência da língua portuguesa para que Bevilacqua de fato fosse uma escolha a altura de um trabalho monumental como esse. Assim, Rui Barbosa trava

²¹⁵ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 84.

uma luta contra a forma com que o código civil foi elaborado, esquecendo de forma substancial do mérito do projeto em si²¹⁶.

Nessa ira de crítica do Senador Rui Barbosa ele elabora sozinho o parecer da comissão que criticou de modo veemente o projeto apresentado por Bevilaqua, contudo, a crítica analisou tão só o aspecto formal do projeto e não o seu conteúdo semântico. A batalha foi protagonizada por Bevilaqua e o professor de gramática Carneiro Ribeiro de um lado e Rui Barbosa do outro. O professor Pontes de Miranda lembra, malgrado quem tenha iniciado a batalha de língua portuguesa tenha sido o Senador Rui Barbosa, que a referência a palavra “usucapião” como masculina (o que é terminantemente errado) foi feita por Rui Barbosa²¹⁷.

Nesse sentido, o Senado, em 1912, havia aprovado cerca de 186 mudanças que tocavam ao fundo, ao mérito do projeto em si, foram as mudanças que foram sugeridas e efetivadas no que toca a forma do projeto. Retornado o projeto para a Câmara dos Deputados, em razão das emendas apresentadas no âmbito do Senado, houve a constituição de uma comissão composta por vinte e um membros. Em dois de abril de 1913 a comissão apresenta parecer quanto as novidades de lavra do Senado apostas no projeto, contudo, somente dois anos posteriores que as então emendas foram votadas por aquela casa legislativa, sendo que 94 delas foram rejeitadas. Novamente no Senado, em respeito ao sistema bicameral que havia na carta para a votação de um projeto de lei ordinária, este deixou ao texto 24 das emendas recusadas pela Câmara dos Deputados, de modo que mais uma vez a Câmara rejeita 9 das 24 emendas recusadas. Nesse diapasão, passaram-se alguns meses, mas as duas casas legislativas federais se unem para escrever de fato o projeto final, o que resta efetivado e aprovado em dezembro de 1915. Assim, pelo decreto nº:3.071 de 1 de janeiro de 1916 o código civil é enfim promulgado com todas as suas vicissitudes de cunho processual, bem como de cunho material-histórico como se verá²¹⁸.

De acordo com o professor Pontes de Miranda, o código já nascera com algumas vicissitudes, de modo que o mesmo professor encaminhou para a imprensa alguns apontamentos em que as leis então promulgadas eram falhas. Remeteu-se tais opiniões também a comissão instituidora do código, que ficou perplexa com a fraqueza dos artigos então

²¹⁶ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 84 e seguintes.

²¹⁷ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. P. 85.

²¹⁸ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 85 e 86.

promulgado. Portanto, tais apontamentos de ordem técnica viraram opinião política sustentada em nossas casas legislativas, e em 1918, pelas mãos de Epitácio Pessoa, há apresentação de parecer à comissão com os então apontamentos, de modo que há, no âmbito do Senado, o advento da lei de nº: 3.075 de janeiro de 1979, que viria a revisar o então código civil brasileiro. Contudo, ainda de acordo com o professor Pontes, haveria a necessidade de uma reforma do código, o que foi sustentado inclusive pelo deputado Julio Santos em 1925, mas o discurso do deputado não foi recebido muito bem pelos seus pares, levando-os a pensar que uma nova reforma iria cunhar ideias retrógradas ao código considerado um monumento moderno, no entanto, de acordo com ao âmbito acadêmico a reforma ainda era necessária²¹⁹.

No que se refere ao desenvolvimento do direito público brasileiro, levar-se-á em conta o direito constitucional, tendo em vista de que foi a matéria que fundou os demais ramos do direito considerado público. É de se considerar que o direito público brasileiro, embora tenha sido a única matéria em que se legislou pós independência, teve uma evolução bastante tímida, considerando ainda que tivemos o seu retrocesso quando da ditadura militar no que toca ao desenvolvimento efetivo desse ramo jurídico.

O ambiente do direito público no Brasil foi iniciado com pé esquerdo. Em 1822 o Brasil declarava a sua independência de Portugal e passaria a ser Império. Já em 1823, quando da elaboração da primeira carta constitucional pela assembleia então convocada estranhamente antes da própria declaração de independência em 1822, o Imperador D. Pedro I dissolvera tal assembleia, iniciando os trabalhos constituintes do embrionário Brasil, reforçando a ideia do oficialismo brasileiro. O projeto que corria na assembleia que seria dissolvida era relatado por Antônio Carlos de Andrada, que como tendência do que viria a ser o Brasil, possui concepção levemente liberal, expandindo, portanto, a sua concepção liberal nos cânones da carta brasileira, tais como a própria limitação de poder do Imperador em várias de suas ordens, seja na impossibilidade de dissolução da câmara, seja na impossibilidade de utilizar do sistema de veto. Assim, o Imperador dissolve a assembleia, tendo em vista que logo na abertura dos trabalhos da então constituinte tinha manifestado a sua posição de que a constituição fosse digna de aprovação imperial, o que contrastava com as limitação que a assembleia dava ao seu poder inspirado nos ideias do iluminismo francês²²⁰. Nesse sentido, o então imperador D. Pedro I

²¹⁹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981 .P. 86.

²²⁰ A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte”. In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 25. *Apud*. BAARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 481.

dissolve a assembleia em meio a um tempo que o liberalismo na Europa e em Portugal está em decadência, fazendo ressurgir os cânones do absolutismo monárquico tão odiado na França. Nesse caminhar histórico, logo após a dissolução da assembleia constituinte, houve a previsão de que uma nova fosse convocada, contudo, o que foi convocado seria um Conselho de Estado composto por pessoas escolhidas pelo próprio imperador para a aprovação de uma carta constitucional, de modo que a carta foi devidamente debatida por esses dez indivíduos que comporiam o Conselho de Estado e outorgada pelo imperador em 1824 no dia 25 de março²²¹.

Portanto, a primeira quadra do direito público brasileiro, representada pelo direito constitucional na sua primeira carta constitucional de 1824, foi marcada por um patente autoritarismo, resultando em uma carta outorgada e não aprovada por meio de um devido processo, evidenciando que apesar do Brasil se tornar império independente, passa a se embebedar dos cânones do autoritarismo monarca do absolutismo, e nessa marcação passa-se, de acordo com o histórico fixado anteriormente até que se chega a república, marcada por várias oscilações de poder, bem como trações institucionais. A constituição de 1891, marcando primitivamente a república brasileira, foi instituída em ideias sobretudo tidos por Rui Barbosa, que teve como base as constituições dos EUA e da Argentina, perfazendo um modelo efetivo de federalismo no âmbito brasileiro, de modo que a característica dos poderes tripartidos, constituindo uma verdadeira limitação de poder, (característica importante do constitucionalismo moderno) adentra ao Brasil de forma substancial. Ainda na carta de 91, instituiu-se a forma de presidencialismo, que de forma inovadora e inspirado nas cartas constitucionais modernas, colocou o voto como o verdadeiro instrumento de eleição dos representantes, fazendo valer a máxima de república, bem como a democracia²²².

Assim, a carta de 1891 instituiu no Brasil o que há de mais moderno no que toca ao direito constitucional (que como corolário é o componente maior do direito público aqui para nós), fazendo de fato valer a questão da limitação de poder e a instituição de alguns direitos fundamentais de primeira geração, retirando muitas das benesses resultado das instituições monárquicas existentes no Brasil, bem como na formulação de um sistema de eleição direta do representante com mandato transitório, seja no âmbito do legislativo ou no âmbito do executivo, que com a carta passa a ser também um sistema presidencialista. Contudo, como se verá, a república não expungiu o sistema de coronelismo instituído pela elite agrícola que comandava

²²¹ BAARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 481.

²²² SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 237 e seguintes.

os rincões brasileiros, sendo que essa carta, ao contrário da anterior, era promulgada e não outorgada²²³.

É de se considerar que a realidade social brasileira, como se verá, é a de um país caracterizado sobretudo por uma economia baseada em processos primários, em que há a importação de produtos fabricados e a exportação de produtos agrícolas primários, portanto, há certa dominância por parte daqueles que são donos de terras e que cuidam da produção desses artigos agrícolas, de modo que há inclusive a caracterização de uma política denominada café-com-leite, fazendo com que os presidentes que fossem eleitos seguissem a ordem de Paulista e Mineiro, em vista de que foram os dois locais que possuíam mais produtores desses grandes produtos agrícolas que sustentavam a economia do país: café e leite. Contudo, em 1929, quando de mais um eleição que deveria ocorrer, a aliança entre os Paulistas e os Mineiros cai, e com isso começa a haver dissenso quanto a eleição do presidente. Na época, os paulistas apoiavam o candidato Julio Prestes, contrariamente, o presidente de Minas Gerais (hoje denominado governador), apoiou o candidato contrário: Getúlio Vargas (isso depois dos dissensos que haviam ocorrido entre as duas capitais), de modo que em 1930 as eleições ocorrem e tem como vitorioso o então candidato paulista Julio Prestes. Isso causa bastante raiva nos Mineiros que impedem de forma desinibida a posse de Julio Prestes, e impõe o exílio ao paulista, declarando êxito ao efetivo golpe de Estado de 30, depondo o então presidente Washigton Luis e colocando no poder o candidato de minas derrotado Getúlio Vargas. Dessa forma instaura-se o que se chamou de governo provisório, que tinha por presidente o então gaúcho Getúlio Vargas. Em 1932 há o nascimento de um movimento contra o governo de Getúlio Vargas nomeado de revolução constitucionalista, que reunia sobretudo indivíduos de São Paulo. A revolta principal era o costume de Getúlio Vargas governar e ditar as formas de Estado por meio de decreto sem o comprimento da carta em seu nomeado governo provisório, bem como a efetiva autonomia que foi retirada dos entes federados brasileiros. Assim, em 1934 é convocada uma nova assembleia constituinte para que uma nova carta constitucional brasileira seja efetivada²²⁴.

A carta de 1934 tem como características marcantes a oposição de questões mais progressistas em seu texto, tendo em vista que o momento histórico assim orientava, mesmo possuindo tal carta duração efêmera de três anos e reiterados descumprimento por parte do governo de Getúlio Vargas. Como pano de fundo a carta de 1934 se inspirou na constituição

²²³ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 233.

²²⁴ MONTEIRO, Hamilton de Mattos. *Da república velha ao estado novo*. In: Linhares, Maria Yedda (org.). História geral do Brasil, p. 302-315.

de Weimar alemã, que tinha bastante influência de um federalismo superlativo. No entanto, o que pode ser considerado a maior revolução no tocante a carta de 1934 era a previsão de direitos sociais progressistas, notadamente os direitos trabalhistas que foram parte do entusiasmo de Getúlio Vargas. Todavia, como aqui já reiterado, a possibilidade de congregarem os mais desamparados e as camadas mais baixas da sociedade era a parte mais característica dessa carta e a parte que era mais criticada por Getúlio, tendo em vista que de acordo com ele iria causar muitos problemas aos cofres do Estado²²⁵.

Em 1937, o então presidente Getúlio Vargas outorga uma nova constituição, instituindo efetivamente uma ditadura republicana, fazendo com que os poderes antes tripartidos fossem concentrados inteiramente nas mãos do presidente. A carta de 37 possui uma característica histórica bastante peculiar. Enquanto que a carta de 34 estava sendo considerada bastante liberal e progressista, havia, nos bastidores do poder legislativo, uma guinada do comunismo, isso pelo fato da anistia de vários dos perseguidos políticos brasileiros, entre eles o polêmico Luís Carlos Prestes, que mais à frente fundou a ANL, frente de esquerda que pretendia organizar um movimento popular com o apoio do partido comunista brasileiro para a derrubada do governo de Getúlio Vargas. Por outro lado o então presidente Getúlio Vargas queria manter o seu poder, sem a prevista alternância de poder que deveria ocorrer no ano de 1938 com mais uma eleição geral. Importante salientar por fim, que a carta de 34 teve uma intermitência no ano de 1935, isso em razão de que o movimento ANL matou militares enquanto descasavam, permitindo a Getúlio Vargas a justificativa para que a constituição fosse suspensa para que o movimento ANL fosse exterminado. Portanto, é em meio a esse ambiente que a carta de 37 é outorgada, tendo como um de seus principais fatos geradores a demanda que Getúlio tinha para ficar no poder²²⁶.

Em 1946, no fim de uma segunda grande guerra mundial, Getúlio Vargas se vê obrigado a renunciar ao cargo de presidente, isso em vista de que a manutenção de um regime ditatorial e ante-democrático depois da consciência que os países tiveram com o fim da segunda grande guerra era impossível, ademais, o partido UDN (União Democrática Nacional) e o Exército Brasileiro articularam um movimento para que isso ocorresse de forma

²²⁵ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 235.

²²⁶ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 237 e seguintes.

assentada. Assim, em 1946 foi eleito o presidente Eurico Gaspar Dutra e começa-se a elaboração da nova carta constitucional²²⁷.

A carta de 1946 teve por característica principal a oposição bastante progressista de direitos fundamentais de primeira geração, tais como o de reunião, o da igualdade e outros. Na sua elaboração foi a primeira carta com a participação da chamada “bancada comunista”, que contribuiu amiúde para que a carta possui-se esse caráter progressista. Nesse sentido, os movimentos sindicais de esquerda começam a nascer com mais força, de modo que o congresso ficou dividido entre indivíduos de esquerda que apoiavam a pauta social sindical, e os que representavam a classe média e a entrada cada vez maior de capital internacional nas ambiências brasileiras (evidenciando certa preocupação com o movimento que ocorrera na quebra da bolsa de NY em 30 com o prejuízo dos produtores de café). No âmbito militar havia a divisão correspondente entre os Nacionalistas, sustentadores do movimento de esquerda do Brasil, e os democráticos, simpatizantes com a entrada de capital estrangeiro cada vez maior no Brasil. Toda essa reviravolta no âmbito político representa as ideologias das elites dominantes do cenário brasileiro como se verá, os ruralistas e os mercantilistas²²⁸.

Importante salientar, somente com o fim didático histórico, que Getúlio Vargas, após a sua renúncia do poder, cria o PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), isso depois de ser eleito, já em 1946, como senador do Estado do Rio Grande do Sul.

Nas eleições gerais de 1950 Getúlio Vargas é eleito democraticamente para presidente da república. O período em que toma posse é marcado sobretudo por crises de cunho político e econômico em vista da lembrança reiterada que se fazia de sua anterior passagem pelos rincões do poder brasileiro. Mas, Getúlio adotou uma forma de governo marcada por um forte nacionalismo, bem como por uma atenção detida a pauta dos trabalhadores, o que culminou, em 1953, na nomeação na pasta do trabalho de João Goulart. Como um primeiro ato, João Goulart assenta que o salário mínimo deveria ser aumentado, o que causa nos militares um desconforto enorme e que efetivamente foi a causa principal da saída do então ministro do cargo. Em meio a todas as conturbações do governo de Getúlio a imprensa começa a acusa-lo de corrupção, de modo que isso faz com que Getúlio, em pleno ato contrafeito, determine que seja aumentado o salário mínimo, bem como a contribuição patronal da previdência. No ano

²²⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília. OAB, 2002. P. 418.

²²⁸ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 239 e seguintes.

seguinte, um episódio marca a crise do governo com a conhecida república de Galeão, que foi enunciada por um homicídio de um militar e a agressão de um jornalista tendenciosamente depois das publicações a respeito da suposta corrupção no governo de Getúlio Vargas, de modo que aos militares da base aérea do Galeão foi conferido amplos poderes para a investigação do delito. Com isso, cresce a demanda da oposição e dos militares pela renúncia de Getúlio do poder, e em meio a tantas dificuldades o velho Getúlio pede uma afastamento durante toda essa conturbação, o que é protamente repudiado pelos militares exigindo que renuncie ao cargo, assim, o presidente se suicida em 1954 deixando uma carta em tom de vitória e morte em batalha²²⁹.

Em 1961, quando da eleição para presidente da república brasileira, regulada pela carta de 46, o então Jânio Quadros foi eleito, contudo, renunciou no mesmo ano o mandato que lhe foi conferido. Nesse sentido, quem deveria suceder Jânio Quadros era o então vice presidente João Goulart, no entanto, o vice presidente se encontrava em viagem a república da China, de modo que os militares (que já eram bastante influentes naquela época) acusam-o de ser comunista e o impedem de tomar posse, alegando que o sistema presidencialista jamais iria permitir que um indivíduo tendenciosamente comunista tomasse posse. Nesse caminhar, depois de muita negociação, aqueles que eram apoiadores de João Goulart e a oposição chegam a um acordo, sendo que esse acordo previa que Brasil passaria a ter um regime parlamentarista, em que nesse parlamentarismo o chefe de Estado seria o próprio João Goulart. No entanto, dois anos depois houve no Brasil um plebiscito para que o povo brasileiro escolhesse qual sistema que mais lhe aprovava, hipótese em que restou efetivado o sistema presidencialista²³⁰.

Nos bastidores da sociedade havia movimentação intensa por parte de conglomerados conservadores, tais como as próprias forças armadas, a igreja e organizações da sociedade civil com o fito de depor o governo de João Goulart, pois temiam que o Brasil pudesse virar uma ditadura socialista ao fim e ao cabo. Contribuindo para esse pensamento, o governo de João Goulart, no que concerne a economia, não ia nada bem, houve falha do seu plano trienal que visava estabilizar a economia, bem como a sua sustentação cada vez maior de uma reforma agrária, de modo que isso aumentava cada vez mais o movimento por parte do setor conservador da sociedade brasileira para o fim de seu governo. Os movimentos de extrema direita começam

²²⁹ FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo*. São Paulo. Contexto. 2015. P. 17 e seguintes.

²³⁰ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 240.

a crescer de forma superlativa, conquistando espaço na casa do cidadão comum, fazendo com que haja o nascimento do movimento anti-Goulart²³¹.

Como se disse, a economia brasileira não ia passando por um bom caminho, de modo que o então presidente João Goulart havia tentando de várias formas reaquecer a economia, todas sem sucesso. Ainda no ano de 64 o então presidente João Goulart, em um comício na cidade do Rio de Janeiro em frente a famosa estação central, anuncia que as refinarias privadas de petróleo passariam a ser públicas, de modo que as propriedades onde se encontram as refinarias, bem como aquelas que estavam as margens das ferrovias, rodovias e zonas que irrigavam açudes públicos, deveriam ser desapropriadas para fins de reforma agrária. Isso fez com que a crise já então em grau bastante elevado se alastrasse, de modo que tínhamos uma crise no âmbito político, em vista de uma oposição notadamente militar cada vez maior ao presidente João Goulart, e no âmbito da economia uma crise de estabilidade²³².

Especificamente em 25 de março de 1964, houvera a reunião da associação de fuzileiros e marinheiros navais no Sindicato dos Metalúrgicos de Guanabara com o fito de comemorar o aniversário da entidade, e de promover o apoio as reformas então propostas pelo presidente Goulart. Essa associação foi fundada por oficiais que poderiam ser considerados subalternos no serviço militar. A época, esses militares alegavam que não possuíam representação, tendo em vista que os militares de mais alta patente da marinha já possuíam as suas devidas entidades representativas. Essa associação jamais foi reconhecida pelo chefe das Forças armadas, sendo criada já debaixo de conflitos com a alta patente das forças. Dessa forma, a comemoração do aniversário se tornou local para promover reivindicações entre tais fuzileiros²³³.

Seu líder, José Ancelmo dos Santos, imortalizado por Cabo Ancelmo, embora jamais tenha tido tal patente, assentava que havia a necessidade de mudança no código de disciplina, bem como, e sobretudo, o reconhecimento da referida entidade. A reunião contava com a presença do então deputado federal Leonel Brisola, bem como o líder da monumental revolta da chibata João Cândido. Além das pautas supramencionadas, os fuzileiros alegavam as violações que o interno regime militar estava promovendo de longa data, impedindo que qualquer tipo de ideologia distinta da deles podiam ser sustentadas em terras brasileiras. Diante

²³¹ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 36 e seguintes.

²³² REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 28 e seguintes.

²³³ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. Lira Neto. São Paulo. Contexto. 2004. P. 242 e seguintes.

do movimento o então ministro da marinha enviou fuzileiros marinheiros para a sede do sindicato dos metalúrgicos no Rio de Janeiro para que seja contida a manifestação, bem como os seus líderes presos. No entanto, o que acontecera foi a junção dos então fuzileiros ao movimento revoltoso, terminando aquele dia 25 de forma anacrônica²³⁴.

No dia seguinte o prédio onde ficava a sede do sindicato quase foi palco de uma sangria humana entre quinhentos homens do exército e os então membros da associação que comemoravam os seus dois anos de existência, isso em vista de que momentos antes da ordem por parte do então ministro da Marinha Silvio Mota, o presidente Jango intervira assentando que a invasão estaria proibida. O Ministro do trabalho Amauri Silva foi designado pelo presidente para que seja procedida as negociações com o ministro da Marinha, de modo que os líderes marinheiros concordaram com a prisão no Batalhão da Guarda, restando ao ministro da marinha, indignado com a ingerência por parte do presidente, sair dos comandos do governo²³⁵.

Seguido o curso histórico aqui traçado, no dia que se seguiu, para que as ingerências fossem terminadas, ainda dentro do acordo, os fuzileiros revoltosos que foram presos seriam libertados e anistiados, de modo que o ex-almirante que havia sido afastado do cargo em razão de ter sido declarada a sua prisão, retomaria o seu posto como comandante das forças armadas. Isso causou um bem estar nos fuzileiros, que saíram em passeata comemorando uma série de decisões em seu favor²³⁶.

Logo após esse incidente específico, na madrugada do dia 31 de março, os militares tomam o poder de Jango, promovendo a temida e tão falada ditadura militar que perduraria até 1985. Goulart, tentando combater o Golpe, viaja do Rio a Brasília no dia 1 de abril e de lá vai até Porto Alegre onde o deputado Leonel Brizola tentava organizar um grupo de resistência com alguns oficiais. No entanto, foi tudo em vão, de modo que Goulart se exilou no Uruguai evitando o combate²³⁷.

Na saída de Goulart, o presidente do Senado declara o cargo de presidente vago, assumindo inteiramente o presidente da Câmara Ranieri Mazilli. Contudo, o poder efetivo do Estado estava nas mãos dos militares. Assim, em 2 de abril foi fundada uma

²³⁴ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. Lira Neto. São Paulo. Contexto. 2004. P. 242.

²³⁵ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 30 e seguintes.

²³⁶ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo. Contexto. 2004. P. 244 e 245.

²³⁷ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 32 e seguintes.

organização denominada de “comando supremo da revolução”, formada por brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo da aeronáutica, general Artur da Costa e Silva de exército e o vice-almirante Augusto Rademaker da marinha, de modo que esse grupo seria mantido no poder por aproximadamente duas semanas²³⁸.

A junta antes citada havia, para que a regulação jurídica de seus atos fossem legais, assim como fizeram os nazistas, baixado um ato institucional (instrumento jurídico até então desconhecido pela carta de 46 então em vigor na época) legitimando os atos que os militares praticariam durante aquele interregno, abrindo assim inquéritos, promovendo torturas em face do que os militares denominavam de comunistas, entre outros atos de exceção. Assim, como se viu, ficou a carta de 46 sem força, isso em vista do ato institucional que permitira os atos de exceção praticados pelos militares naquela ambiência. Quando da tomada do poder por parte dos militares radicaram-se dois lados do movimento: aqueles que acreditavam que medidas mais radicais deveriam ser tomadas, promovendo os militares mais tempo no poder; e do outro lado aqueles mais moderados, acreditando que os militares no poder seriam necessário durante pouco tempo²³⁹.

A dualidade acima referida foi determinante para que haja a eleição do primeiro presidente da era militar: Humberto de Alencar Castello Branco. O Congresso ratifica a indicação de Castelo Branco que é eleito em 15 de abril de 64, sob o manto do ato institucional nº 1 criado pelo junta então no poder²⁴⁰.

Os fundamentos do golpe de 64 não podem ser resumidos em um só acontecimento, isso em vista de que foi um conglomerado de fatos e ideologias que caminharam até ali que fizeram por eclodir o movimento. No entanto, pode-se dizer que o combate ao “comunismo” e a volta e segurança das bases do Estado foi o lema sustentado pela unidade dos militares. De modo a acompanhar essa ideologia a afirmação por parte dos militares do fracasso da economia, e o cinismo de Goulart frente a esse setor do Estado. Os militares até aquele momento cumpriam um papel meramente moderador em dar proteção do Estado, não adentrando ao poder propriamente dito. Contudo, com o militarismo, houve o rompimento com

²³⁸ CASTRO, Celso. *O golpe de 1964 e a instauração do regime militar*. Disponível em: <
<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 01/05/2017

²³⁹ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 33 e seguintes.

²⁴⁰ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo. Contexto. 2004. P. 260 e seguintes.

essa ideologia, fazendo com que os militares adentrassem de fato ao exercício do poder de uma forma ilegítima em face da carta de 46²⁴¹.

Grande maioria dos militares que estavam envolvidos no movimento alegavam que o golpe (embora estes não o chamavam dessa forma) estava atrelado ao estabelecimento da hierarquia e disciplina contidas no ambiente militar, abalroada com o episódio da revolta dos militares, em que houve o desobedecimento de fuzileiros da marinha, bem como a intervenção excessiva do presidente Goulart no ambiente castrense, acabando com tais princípios. Além desse fundamento, alegam os militares que o episódio em que o presidente Goulart havia baixado decretos que transformariam refinarias privadas em públicas, e tomado algumas outras medidas que piorariam a economia em um ato de cinismo superlativo, fizera desencadear de forma mais forte o referido movimento²⁴².

Depois de certo tempo, regido o Estado constitucional pelo ato de nº 1 criado pela junta militar após o golpe, houve, por parte de Castello Branco, uma concepção mais moderada no que atine ao controle militar, de modo que em 66 haveria a passagem do poder a um civil que fizesse parte do movimento golpista, em vista de que vários setores da sociedade civil, como já se disse, apoiavam o golpe em razão da conjuntura econômica subjacente²⁴³. No entanto, a corrente militar que poderia ser considerada mais linha dura, liderada por Costa e Silva, impediu que isso ocorresse, influenciando de forma assente o então presidente Castello Branco. Nesse passo, foram frustradas as eleições de 65, extintos absolutamente todos os partidos existentes por meio do ato institucional nº 2²⁴⁴.

No final de 66 foi publicado projeto de uma nova carta constitucional pelo então ministro da justiça Carlos Medeiros Silva. No entanto, o projeto teve várias divergências dada a cisão entre os militares. Assim, foi publicado o ato institucional nº 4 que convocou o congresso para a elaboração de uma nova carta constitucional, dando ao congresso o poder constituinte originário para tanto. Nessa carta constitucional, uma de suas características

²⁴¹ Aqui a pontuação, por exemplo, do fracasso do plano trienal instituído por Jango na sociedade brasileira representa muito bem uma das mais ferrenhas críticas promovidas pelos militares. REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 24 e seguintes.

²⁴² REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P 30 e seguintes.

²⁴³ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 36 e seguintes.

²⁴⁴ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 46.

marcantes foi a concentração de todos os poderes nas mãos do poder executivo, como era o caso da elaboração das emendas constitucionais. A referida carta foi ratificada em 67²⁴⁵ 246.

Em 1969 ocorrera um ato bastante simbólico. Trata-se da emenda nº1, que preceituava que os ministros militares estariam investidos no exercício da presidência da república, é dizer, com o fim do governo de Castello Branco, há o advento de uma nova carta em que os ministros militares estariam investidos no exercício da presidência, bastante similar a junta pós golpe²⁴⁷.

Enfim, com o ato institucional nº 5 houve o efetivo fechamento do Congresso Nacional, com a passagem dos poderes atribuídos aquela casa para o executivo formado pelos ministros militares, de modo que no mesmo giro promovem a suspensão de todas as garantias constitucionais. Alguns historiadores e constitucionalistas acreditam que a passagem de poderes para os indivíduos militares que compõe, nesse momento histórico, o poder executivo de forma superlativa, pode ser considerada como se uma nova carta surgisse. No entanto, isso não é unânime²⁴⁸.

Passamos até 85 em tempos sombrios, anulação constitucional e estado de exceção, demandando por muito tempo por uma luz no fim da estrada. Assim, o movimento militar, embora tenha promovido algum crescimento econômico no Brasil, retirando do abismo tido naquela época²⁴⁹, acabou por retrair, deixando de ocorrer as promessas militares na economia. E com esse fundamento o movimento militar cai²⁵⁰.

Além dessas fundamentações, havia grupo de políticos e cidadãos influentes na época, imbuídos de um sentimento revolucionário, decididos a fazer mudar os rincões brasileiros até então, e retirando de vez os militares do poder. Esses movimentos tinham por pressuposto a feitura de eleições diretas, tendo em vista que o país vivia, no que atine a escolha dos agentes políticos, em eleições indiretas desde o ato institucional nº 4 e 5, embora, naquela

²⁴⁵ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 38 e 39.

²⁴⁶ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 240.

²⁴⁷ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 242.

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2017. (Série IDP). P. 99 e seguintes.

²⁴⁹ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 61.

²⁵⁰ REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014. P. 99 e seguintes.

época, tais atos já estivessem sido revogados pela emenda constitucional nº 11 de 1978. Dessa forma, o então governador do Estado de Minas Gerais Tancredo Neves, impossibilitado de concorrer a presidência da república no colégio eleitoral em razão da reserva somente a militares da época, apoiando o movimento revolucionário, tendo em vista a fraqueza que o movimento militar estava tomando, conseguiu ser candidato da oposição para o colégio. Uma das promessas de Tancredo era a convocação de uma constituinte. O então candidato Tancredo ganha a eleição contra o então candidato dos militares²⁵¹.

As promessas de Tancredo foram ameaçadas, isso em vista de que Tancredo, no dia de sua posse em março de 85, teve crise de diverticulite. O então candidato vencedor foi internado as pressas em hospital do DF, contudo, não houve êxito depois de cirurgia que o mesmo foi submetido. No dia 21 de abril de 85 sobe na rampa do planalto o então vice presidente da chapa de Tancredo, José Sarney.

Assim, em junho o então presidente cumpre a promessa de Tancredo encaminhando a mensagem nº 330 cujo conteúdo é a convocação de uma nova constituinte. Essa mensagem resulta, no mês de novembro daquele ano, na emenda constitucional nº 26. Em novembro do mesmo ano foram eleitos os deputados e senadores que comporiam a assembléia, empossados no dia primeiro de fevereiro do ano seguinte. Discutiu-se muito a respeito da natureza dessa assembléia, isso no que atine a mesma ser exclusiva ou não, o que será devidamente explicitado um pouco mais a frente²⁵².

Foram 18 meses de trabalho, com a apresentação 122 emendas, 487 deputados e 72 senadores. A proposta inicial era a terminação dos trabalhos no ano de 87, no entanto, como foi visto, as emendas e discussões foram substanciais, postergando o término dos trabalhos para o ano seguinte²⁵³.

Tratou-se, tomando por base os tempos sombrios que decorreram daquela época, de um documento com participação substancial da população, mesmo havendo a divergência da exclusividade ou não da própria assembleia²⁵⁴.

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2015.p. 486 e 487.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2015.p. 487.

²⁵³ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 244 e seguintes.

²⁵⁴ SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 244.

Destarte, a carta de 88 rompeu com pelo menos três paradigmas nas terras brasileiras: (i) primeiro deles toca a matéria da democracia, que de forma assente foi reestabilizada, bem como a aposição daquilo que primitivamente a carta de 46 já previa, qual seja, a concepção de constitucionalismo (divisão de poderes e previsão de direitos fundamentais), com a aposição de direitos fundamentais de várias ordens. Assim, para esse paradigma, rompe-se com a conjuntura constitucional até então praticada no Brasil; (ii) segunda questão atine ao pensamento político até então vigente, uma vez que se tratava de regime militar, impossibilitado de qualquer exercício de direitos, bem como de representação partidária, de modo que a sistemática política passa por essa filtragem, tendo em vista, inclusive, a quebra jurídica-constitucional supramencionada; (iii) na última pontuação revolucionária aqui colocada, temos a superação de um movimento jurídico-filosófico, trata-se da passagem de uma nova teoria de fontes jurídicas, bem como do estabelecimento e uma nova forma de interpretação jurídica, e de uma nova visão filosófica que se modernizaria mais à frente.

No que atine a última pontuação supracitada, cabem algumas considerações mais importantes. Primeira delas é a nova teoria das fontes, ou seja, com a promulgação da carta de 88 há a necessidade, em qualquer tipo de procedimento interpretativo de dispositivo legal, bem como na formulação de um novo diploma legal, da passagem pelo que se chama de filtragem constitucional²⁵⁵. A filtragem irá desenvolver papel importante na quebra da classificação adversada nesse trabalho, uma vez que faz por incluir a superação de paradigmas em ramos jurídicos que são do século XIX no sistema brasileiro. A segunda atine a questões de cunho filosófico, (que se mostrará em capítulo específico) de modo que se passará de uma filosofia da consciência à brasileira²⁵⁶ para um filosofia da linguagem²⁵⁷, mudando algumas conceituações no campo da hermenêutica que são de fundamental importância, como é o caso da passagem, por Heidegger, na incursão do que se chama de facticidade no campo da interpretação, fazendo por demandar a compreensão como processo precedente a interpretação²⁵⁸.

²⁵⁵ BAARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 390.

²⁵⁶ Diz-se “à brasileira”, pois não se pode dizer que a filosofia brasileira nessa concepção era tida pela reprodução fiel da filosofia da consciência, tendo em vista que são concepções que misturam a filosofia da consciência com o realismo filosófico.

²⁵⁷ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 239 e seguintes.

²⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis. Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco. 2006. P. 202 e seguintes e 209 e seguintes.

1.3.1 Direito Público e Privado: Marcação

Falou-se bastante no tópico precedente do contexto histórico em que o nosso direito privado nascia, perpassando pelas origens portuguesas até a promulgação truncada do código civil de 16, bem como da evolução do sistema público brasileiro, destacando sobretudo o contexto subjacente a elaboração das constituições. Contudo, ainda não se pontuou especificamente em que momento está o direito público e privado brasileiro, bem como as suas implicações de natureza filosófica. Nesse tópico far-se-á uma pontuação quanto a natureza específica do direito privado o público brasileiro somente com o fito didático, tendo em vista que a natureza jurídica do fenômeno, bem como as suas implicações filosóficas são as mesmas que se pontuaram quando da formulação do positivismo no âmbito francês, pois ali teve-se reviravoltas no que toca ao âmbito filosófico, político e jurídico.

Considera-se, de acordo com a classificação instituída inicialmente, direito público aquele direito do Estado, em que levar-se-á em consideração relações em que o Estado possui prerrogativas para o alcance de seus objetivos, como é o caso do direito tributário, constitucional, administrativo, enfim, matérias que estejam de fato regidas por relações que digam respeito a essas formas de direito, que podem ter como outro polo da relação tanto um ente público como um ente privado. Por isso, na época de nascimento do Brasil, poderia ser considerado direito público o direito constitucional, que de forma bastante embrionária, possuía em suas constituições a divisão de poderes e a garantia de poucos direitos fundamentais inspirados em liberdades positivas e negativas francesas, tais como os direito “de” algo. Ainda no que toca ao direito público brasileiro, tem-se, com o início da ditadura, uma involução superlativa no que toca ao desenvolvimento do direito constitucional e, por conseguinte, do direito público. Assim, pode-se considerar que o direito público brasileiro se caracteriza por três pontos fundamentais: (i) direitos fundamentais de primeira geração; (ii) divisão e partição de poderes e (iii) liberalismo.

Importante salientar, que essas características devem ser conjugadas com o andamento histórico nacional, tendo em vista que não são todas mantidas incólumes com o tempo, tendo algumas eficácia intermitente, como é o caso dos direito fundamentais de primeira geração, que embora tenham se desenvolvido de forma substancial em razão da difusão de uma política liberal (mesmo que seja fantasiosa como se verá) foram restritos superlativamente com a ditadura militar.

No âmbito privado, como já se viu amiúde, o direito era basicamente totalizado no código civil, que era considerado um monumento brasileiro conjugando todas as áreas que poderiam ser consideradas privadas, que como já se sabe, eram tidas como aquelas que relacionavam os indivíduos privados sem o Estado. Nesse diapasão, o direito privado era exatamente o que se disse na linha precedente, o direito que regia as relações dos privados entre os privados, de modo que o Estado não poderia adentrar as essas esferas (fazendo aqui valer o primado dos direitos fundamentais de primeira geração). Portanto, contrato (que representaria o tráfego jurídico); família (que poderia ser considerada uma instituição paralela ao Estado) e a propriedade (que desde das considerações de cunho iluminista passaram a ser consideradas direito natural, e por isso, impedidas de serem transpassadas por direito positivo).

Assim, o direito privado, no Brasil, possuía as mesmas características inspiradas nos cânones franceses (evidente que isso após a promulgação do novo código civil de 1966), que podem ser enumeradas em três pontuações: (i) primeira delas atine a característica patrimonial do direito privado, isso em vista de que o direito privado, instituído para a regulação das relações entre indivíduos, tinha por característica marcante a regulação de situações patrimoniais, o contrato para que propriedades sejam passadas, a família no sistema patrimonial estabelecidos para cada cônjuge, e a propriedade que pode tocar a esses outros dois ramos precedentes, de modo que somente quem possuía essas riquezas poderia de fato ser tutelado pelo direito privado; (ii) a “monumentabilidade” do código na terminação da realidade subjacente, ou seja, o direito, de acordo com a quadra filosófica positivista legalista, estava contido inteiramente no código, de modo que ali o direito possuía a sua guarida, notadamente no que se refere ao direito privado, dada a “monumentabilidade” expressiva dos códigos tanto em seu quesito qualitativo como quantitativo e (iii) a abstração de conceitos.

Quanto a última característica do direito privado cabem algumas considerações. A abstração que o positivismo dava ao direito privado possibilitou que todo conceito colocado, inclusive o de indivíduo nas relações privadas, fossem tidas por abstratas, em que os indivíduos eram considerados, por exemplo, iguais enquanto que a realidade era bastante diferente. Nesse diapasão, a sociedade brasileira seguia um liberalismo econômico (que como se verá é uma fantasia conveniente), que deixava o direito privado regido por um individualismo-capitalista, que como já se disse somente tutelava os indivíduos que possuíam riquezas, de modo que aqueles que não possuíam foram obrigados a vender a sua mão de obra de forma precária. Nesse sentido, o liberalismo medieval preocupou-se em retirar algumas discriminações por meio, como já se disse, do liberalismo, contudo, essa proposição ignorou de

fato a realidade social econômica subjacente, fazendo com que surjam as desigualdades abissais que mais à frente se verá²⁵⁹. Por fim, não se deve deslembrar que o código civil de 16 (monumento regrador da seara privada brasileira) era um diploma que retratava os ideias dos anos 1889, ano em que foi iniciado e finalizado por Clóvis Bevilacqua, representando a sociedade daquela época efetivamente. Ainda quanto a essa última pontuação é de se considerar que o direito civil, que como se sabe compõe a totalidade do direito privado, formula, para que se entenda a abstração causada pelo direito privado, imbuído dos ideias do positivismo jurídico, o sujeito da relação civil, bem como a relação propriamente em si, de modo que para esse sistema há a pressuposição de que a razão normativa é a fonte única do direito, bem como a autonomia privada é capaz, só por só, de regular a atividade desse sujeito universal²⁶⁰.

Assim, o Direito público e o Direito privado no Brasil, cunhados de várias matérias de relevância filosófica-teórica e prática-política, podem ser assentados, circundados pelas matéria do liberalismo e do positivismo jurídico, como sendo corolários da liberdade por um lado e da igualdade pelo outro. Seria liberdade pois o direito público, representado por uma constituição imbuída dos ideais do constitucionalismo, representava o país, e seria igualdade pois no âmbito privado o código estabelecia terminantemente que os indivíduos estavam em pé de igualdade, e portanto assim negociariam e entabulariam os seus negócios de cunho patrimonial, de modo que tanto liberdade como igualdade possuíam a sua conotação formal, causando certa composição do conceito em sua conotação virtual, irreal²⁶¹.

1.3.2 O contexto histórico subjacente a produção da independência intelectual brasileira

O código civil foi produzido, como se viu, diante de debates bastante truncados, datando inicialmente de 1872 até que foram concluídas as reuniões em 1915, para que haja a promulgação do nosso código civil nacional. No caminhar histórico subjacente a formação do código civil brasileiro, que como se verá foi considerado inicialmente como a constituição das relações privadas, houve no seio social determinada marcação característica brasileira, que por sinal não foi relatada durante os debates da feitura do código de 16.

²⁵⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P. 6.

²⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012.p. 96.

²⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 95.

O Brasil, em 1872, era um país, como dizia Gilberto Amado, que possui pouco mais de trezentos mil habitantes, tendo em vista que mais de milhões dos nove milhões eram considerados ou indígenas inúteis ou escravos reduzidos a coisas, portanto, sobra-se o valor acima colocado para os senhores e suas famílias, que sobreviviam sobretudo de matéria prima exportada e de artigos fabricados importados e vendidos no ambiente nacional.

Portanto, de acordo com a observação do professor, pode se inferir que o Brasil era formado por duas elites: a primeira, poderia ser considerada a ruralista, ou seja, aqueles senhores que aproveitavam da produtividade da terra para fazer o seu negócio; a segunda, formada por senhores que importavam matérias já produzidas ao Brasil com o fito de revendê-las, nomeados esses indivíduos de elite mercantil. Assim, o Brasil segue, de acordo com o professor Sílvio Romero, como uma nação embrionária, que mesmo com o forte golpe em face da elite ruralista com a abolição da escravatura no final do século XIX, não havia perdido nenhum folego, mantendo os cânones de riqueza de uns poucos para manter os demais pobres e atrasados²⁶². Desse modo, durante muito tempo se processou essa dualidade entre elite mercantilista e ruralista, com interesses efetivamente coincidentes, seguindo a marcação de exportação de matéria prima para o mercado internacional e importação de artigos já devidamente fabricados para revenda no mercado interno, e foi com esse *modus operandi* que a sociedade brasileira suguiu por bastante tempo. Internamente, essa forma de agir de ambas as elites brasileiras se alimentava de forma recíproca, de modo que os ruralistas demandavam, para que a sua produção fosse de fato substancial, algumas matérias já produzidas, demanda que era suprida efetivamente pela elite mercantil, com o fito de que as pessoas possam alimentar o sistema e manter as benesses econômicas dessa massiva elite mercantil.

Dessa maneira, o Brasil segue sobretudo a sua fase de império e parte da república, fazendo com que o país se mantivesse subdesenvolvido, dependendo do mercado internacional, fazendo com que única riqueza do país seja a exploração da terra e a promoção de processos primários, de modo que para que seja atingido o lucro estratosférico das elites era necessário, na mão-de-obra, uma exploração superlativa, o que contribuía por demais para a manutenção das classes mais baixas da sociedade brasileira. Assim, a ideia, no campo intelectual, que poderia suplantar o *status quo* do ambiente social brasileiro era o liberalismo, que passou a ser sustentado pelos então componentes dessa elite, notadamente de sua camada intelectual, que era massa de peso dessa classe da sociedade brasileira. Durante a passagem da

²⁶² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P.24.

república brasileira, houve, em razão da forte sustentação do liberalismo no âmbito brasileiro, e sua conseqüente peculiarização no que toca a um capitalismo específico, o desenvolvimento forte de uma sociedade bastante desigual, de modo que fica patente a desigualdade entre as classes mantida de modo bastante conveniente. O contexto pragmático colaborava de forma superlativa para que a sustentação do projeto da elite ruralista prosperasse, isso em vista da grande submissão que a classe média tinha aos ruralista, pois a indústria brasileira não era nada desenvolvida fazendo com que a classe média adentrasse aos cargos burocráticos e militares do Estado, de modo que a próspera situação da elite ruralista se alargasse de forma substancial, tendo como um dos coaferidores dessa prosperidade a elite mercantil. Tudo isso em detrimento do trabalhador rural, que de acordo com o professor Orlando Gomes, era deixado tão à margem da sociedade que não tinha a possibilidade de ter a consciência de que era um indivíduo miserável²⁶³.

Toda essa superioridade elitista dos dois grupos sociais era refletida no campo política, isso evidenciado pelo sistema de clientela política estabelecido sobretudo pela elite ruralista, que de forma desinibida, estabelecendo verdadeira farsa eleitoral, praticamente assegurava que os governantes e legisladores que a eles serviam fossem eleitos, isso para que a sua preponderância econômica não seja ameaçada.

Com a abolição da escravatura e o nascimento no ano seguinte da república brasileira, houve o início, mesmo que depois ficasse adormecido, do movimento social no Brasil, seguido imediatamente de certa prosperidade brasileira no âmbito mercantil, de modo que o Brasil passa a ser um país com determinado aumento no que toca ao comércio internacional, se tornando assim um país com um comércio internacional bastante substancial e tranquilo. Contudo, os cânones de exploração interna, de contraste social entre classes, ainda se mantêm incólumes, tendo como mudança a ausência do negro nos cânones exploratórios e a colocação do empregado, que da mesma forma, se submete a uma exploração bastante expressiva²⁶⁴.

Nessa carruagem histórica, há duas pontuação muito bem lembradas pelo professor Orlando Gomes que devem ser colocadas aqui: primeira delas se refere a um certo princípio de divergência entre as classes dominantes do Brasil (mercantil e agrícola). A classe

²⁶³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P.27.

²⁶⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 28.

mercantil se viu muito bem representada quando as políticas liberais foram implementadas, notadamente porque após a república o Brasil se viu, como se disse, em uma prosperidade no cenário internacional bastante expressiva, e uma política que cada vez mais expandisse e permitisse que essa política seja real que por consequência somente viria a beneficiar essa classe. Contudo, a classe agrícola temia que tais políticas pudessem, se levadas ao pé da letra, prejudicar o *status quo* da sociedade brasileira e prejudicar os seus ganhos bastante expressivos com a exportação de matéria prima. Essa dicotomia, no entanto, não se manteve, isso em razão de que o imediatismo objetivo entre as duas classes era exatamente o mesmo, e também porque a política liberal de acesso ao capital por parte de muitas pessoas, bem como de um ausência do Estado em determinadas ambiências era tão somente de fachada. Ora, a representação, tão aclamada na república, era tão somente uma fantasia, pois o sistema do coronelismo caracterizado pela compra de votos de forma desinibida como já se disse, se mantinha incólume. Segunda pontuação igualmente importante que o professor destaca é que o Brasil, naquela época de expansão do mercado internacional, teve um aumento expressivo no que toca a classe média, dada as políticas de cunho liberal sendo implantadas de forma bastante expressiva. Contudo, há de se pontuar que o crescimento da classe média no Brasil não expressa, como poderia se pensar, uma modernidade e avanço na industrialização do país. Na verdade, a expansão da classe média se deu única e exclusivamente em razão da expansão do exportação de matérias primas agrícolas. Assim, as cidades que eram litorâneas necessitaram de modernidade, pois demandavam modernidade em vista da massiva chegada de comerciantes estrangeiros e a exportação de produtos agrícolas, sendo transformados em verdadeiros centros de negócios com serviços que eram igualmente grandes²⁶⁵.

O ambiente republicano permitia, como era de se inferir, que escolas superiores se formassem, e foi o que ocorreu com as cidades litorâneas brasileiras, que se expandindo, imitavam de forma superlativa as verdadeiras metrópoles litorâneas do mundo, que de fato fazia com que outras pessoas, que não só os comerciantes atrás de matéria prima agrícola, fossem atraídos para essas cidades-centro, sobretudo os filhos de fazendeiros e produtores do interior. Essa produção, aparentemente bastante progressista para o Brasil, não é nada mais do que uma ilusão superlativa, isso porque a atividade econômica brasileira era embasada somente na produção agrícola, como aqui já foi referido reiteradas vezes. Pelo fato de assim ser, o Brasil não teve um desenvolvimento econômico expressivo, o que levou as

²⁶⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 30.

peças a procurarem os cargos burocráticos e militares do Estado. Dessa forma, com o assenhramento dos cargos público por parte da classe média, instaurou-se no Brasil uma expansão bastante expressiva no que toca a questão produtiva, ignorando por completo o movimento social brasileiro lançando mão de um movimento verdadeiramente conservador²⁶⁶.

Portanto, o ambiente brasileiro de nascença do código civil e dos demais diplomas jurídicos que seguiram foi marcado por essa corrupção sem limite, que mantinham o ambiente propício para a promoção de uma classe em detrimento de outra, de modo que os redatores do código, bem como das cartas constitucionais que seguiram, foram indivíduos que compunham a classe média conservadora brasileira, que mantinha a sua aliança com a classe dominante, notadamente a classe agrícola, para que as suas vontades sejam feitas. Assim, elegendo os legisladores e governantes, a classe dominante praticamente escolheu a dedo os redatores do código civil, bem como de outros diplomas legais daquela época, impondo as suas vontades no âmbito jurídico, de modo que os a classe média, sobretudo a classe mercantil, era sustentadora da ideia da expansão da sociedade brasileira de forma expressiva, fazendo com que o liberalismo – que trouxeram os direito fundamentais de primeira geração nos demais países – progredisse. Contudo, o poder não estava em suas mãos, demandando que os interesses dos fazendeiros e produtores agrícolas sejam atendidos²⁶⁷.

Destarte, de acordo com o que foi aqui relatado, a sociedade brasileira, em tempos de discussão do código civil (baluarte do sistema denominado privado) se imbuiu de um pensamento capitalista dos mais fortes (isso forçada pela elite mercantilista que se encontrava no poder), isso em vista de que o assenhramento dos cargos burocráticos do Estado foram tomados pela elite intelectual que era formada por segmento da elite mercantilista até então dominante, de modo a expressar um código que fosse capaz de regular o mínimo possível, por parte do Estado, das relações entre privados, potencializando a produção. No entanto, esse sentimento foi em parte obstado pelos interesses da elite ruralista, que temia o avanço expressivo do capital internacional e a tomada de mercado por parte dos estrangeiros. Dessa

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 30.

²⁶⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P.29 e seguintes.

forma, em meio a esses dois sentimentos, nasce o código civil brasileiro, amoldado a sua época de criação, contextualizado no “pensamento dominante”²⁶⁸.

1.4 CRITÉRIOS HISTÓRICOS DE CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

A classificação do direito e público e privado deve levar em consideração, como já se viu, questões que atinem a história, bem com matéria de cunho filosófico. Contudo, é de se reconhecer que por ser uma forma de classificar algo necessitava essa classificação de um critério, pois só se classifica de acordo com um critério fundante definido. Assim, na história, houveram vários critérios que foram utilizados pelos juristas para que seja diferenciado o direito público do direito privado. Elencar-se-á cinco dos principais critérios para que possamos ter a noção específica de como se definia a dicotomia objeto desse trabalho na história. São elas: (i) critério do interesse, que como já se disse, tem origem no ambiente alemão; (ii) critério da utilidade, sendo que trata-se do critério mais antigo dessa classificação, datando da época em que se fazia as compilações para as *Institutas* romanas pela comissão instituída por Justiniano, composta pelo seu grande líder jurídico Tribotano; (iii) o critério patrimonial; (iv) o critério do interesse predominante, que na verdade se relaciona diretamente com os critérios do interesse e da utilidade e (v) o critério do poder de império.

Antes de adentrar aos critérios cumpre enfrentar um primeiro problema. Muitos teóricos dizem que o critério do interesse é um critério também romano²⁶⁹, assentando que a matéria era regulada nos textos anteriores e que poderia se denotar do critério da utilidade. Contudo, há alguns autores que sustentam que o critério do interesse não é um critério romano²⁷⁰, de modo que para esses juristas tratar o direito privado e público como sendo pertencente o primeiro ao interesse particular e o segundo ao interesse público ou social é terminantemente errôneo, porquanto o texto romano que assenta esse critério somente se refere ao critério da utilidade referido na palavra *utilitas* presente no texto de Ulpiano, querendo se referir nesse particular ao estado das coisas romanas que seria colocada como pública, e o estado das coisas privadas que seria referida como direito privado, portanto, silente quanto a qualquer

²⁶⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p.31.

²⁶⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 458.

²⁷⁰ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. P. 126 e seguintes.

matéria atinente ao critério do interesse²⁷¹. Ademais, é de se reconhecer que o critério do interesse foi um critério que nasce para regular dicotomias modernas, dificuldades que nasceram nos tempos que correm, quando as classificações em seu viés objetivo e subjetivo já não bastavam, portanto, trata-se de uma evolução do critério de utilidade esse sim presente na ideia romana primitiva.

Ainda cumpre assentar que o critério do interesse nasce com a famigerada jurisprudência dos interesses instituída pelo grande jurista Ihering. A jurisprudência dos interesses vem a ser instituída por Ihering na Alemanha justamente com os movimentos anti-conceitualistas que surgem no mundo (escola do direito livre na França, que viera para impugnar o positivismo exegético, o realismo jurídico no âmbito dos EUA e da Inglaterra para impugnar a jurisprudência analítica). Dessa maneira, cumpre assentar que a jurisprudência dos interesses, que viera justamente para superar a ideia da pandectista alemã, segmento da escola conceitual alemã, supera o entendimento de que o direito seria somente entendido como um conceito, devendo ser por isso regado de questões que tocam a matéria do interesse final da relação e não terminado no conceito formal aposto na lei, de modo também a resolver os problemas de lacunas legais, fazendo com que as lacunas que surgiram a partir da virada do século XIX para o século XX sejam resolvidas a partir de uma ponderação dos interesses e não partindo dos conceitos, contudo, deve ser entendido que essa teoria ainda aceita o positivismo legal, somente inovando quanto a matéria das lacunas legais. Por fim, impende ressaltar que tal teoria tinha como o seu maior momento a questão da jurisprudência teleológica, instituída também por Ihering, que tinha por escopo impugnar as ideias de cunho contratualista e voluntaristas do direito, assentando que o direito não seria um local que deveria primar pelas vontades do homem, mas um conjunto de normas positivas que protegem os interesses dos indivíduos (evidente que somente se dignos de proteção) e os interesse sociais subjacentes a toda a sociedade²⁷².

Portanto, com isso podemos perceber que o critério do interesse nada tem a ver com Roma, tanto por sua conotação de cunho filosófico, como também pelo seu local de desenvolvimento e instituição, tendo em vista tratar-se de conceito muito posterior à época romana, bastante desenvolvido em sua forma de sustentação, bem como em seus pressupostos

²⁷¹ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 126.

²⁷² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003. P. 290.

de argumento, cunhando de conceitos de Estado que em Roma jamais poderia conhecer à mingua de desenvolvimento acadêmico-científico-histórico.

Passada essa observação preliminar entramos no primeiro critério da classificação do direito público e privado que aqui será explicitado: o critério do interesse. O critério do interesse nada mais é do que assentar, de acordo com a teoria alemã que o instituiu, as relações que são travadas entre os indivíduos de acordo com o interesse que se tem, em outros termos, o critério do interesse assenta que a relação entre dois indivíduos será determinada uma relação pública ou privada de acordo com o interesse final da relação jurídica travada, de modo a externar de fato o que a jurisprudência dos interesses alemã entendia fazendo valer a sua interpretação anti-conceitual, para que de fato as relações ditas lacunosas para a determinação da natureza final sejam decididas de acordo com o interesse final da relação. Exemplo disso seria um caso de discussão entre dois particulares (portanto, por seu viés subjetivo trata-se de uma relação de direito privado) a respeito da resolução de determinado contrato (o que, máxime, trata-se de uma relação objetiva de natureza também privada), que nesse caso, aparentemente seria um caso de submissão a preceitos de direito privado, no entanto, a matéria de fundo é um contrato que a sua resolução irá fazer com que várias pessoas sejam enganadas, ou seja, a função social do contrato estaria sendo desrespeitada, portanto, o interesse final da relação jurídica seria um interesse social, público, devendo ser configurado como uma relação de direito público e não de direito privado.

Esse critério de fato foi um critério que nasceu, como se disse, para que as teorias conceitualistas do direito, nesse específico caso na Alemanha, fossem contestadas, de jurídicas travadas que não encontravam resposta no direito positivo. Contudo, não conseguiu efetivamente resolver as problemáticas que surgiram depois do critério primitivo da utilidade, causando problemas de ordem própria e também fazendo com que não haja a solução satisfatória dos outros problemas que foram propostos para resolução.

Próximo critério é o primeiro que surgiu relacionada a essa classificação: o critério da utilidade. Esse critério surgira quando se elaboravam os trabalhos para a codificação de todo o sistema jurídico da época romana, de modo a externar o que viria a ser o maior monumento jurídico e todos os tempos: o *Corpus Iuris Civilis*.

Naquela época remota havia a possibilidade, como aqui já afirmado, de utilização por parte dos magistrados dos comentários dos juristas à legislação instituída, o que, em época posterior, ficou sendo restrita a comentários de poucos juristas clássicos, em vista de que advogados experientes passaram a dissimular esses comentários para atingir seus objetivos.

Assim, nesse caminhar histórico, na época em que havia um sentimento no âmbito do Oriente romano, comandado pelo grande imperador Justiniano, de objetividade e certeza do direito, houve a elaboração, por uma comissão comandada pelo grande jurista Triboniano, de um texto que reunia os comentários dos maiores jurisconsultos da época, tais como Ulpiano e Pompônio. Foi nesse documento legislativo, (que posteriormente viera a compor o *Corpus Iuris Civilis*) nomeado de *Digesto*, que encontramos o critério da utilidade para caracterização da classificação do direito público e privado.

Dessa forma, cumpre assentar antes de adentrar a matéria subjacente que o critério da utilidade não pressupõe as ideias de Estado que se tem atualmente, muito menos como já referido em parágrafos anteriores o critério do interesse que é datado de época muito posterior. O critério da utilidade portanto, tem uma conotação referida a “coisa”, de modo que o direito público estaria atrelado as coisas públicas e o direito privado atrelado as coisas privadas. Assim, direito público seria a religião, como as coisas dos sacerdotes, bem como dos indivíduos que comandavam Roma, que era o caso dos magistrados (como se referiu na história romana traçada no primeiro tópico desse trabalho) e seus bens, de modo que o direito privado seriam os bens dos particulares, composto, nesse particular, por três pontuações: (i) preceitos naturais; (ii) das gentes e (iii) dos cidadãos²⁷³.

No entanto, tal classificação se fazia bastante obscura mesmo na época de sua instituição, isso em vista de que os romanos já se perguntavam se essa dicotomia era meramente formal ou não, trazendo a colação a pontuação de que o direito propriamente publicado seria sempre público, porquanto passaria pelos cânones do império, e o direito privado seria um direito criado pelos cidadão em seus pactos privados, decorrente nesse particular da autonomia privada e das liberdades individuais de cada cidadão, que seria nesse caso aplicado, assim como os contratos, somente entre as partes que entabularam o negócio. Dessa maneira, se indagaria então se a controvérsia entre direito público e direito privado seria uma controvérsia entre direito e lei? De modo a externar uma atividade privada e uma atividade pública. No entanto, as perguntas ficaram pendentes, com discussões de cunho acadêmico que sempre acendiam o debate. No entanto, o que deve ficar claro é que o critério da utilidade nasce assentando que o

²⁷³ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 129

direito público se referia a coisa do povo e o direito privado a coisa dos particulares, denotando ao fim e ao cabo a sua utilidade²⁷⁴.

Próximo critério dessa ontológica classificação é o critério do interesse predominante, instituído por Savigny, com o fito de sanar as dicotomias e dificuldades que surgiram com o critério do interesse. Para esse jurista o critério do interesse preponderante acresce a ideia do primitivo critério do interesse para que ao fim da relação entabulada, mesmo que haja algum material que toque a direito público e privado em várias acepções o critério que for efetivamente preponderante será aquele que determinará a relação e portanto a aplicação de seus princípios específicos. O critério um pouco mais rebuscado nada fez com as antigas problemáticas, porquanto permaneceram as controvérsias.

Seguindo as formas de classificação temos aquela propostas por Jelinek, jurista famoso por suas teorias no que toca ao Estado e ao direito constitucional, bem como a filosofia do direito. Seu critério repousa em um conceito bastante sucinto: o poder de império. De acordo com o autor, a relação se determinaria (pressupondo questões que tocam aos polos da relação) pelo poder de império exercido na relação subjacente, ou seja, se caso na relação subjacente uma das partes exerça um poder de império em face da outra estaríamos diante de uma relação de direito público, enquanto que se as parte estivessem em pé de igualdade estaríamos diante de uma relação regida pelo regime privado do direito²⁷⁵.

Portanto, para o professor Jelinek o direito público pressupunha que haja o poder de império sendo exercido por uma das partes da relação, ou seja, uma das partes teria prerrogativas em face da outra, enquanto que o direito privado seria caracterizado por uma relação em que ambas as partes estariam iguais, de modo que nenhuma delas teria prerrogativas em face da outra. Trata-se de um critério bastante atrativo e sedutor, contudo é falho. É falho pois poderíamos imaginar relações, como é o caso do direito internacional público, em que as partes estão em pé de igualdade mas a relação é de direito público e não de direito privado, (o que de acordo com o critério do professor Jelinek seria de direito privado) portanto, não é um critério que consegue efetivamente definir as dificuldades e complexidades totalitárias do problema.

²⁷⁴ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 128 a 130.

²⁷⁵ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 458.

Quinto e último critério é o do conteúdo patrimonial. Trata-se de critério que define o direito público e o direito privado a partir do conteúdo de caráter patrimonial subjacente, de modo que seria direito público aquela relação que não possuísse discussões de cunho patrimonial, enquanto que aqueles que possuíssem discussões que tocam a matéria patrimonial seriam de direito privado²⁷⁶. Trata-se de um critério terminantemente errôneo, que de fato faz com que as problemáticas bastante complexas no que toca a essa relação dicotômica sejam reduzidas a um critério precário e simples, que não leva em conta absolutamente nenhum conteúdo de ordem subjetiva, objetiva e relacional, porquanto podemos ter relações em que há conteúdo patrimonial envolvido (como é o caso de uma relação tributária entre Estado e contribuinte) e a relação se volta aos preceitos de direito público que podem ser referidos na constituição subjacente que está a regular a matéria tributária.

Ainda é importante assentar que os critérios de classificação das relações jurídicas devem levar em conta questões precedentes a própria fixação do critério, fixando critérios que servem para moldar a própria relação antes que seja assentada a forma que se determinará a relação. Essas aspectos são: (i) o aspecto subjetivo; (ii) aspecto objetivo e (iii) o aspecto da natureza jurídica²⁷⁷.

O aspecto de cunho subjetivo se determina, também na análise da relação jurídica em si, pelos sujeitos que a compõe, de modo que a depender dos sujeitos que ali se relacionarem será determinada a relação jurídica em si, portanto, se se relaciona Estado de um lado e do outro um particular a relação será determinada como sendo de direito público, e se for o caso de uma relação entre particulares será determinada como de direito privado. O aspecto objetivo tem o condão de analisar a matéria circunscrita em uma relação jurídica a partir de seu objeto primeiro, ou seja, a análise das relações que ocorrem na sociedade subjacente são analisadas a partir de seu objeto em si, por isso, uma relação em que pende a discussão entre o Estado e um particular a respeito do direito a locação de determinado imóvel privado o objeto subjacente será de direito privado. Portanto, para essa questão classificatória, a matéria de direito público e privado, estabelecida na espécie, se assenta no objeto que se regula de maneira finalística. O aspecto da natureza jurídica era determinado pela posição que cada indivíduo tinha na relação jurídica, de modo que se tinha uma posição superior era relação de direito

²⁷⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 459.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 76 e 77.

público, enquanto que se não tivesse era relação de direito privado, bastante similar ao critério do professor Jelinek.

As matérias anteriormente citadas podem ser subsumidas aos critérios mais precários e primitivos que temos para o direito público e privado, sendo demonstrado nos seus próprios termos o quão precário as suas conjunturas podem ser determinadas.

Em suma, podemos determinar que a classificação do direito público e privado, bem como os seus critérios fundantes são matérias, como aqui nesse trabalho já referido, que possuem uma complexidade bastante superlativa, envolvendo questões históricas e filosóficas de grande monta, expungindo qualquer tipo de simplificação.

Importante salientar por fim, que devemos reconhecer que o direito público e privado possuem as suas especificações, que compõe-se de princípios específicos de aplicação e um regime que se aplica àquela relação específica. Desse modo, direito privado seria aquela relação em que se aplicam os princípios sobretudo da autonomia da vontade e da livre iniciativa (por mais que esse último possui guarida constitucional), relacionando em sua gênese interna às relações contratuais (que caracterizam o trânsito jurídico), relações de família (que faz por primar, preconceituosamente, uma posição superlativa ao homem, o fazendo “juiz da família”) e as relações que tocam aos direito reais, sobretudo ao direito de propriedade²⁷⁸. Assim, caracteriza-se o direito privado, tendo como principais indivíduos o contratante e o proprietário. Nesse ramo as suas questões de cunho filosófico estão reguladas pelo positivismo, esse assentado em um documento específico (código), que em sua relação com a realidade se mostra totalitário, tomando por seus conceitos a realidade subjacente, fazendo assim valer a máxima do positivismo jurídico em seu viés primária exegético²⁷⁹.

O direito público, nesse particular, se caracterizaria pelo princípio da legalidade e da supremacia do interesse público em sua feição primária, regulando nesse particular o que compõe a gênese interna do constitucionalismo, qual seja, a organização de poder, bem como a sua devida limitação. Desse modo, o direito público ficaria caracterizado pela sua extrema relevância no que tange a regulação do Estado, marcado sobretudo por uma submissão ao interesse público, social, que tem regulação bastante substancial na diferenciação entre interesse público primário e secundário, de modo que os sujeitos caracterizadores dessa relação seriam o Estado e o cidadão. No que toca as suas pontuações

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p.159 e seguintes.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P.79.

filosóficas assenta-se que o Direito público foi marcado, como aqui já referido, pelo constitucionalismo, em vista de que as constituições que foram surgindo serviram para que o poder do Estado fosse limitado quando houvesse a sua relação com o cidadão, dividindo o poder uno em vários segmentos e garantindo direitos fundamentais de primeira geração²⁸⁰.

Mesmo que possamos definir o direito público e privado como regimes apartados, temos que concebê-los como regramentos específicos, que no entanto, não podem viver de forma autônoma.

Assim, demonstrar-se-á nesse trabalho a partir de agora como a classificação, que como se viu possui princípios específicos e aparentemente são marcadoras de mundos apartados, não se sustentaram com o caminhar histórico, nem em suas pontuações dogmáticas nem em suas pontuações de cunho filosófico. Demonstrando para nós que a classificação em si não pode ser vista como sendo estática, nem cega diante da história e do local em que está sendo aplicada. Portanto, atualmente, a mesma não seria mais passível de sustentação.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 79

2. O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE E O DESCALABRO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Passando a segunda parte do trabalho iremos adentrar a evolução da sociedade brasileira, voltando sobretudo a atenção com mais acuidade para os efeitos jurídicos dessa evolução, de modo que perpassaremos por cânones evolutivos do direito público e do direito privado. O que deve ficar claro é que o interesse social, respaldado sobretudo pelos movimentos sociais, tiveram papel de extrema relevância no caminhar da história, fazendo com que cartas constitucionais e formas de governo sejam modificadas.

Assim, com o fito eminentemente didático, far-se-á uma divisão do presente capítulo em duas partes principais: a primeira, se referirá a matéria de cunho histórico, dividindo basicamente no efeito do interesse social no direito denominado privado e no direito denominado público; na segunda parte far-se-á uma pontuação de cunho filosófico a respeito da expansão do interesse social no ordenamento jurídico, criando assim a categoria dos direitos fundamentais sociais, mudando de forma drástica a atuação do Estado na esfera privada e tendo repercussão direta na classificação do direito público e privado clássica com os seus consequentes efeitos filosóficos.

Importante salientar que a evolução histórica que sustentará a mudança de paradigma dos cânones do direito tem ligação direta com o interesse social como já afirmado, contudo, o substrato material dessa evolução é debruçado na evolução dos direitos fundamentais, tendo em vista que a atenção dada ao interesse social muda o paradigma liberal do século XIX para o paradigma social dos séculos seguintes como se verá.

2.1 DIREITO PRIVADO

De acordo com o que se fixou no item 1.3, o Brasil, no que toca ao seu desenvolvimento no ambiente privado, teve um início estrangeiro, em outros termos, o Brasil teve o início de seu direito nomeado de privado por meio da aplicação de um diploma estrangeiro, de modo que somente viemos a publicar um diploma doméstico em 1916, que teve

no entanto, ideias apostas em seu texto datadas de 1889, dado o trânsito truncado para a sua aprovação²⁸¹.

Na época em que o nosso poder executivo e legislativo estavam debruçados na elaboração do código vivíamos em uma sociedade, como se afirmou no item 1.3.2, dominada pela corrupção e pelas elites ruralistas e mercantilista em suas conveniências de poder, portanto, tratava-se de um país com soluções jurídicas *ad hoc*, e que efetivamente era movido de acordo com as conveniências das elites supramencionadas. Contudo, importante ressaltar, que durante a época da trâmite do projeto do código civil nas nossas casas legislativas, bem como no âmbito do nosso poder executivo, a pauta social já era discutida e debatida nos rincões de poder brasileiro. Isso se deu pela confluência de vários fatores. Como se disse páginas atrás, o liberalismo econômico, bem como o individualismo-patrimonialista foram determinantes para a elaboração do código civil de 16, tutelando as relações entre privados que possuíam patrimônio. Assim, o indivíduo que não possuía patrimônio era obrigado a vender a sua mão de obra de forma precária como aqui já assentado. Dessa forma, houve, no interior do nosso parlamento, a atenção por parte de alguns parlamentares, da situação precária desses trabalhadores, apresentando algumas soluções – expressadas em projetos de lei – que tinham a conotação social mesmo enquanto vigorava em nosso país um sentimento de cunho liberalista-individualista (orientando pelo Estado).

Os projetos de lei abrangiam primeiramente a proteção do trabalhador, com ênfase para o acidente caracterizadamente de trabalho, o que de fato causa desconforto de forma mais aguda nos trabalhadores²⁸². O primeiro projeto de lei foi apresentado no ano de 1904, época em que o projeto do código civil estava sendo apreciado pela comissão do Senado (última passagem antes da aprovação de seu texto). O projeto foi apresentado pelo deputado Medeiros e Albuquerque. A matéria subjacente colocada pelo deputado tinha por escopo a responsabilidade civil por parte dos empregadores em algumas hipóteses, assentando, em sessão destinada a apoiar o projeto, que a teoria da responsabilidade que iria vigor no país caso fosse aprovado o projeto de código civil era ruim, tendo em vista que a matéria de responsabilidade civil clássica no âmbito brasileiro era eminentemente subjetiva e simplista²⁸³, o que o deputado criticou assentando que o país deveria aproveitar o momento para instituir

²⁸¹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 79 e seguintes.

²⁸² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 32.

²⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 2.

uma legislação de cunho trabalhista. Contudo, o projeto não foi recebido bem no âmbito do parlamento, isso em vista que os serviços profissionais que o deputado citou para que seja o empregador responsabilizado para indenizar o empregado, eram acidentes de trabalho de empregos industrializados, tais como a construção civil e etc., mas lembra-se que o Brasil naquela época era um país eminentemente rural, dominando sobretudo pelas elites ruralistas que comandavam inclusive a forma de representação do país e conseqüentemente a edição de diplomas legais, assim, não seria conveniente nem mesmo prático a edição de um diploma legal contendo a alegada legislação obreira²⁸⁴.

No ano de 1908, data em que o projeto do código de 16 ainda se encontrava na comissão do Senado, em meio aos debates de cunho formal que o Senador Rui Barbosa travava com o professor Clovis Bevilacqua, foi apresentado o segundo projeto de lei que continha a questão social subjacente, sendo nesse caso novamente a questão trabalhista aventada em matéria legislativa. O projeto foi enviado pelo deputado Graccho Cardoso, sendo que o objetivo buscado pelo deputado era basicamente reavivar o anterior projeto apresentado pelo deputado Medeiros e Albuquerque quatro anos atrás. Nesse caminho o deputado, em sessão marcada para o debate da questão no dia 22 de agosto, busca sobretudo o combate a afirmação pelo plenário de que seria um projeto de lei sem fundamento no ambiente brasileiro, tendo em vista que os serviços elencados precedentemente por Medeiros e Albuquerque eram voltados para países que possuem uma economia mais diversificada e mais avançada, o que não era o caso brasileiro²⁸⁵.

Seguindo a apresentação mais aguda de projetos de lei que tratem da matéria social na sociedade brasileira, também em 1908, é apresentado projeto de lavra do eminente deputado Wenceslau Escobar com o mesmo fito e matéria subjacente, contudo, o seu andamento é obstado com o mesmo fundamento dos anteriores. O último dos projetos apresentados foi um ano antes da entrada em vigor do código de 16, de autoria do deputado Adolfo Gordo, que no conteúdo relacionado a responsabilidade civil no âmbito dos acidentes de trabalho por parte do empregador, insistia na adoção da teoria do risco profissional, que como se viu, assentava algumas hipóteses em que deveria o empregador responder pelo acidente, ou seja, indenizar o empregado, independente do fato gerador. No entanto, não restou

²⁸⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 32 e 33.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 33.

novamente o projeto efetivado, tendo em vista que no ano em que o código entrou em vigor ainda se mantinha debate acalorado no interior do nosso parlamento.

Em suma, o Brasil estava, naquele momento, vivendo uma época regada de inspirações debruçadas no individualismo-patrimonialista que inspirou toda a Europa no século XIX, mas que no entanto já não vigia mais naqueles países, isso em vista de que os movimentos sociais já estavam ascendendo de forma substancial e derrubando os cânones político-jurídicos que sustentavam aqueles países, o que ainda não ocorrera no Brasil, malgrado já houvessem deputados com a consciência europeia.

O professor Orlando Gomes relata um caso que exprimia de forma bastante assente o descaso com a questão social por parte dos representantes políticos brasileiros com a votação de um projeto de lei que tinha novamente a questão trabalhista como evidência. O caso narrado pelo professor tinha por objeto projeto que iria disciplinar a relação jurídica que iria ser estabelecida entre o empregado e o empregador, que como se sabe, antes do direito do trabalho surgir como um ramo específico, as relações de emprego eram tidas como uma locação de mão de obra, relação civil por natureza plena. Contudo, a matéria aventada no projeto tinha conotação social, impondo aos empregadores (que na época eram tratados como locadores) matérias que poderiam ser referidas como sociais, tais como uma jornada máxima, segurança e medicina no ambiente de trabalho, enfim, matérias que podem ser consideradas sociais nos dias que correm.

Apesar da inovação que o projeto de lei possuía, e um leve avanço social no que toca as relações de emprego, o código civil, com inspirações de cunho eminentemente individualistas regadas dos cânones do liberalismo francês inspirador do positivismo exegético, regulou inteiramente a matéria²⁸⁶, sob a rubrica do contrato de locação de mão de obra, mantendo os cânones do século XIX, não mais sustentado nos países europeus. É evidente que as camadas superiores do nosso país (e naquela época a classe política poderia ser aí incluída em razão de que a sua escolha era feita de forma desinibida por parte da elite ruralista, evidenciando a fragilidade do nosso sistema representativo vilipendiado pelo coronelismo) queriam a manutenção de um liberalismo econômico (orientado pelo Estado), bem como uma livre iniciativa ampla, impedindo qualquer que seja o óbice de seu lucro na espécie, o que era

²⁸⁶ Isso, embora a lei n.º: 8.287 de 1879, tenha regulado de forma supletiva a matéria que se refere a locação de mão de obra, mas que no entanto foi feita de modo supletivo, ou seja, aplicava-se a lei somente se não houvesse conecção entre as partes. Cumpre por fim ressaltar, que a legislação retrocitada também tinha inspirações de cunho individualista patrimonialista, o que foi reproduzido no código de 1916 mais à frente.

o risco representado pelas legislações de cunho social, notadamente a que regularia de forma diversa a relação entre o locador de mão de obra e o locatário da mesma. Os parlamentares, quando discutindo os projetos de responsabilidade por acidente de trabalho, tinham como argumento principal a onerosidade excessiva que tais projetos causariam, impedindo assim que haja uma livre iniciativa de fato, obstando também que o empreendedorismo progredisse em um país tão seminal que é o Brasil.

O Brasil era composto, como se disse inicialmente, de dois extremos bastante distantes: elites compostas pelos mercantilista e ruralistas, em número muito pequeno, e uma quantidade de pessoas que não possuíam absolutamente nenhuma ou quase nenhuma riqueza. Portanto, pode-se ter a leve impressão de que o povo brasileiro estava afastado das evoluções de cunho filosófico produzidas no estrangeiro. De fato, a população de miséria ou quase miséria estava bastante distante dessas inovações, sejam elas de cunho filosófico ou de qualquer outra ordem, no entanto, a elite ruralista e mercantilista possuía pleno conhecimento desses avanços de cunho social na filosofia do direito, o que ocorria era um óbice convenientemente para que haja a manutenção das riquezas fatídicas desses indivíduos em detrimento de toda a sociedade brasileira.

Importante ressaltar, ainda no que toca a matéria de cunho social na sociedade brasileira, os debates que seguiam no ano de 1901 no âmbito da comissão especial da câmara dos deputados, que tinha por objeto principal a discussão da relação que se estabelecia entre o tomador do serviço e aqueles que ofereciam os seus serviços, tendo como diploma jurídico de fundo a lei nº:8.287 de 1879. Naquele momento houve basicamente duas posições sustentadas (evidente que não se pode falar em duas posições no sentido de maioria, pois a maioria era no sentido de manter a relação regida pela lei supramencionada, mas duas posições que surgiram naqueles debates): (i) primeira delas atine àquela sustentada por Andrade Figueira, que de fato sustentava a proposição contida na lei 8.287, de cunho eminentemente individualista e desprovida de matéria social; (ii) a segunda, emcampada por Alfredo Pinto, que tinha por pressuposto a ideia de que a relação de trabalho (até então regulada como relação locatícia) não tinha de diferir dignidades de trabalhadores, em outros termos, o trabalho de um trabalhador rural não era menos nobre do que o trabalho de um advogado, descabendo qualquer tipo de benesse quanto ao segundo, de modo a se mostrar bastante interessado na criação de um “direito do trabalho”, em vista de uma maior humanização da relação obreira. O professor Bevilacqua também emitiu a sua opinião pela sustentação no interior do novo código, tempos mais à frente

de uma legislação sistemática que permitisse as partes alocassem os seus interesses a depender do caso, repudiando qualquer tipo de legislação social no país²⁸⁷.

Quanto a opinião averbada por Andrade Figueira, há esteio em matéria eminentemente pragmática, isso em razão de que a sua opinião era coadunada com as matérias então aventadas em legislações europeias, pois foram os parlamentares indagados se o Brasil deveria se modernizar quanto ao direito da relação entre locador e locatário de mão de obra. O parlamentar assentou que a legislação que regulasse a matéria no código (pois até então o diploma regulador dessas relações era a lei 8.287 de 1879) deveria ser, assim como aquele diploma, supletivo, ou seja, marcar-se-iam as posições específicas na lei, mas que no entanto, não se aplicariam caso houvesse disposição das parte no contrato. Para atravessar de vez o argumento da modernização estrangeira das relação de locação de serviços Andrade assentava que os demais países possuíam uma moderna economia, com a expanssão expressiva da industrialização, o que não ocorria no Brasil, que era um país eminentemente agrícola, baseado em atividades primárias, e que não contava com uma indústria grande de vários postos de trabalho e poucos tomadores, hipótese que justificaria todas as medidas de cunho individualista tomadas na legislação nacional, expungindo qualquer regulação específica de um direito do trabalho²⁸⁸. Assim, percebe-se que o parlamentar prezava por uma solução nacional e como se disse, pragmática.

A opinião proferida por Alfredo Pinto era opositorista a sustentação e manutenção individualista da legislação brasileira, sobretudo a sua regulação no ambiente da codificação. Sustentava o parlamentar que a relação de locação de serviços deveria se amoldar ao direito moderno, bem como aos ideais democráticos. A argumentação do parlamentar se debruçava na impossibilidade de subsistência do artigo 69 item b da lei 8.287 de 1879, que dispunha sobre as questões de cunho penal atinentes a legislação da locação de serviços. O dispositivo trata em linhas gerais da possibilidade de prisão do trabalhador que se recusasse a trabalhar estando no local de serviço. Para o parlamentar isso era eminentemente impossível de ocorrer, de modo que deveria ser efetivamente expungido do sistema, por ser desconforme a modernidade do direito, bem como ao sistema democrático como já externado. Desse modo, percebe-se, mesmo que de modo sutil, que o parlamentar tinha uma certa posição humanista

²⁸⁷ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 38 e seguintes.

²⁸⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P. 41.

em relação a legislação social no que toca a matéria de direito²⁸⁹. O autor do projeto do código civil, Clovis Bevilacqua, se manifestou recorrentemente pela procedência da argumentação de que a legislação da locação de mão de obra deveria ser regulada de modo a proporcionar uma superioridade ao locador, comparando as situações aos patrícios em contraste com os plebeus do direito romano, que como já referido neste trabalho, eram inferiorizados recorrentemente por aquela classe social. Assim, prevaleceu, no que toca a elaboração do código, uma regulação de cunho individualista e supletiva no que se refere a matéria da locação de mão de obra.

Como se viu dos parágrafos precedentes a questão social no Brasil, no que toca a esfera do que era denominado Direito privado, estava na pauta mesmo antes da vigência do código de 16, abarcando, como era de se imaginar, a matéria da relação do emprego, isso em razão de que o Brasil vivia uma expansão cada vez maior dos movimentos sociais, notadamente dos amontoados obreiros. Além de uma expansão superlativa dos movimentos obreiros a economia brasileira estava se expandindo, mas somente no que toca a matéria rural, tendo em vista que as elites brasileiras dominantes assim ditavam.

Dessa forma, o código de 16 já nasce em meio a debates que possuem a matéria social como questão de fundo, sendo que o texto legal a ignorava de forma perene, imbuído dos sentimentos individualista-voluntaristas das codificações do século XIX, regulando tão só as relações patrimoniais do homem, para primar pelo trânsito jurídico (contrato), pelas relações de família e pela propriedade, assentando que o Estado deveria de fato se abster de adentrar a esfera privada dos indivíduos, configurando de fato o que se convencionou chamar de constituição do direito privado²⁹⁰. Portanto, o código era individualista, patrimonial, codificado²⁹¹ e voluntarista, de modo a resguardar as vontades de cada indivíduo sem a interferência Estatal, ignorando, como já se disse, a matéria de cunho social.

Nesse sentido, percebe-se que o papel do código civil como constituição do direito privado era dar segurança aos participantes dos negócios, pois como já demonstrado, a preocupação perene dos parlamentares quando da discussão da relação entre locador e locatário de mão de obra, era tão só a questão da regulação do trânsito jurídico, bem como da atividade

²⁸⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 42.

²⁹⁰ DE CICCIO, Maria Cristina. *O Direito Privado a as suas Atuais Fronteiras*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 747, janeiro de 1998, pag. 35 e seguintes.

²⁹¹ Codificado aqui devemos entender como o código sendo o centro monopolizador das relações privadas, fazendo valer a ideia de que todas as situações-tipo estão inteiramente contidas no código.

econômica do país, que como já se disse era eminentemente rural. Portanto, tratar-se-ia de uma estabilidade dos negócios, bem como de uma imutabilidade das regras do jogo, mantendo o Estado afastado de tais relações²⁹².

A partir da metade do século XIX, no ambiente europeu, que máxime, foi a inspiração da codificação brasileira, a abstenção da intervenção do Estado na economia passa a se tornar dificultosa, isso em vista de que o continente passou por um movimento de industrialização bastante expressivo, bem como a ascendência dos movimentos sociais, conjugados com o parco fornecimento de produtos embasados em um processo de fornecimento manufaturado e a inquietação popular diante desse cenário. Portanto, todos esses fatores fizeram com que a matéria social viesse à baila, fazendo com que o Estado se movimentasse para modificar a sua forma de atuação diante da economia, o que foi inclusive fato gerador para as disciplinas jurídicas do direito do consumidor e do direito do trabalho um pouco mais à frente.

Dessa maneira, logo após a promulgação do código de 16, já possuímos a demanda social de forma perene, bem como modificações de cunho social superlativas no ambiente brasileiro. O legislativo portanto, se movimenta com o fito de dar amparo a essas novas demandas da sociedade, mediante as leis extracodificadas²⁹³, ou também chamadas de extravagantes²⁹⁴. Essa primeira fase de uma certa crise do “direito privado brasileiro” pode ser denominada, como foi convencido na doutrina, de era da legislação de emergência²⁹⁵. Essa fase era assim denominada evidenciando a dissonância entre realidade social e o código civil (que representava a realidade normativa), pois o código civil, como primado da “constituição do direito privado”, pretendia tutelar o sistema de forma totalitária, o que foi frustrado pelo nascimento das demandas sociais posteriores ao código de 16, demandando novos locais de regulação, bem como uma tutela de forma distinta das demais, o que foi batizado, por isso, de legislação de emergência, isso razão da necessidade emergencial de regulação dos novos locais surgidos. Importante assentar, no que toca a essa primeira crise de regulação da matéria pelo código civil de 16, que a multiplicação de legislações extracodificadas nessa primeira quadra, logo após a promulgação do código de 16, não foi capaz de retirar o caráter totalitário que o

²⁹² TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 3.

²⁹³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P. 4.

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 4 e 5.

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 5.

código civil possuía, ainda sendo o diploma que regularia as situações privadas cumprindo o seu papel de constituição do direito privado.

É evidente que a edição de tais leis extravagantes tiveram vários fatos geradores, fazendo com que haja uma grande dificuldade na formação hermenêutica de aplicação e interpretação do direito naquela época. Dessa forma, há de se destacar um desses fatos como uma matéria de fundo comum aos fatos geradores. Trata-se de uma análise do direito de acordo com a realidade, tendo como uma consequência direta as noções de igualdade formal e a igualdade material. Dessa forma, passa-se a perceber que há, no interior dos negócios jurídicos entabulados pelas partes, algumas dissonâncias que a lei de fato não da guarida, tais como a apreciação da igualdade econômica entre as partes no negócio jurídico subjacente, tendo em vista que como na evolução histórica e econômica brasileira passa-se de uma realidade rural para uma realidade urbana, demandando um tratamento jurídico diferenciado das relações sociais entabuladas. Assim, leis extracodificadas objeto da legislação de emergência tinham por pressuposto esta orientação²⁹⁶.

Passando um pouco mais à frente, temos uma multiplicação superlativa das leis chamadas de especiais, isso em vista da enorme demanda social por outros subsetores jurídicos, bem como da realidade econômica subjacente, fazendo com que as leis especiais não só se multipliquem, mas virem realmente subsetores jurídicos autônomos, que não necessitam da tutela do código civil como monopolizador das regras de conduta. Com isso, o código civil, em um segundo momento histórico, perde de fato a sua superioridade para dar lugar aos novos estatutos reguladores de novos subsistemas jurídicos. Assim, o código passa de direito exclusivo à direito comum frente às regras específicas das leis extracodificadas.

A multiplicação nos anos 30 de um contingente de leis extracodificadas e a criação de efetivos subsistemas jurídicos além do código, são fatores que podem ser sintetizados em uma dualidade evolutiva da sociedade brasileira de dois momentos: (i) o primeiro seria o Estado brasileiro clássico, que tinha por classe dominante uma elite ruralista, que dominava os cânones jurídicos em razão de perverser o processo eleitoral pelo famoso coronelismo, impondo as suas vontades em leis, fazendo com que não haja nenhum tipo de óbice aos seus objetivos. Dessa forma, tratar-se-ia de uma sociedade pré-industrial, em que a legislação individualista-voluntarista, sem absolutamente nenhum tipo de matéria social, se justificaria, dada a realidade

²⁹⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. *Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P. 15 e seguintes.

brasileira; (ii) em um segundo momento temos um Brasil pós industrial ou industrial, que tinha, ascendendo em suas esferas, demandas de cunho social, seja no trabalho ou consumo, seja nas relações familiares ou contratuais, de modo a não caber mais somente dentro do código civil²⁹⁷. Dessa forma, a realidade brasileira demandaria uma legislação solidarista e protecionista, em vista da grande modificação dos cânones sociais, o que o código de 16 era totalmente silente²⁹⁸.

As primeiras das intervenções formais do Estado nas relações econômicas-privadas podem ser expressadas na carta de 1934, quando estava ocorrendo no Brasil uma superação dos cânones da política do Café-com-Leite, quando aquele que seria denominado presidente Getúlio Vargas entraria no poder. Esse momento foi marcado pela inserção na carta de direitos denominados sociais, que tutelavam sobretudo as partes desamparadas na sociedade brasileira, o que como já mencionado, foi bastante criticado por Getúlio Vargas, que como maior crítico dessa constituição, assentou que se tratava de um diploma de difícil consecução, tendo em vista o conglomerado de direitos sociais que demandavam orçamento bastante expressivo para tanto. Outra carta que, seguindo a ideia da carta de 34, continha normas de caráter social, retirando o monopólio do código, era a carta de 46, que também continha normas que tratavam de objetivos do Estado, adentrando de forma perene na economia e em matéria antes reservadas exclusivamente ao direito privado, como era o caso da propriedade e dos contratos (que ficou caracterizado não mais por uma justiça comutativa que primava pela igualdade das partes de acordo com a positivação legal, mas por uma justiça distributiva, que visava sobretudo a tutela de forma diferente daquele que era declaradamente economicamente mais débil)²⁹⁹.

Com essa grande intervenção do Estado em relações privadas, fazendo definhar de vez a forma individualista e patrimonialista do direito privado clássico, com a revisão de objetivos, bem como de programas assistenciais do Estado e demais questões de cunho social, há uma mudança expressiva da forma de atuar do Estado perante relações definidas como privadas, bem como nas relações econômicas subjacentes, de modo a tomar do código civil efetivos setores completos, formando microssistemas jurídicos inteiros com regras

²⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P. 6.

²⁹⁸ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 P. 9.

²⁹⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P. 10 e 11.

específicas e institutos específicos. A partir do segundo pós-guerra começa-se a ter efetivamente um sentimento social mais forte no âmbito mundial, fazendo com que as cartas constitucionais também assim se formassem daí em diante. Assim, o movimento social, que fez com que o código perdesse o seu centro totalizante de regulador de relações particulares, bem como a sua formação de regulador de relações intrinsecamente patrimoniais, tem o seu decreto de morte. Isso se deu de forma mais contundente no Brasil com o advento da carta de 1988, que de forma pioneira, baliza substancialmente a atuação dos indivíduos na seara privada, incluindo em seu texto matérias que de fato são de conotação antes denominada privada.

Com a passagem para a regulação do direito denominado privado para o âmbito constitucional, podemos identificar, assim como o professor Tepedino o faz, mais um fase que a sistemática privada passa: trata-se do que se convencionou chamar de a era dos estatutos³⁰⁰. Tal era se forma logo que o Brasil adota, por meio de suas constituições subsequentes a de 34, uma intervenção na seara privada mais acurada. Contudo, há o advento dessa fase de forma mais marcante com a carta de 88, que prevê expressamente preceitos que tocam primitivamente ao direito denominado privado em seu texto positivo em uma quantidade substancial e em locais topográficos da seara privada, como é o caso da família (art. 226 e ss. CFRB), do contrato e da propriedade. Prevendo ainda a criação de sub-ramos jurídicos que eram tutelados pelo código como era o caso do código de defesa do consumidor.

Portanto, com o advento da carta de 88 há verdadeira reviravolta no que toca ao direito privado brasileiro, isso em vista de que estávamos em frente a um direito privado, como já se disse, que reunia sobretudo três características principais: (i) a sua inspiração racionalista-individualista, que faz primar o positivismo jurídico de cunho francês; (ii) uma importância efetiva para relações patrimoniais entre os indivíduos, de modo a excluir de forma peremptória aqueles que nenhuma riqueza possuíam, tendo em vista que as relações entre indivíduos somente tinham razão de existir se patrimoniais fossem; (iii) a totalidade do sistema privado no código e seus preceptivos, fazendo por referendar a ideia positivista do direito em evolução subsequente ao jusracionalismo que primava efetivamente pela razão.

Assim, a nova sistemática guarda peculiaridades que derrubam as características suprelatadas, de modo que a sua peculiaridade principal seria um direito que tinha uma hierarquia de fontes diversa da época, bem como características totalmente diferentes, tais como: (i) a colocação da carta magna como o supremo diploma jurídico dela

³⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 8.

decorrendo qualquer tipo de interpretação, bem como qualquer tipo de juízo de validade que assim deveria ser feito; (ii) a previsão de normas que tinham guarida na carta que tratavam efetivamente de direito do denominado ramo do direito privado, fazendo com que a interpretação devesse dali decorrer; (iii) a decorrência das duas características anteriores fazem com que o preceito da “codificação” caia por terra, portanto, não se prima mais pela resolução de qualquer problema sem haver uma intersecção interpretativa entre a carta constitucional e o código civil, ademais, como se disse linhas atrás, há o advento de estatutos que tomam do código civil verdadeiros subsectores (suas características serão devidamente assentadas mais à frente), hipótese que caracterizam-se como especiais, pois possuem desde regras específicas a princípios próprios³⁰¹.

Destarte, há uma real virada, no que toca ao direito privado, entre a codificação para descodificação, entre um direito patrimonial para um direito existencial e entre um direito despersonalizado para um direito personalizado, conceitos que pertencem a outra partição filosófica desse capítulo que terão a sua devida explicação em tópico próprio.

Seguindo o escorço histórico que aqui está sendo feito a “era dos estatutos” é marcada pela decretação efetiva da perda do posto de norma fundamental privada do código civil, de modo que os chamados “estatutos”, como já se disse, tomaram de uma forma totalitária âmbitos inteiros do direito civil, fazendo com que haja uma mudança bastante forte tanto no quesito formal como no quesito material de interpretação e aplicação legal.

Nesse diapasão, cumpre a nós aqui assentar quais foram as principais características que esses estatutos externavam, evidenciando o que a carta constitucional, que inspirava a composição de tais estatutos, prenunciava, bem como a nova forma de atuação do Estado na esfera denominada até aquele momento de privada.

Os nomeados estatutos possuíam o caráter de regular alguns setores que eram primitivamente do código civil, mas que com a evolução social, bem como a demanda da população por uma mudança de paradigma, tiveram o seu advento. Isso se deu por exemplo com o código de defesa do consumidor, o estatuto da criança e do adolescente, o estatuto das cidades, lei de locações, enfim, os preceitos mais fundantes do sistema civil (propriedade, contratos e família) são modificados de forma superlativa, tanto pela edição de estatutos que digam respeito àquelas matérias, como pela previsão de normas de caráter existencial na carta

³⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 8.

magna que regulavam aqueles institutos, e a nova regra hierárquica jurídica tendo a carta magna como preceito máximo³⁰².

Pode-se demarcar as características dos novos estatutos que regulam de fato subsetores jurídicos antes pertencentes ao código civil como espelho da carta magna, expressando as matérias de cunho existencial, expungindo de vez o caráter somente patrimonial desse ramo jurídico. Assim, são quatro as principais características dos estatutos: (i) primeira delas recai sob a técnica legislativa de edição dos textos, passando de uma legislação totalitária para uma legislação promotora de objetivos, expressando cláusulas gerais, bem como conceitos abertos, importando na efetiva perda do caráter positivo do direito brasileiro; (ii) segundo lugar, há, ainda no que toca a esfera textual, uma mudança inclusive das formas normativas, ou seja, abandona-se aquela legislação proibitiva e explicativa para primar por uma legislação que incentiva algum setor específico; (iii) terceira característica, também voltada para a égide textual, pode ser assentada como uma consequência da primeira, qual seja, trata-se de uma mudança de linguagem em seu caráter etimológico, ou seja, as normas passam a prever termos específicos quanto àquele determinado ramo; (iv) em quarto lugar, voltando-se agora para um caráter de cunho material, o direito civil perde o seu posto de matéria eminentemente patrimonial, contendo também em seu texto positivo matérias que atinem a direitos de cunho existencial, como é o caso dos direitos de personalidade, possuindo, nesse particular, caráter extrapatrimonial³⁰³.

No que toca a primeira significativa modificação, há que se referir aqui ao novo sistema macro do direito, que de forma bastante extensa, supera os cânones do liberalismo no texto positivo de diplomas jurídicos. Quando passamos pelo liberalismo, inspirados pelas grandes revoluções mundiais, notadamente a francesa, houve consenso na fixação de três ideais: (i) primeiro que deveria haver um Estado; (ii) esse “Estado” deveria possuir alguns poderes que seriam divisíveis; (iii) por fim, o Estado, já com a limitação de seus poderes divisíveis, deveria elaborar um documento que limitaria ainda mais uma vez os seus poderes em face do cidadão, garantindo um local em que este não adentraria de forma alguma na esfera interna de cada cidadão, conhecidos, como neste trabalho afirmado, de direitos naturais.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 219 e seguintes.

³⁰³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 8 e seguintes.

As inspirações que se citaram no parágrafo precedente resultaram na formação de diplomas legislativos que tinham por pressuposto a sua aplicação de forma objetiva, tendo portanto a sua aplicação resumida a subsunção, sendo que cada dispositivo jurídico tinha o seu fato correspondente no mundo fenomênico. Portanto, foi o medo da subjetividade dos estadistas que resultou em um sentimento dos populares por um sistema jurídico rígido, em que todos os fatos jurídicos da vida plena poderiam ser encontrados na legislação positiva.

No entanto, o liberalismo, que na economia tinha o seu correspondente no capitalismo e globalização, começa a ter alguns abalroamentos bastante significativos, tocando em pontos de cunho filosóficos e práticos. Importa para nós assentar que esses abalroamentos, por mais que possam ser incontáveis, estavam ligados a um fato gerador comum: o desenvolvimento social. A realidade social subjacente começa a demandar por exemplo regulação de setores que antes não se tinha no ambiente jurídico, tais como o direito do trabalho, ou o direito do consumidor e etc.. Isso faz com que a previsibilidade dos textos positivos, de regular situações específicas em suas letras frias de maneira totalitária não bastem para a realidade subjacente. Portanto, a evolução, quando da criação dos famigerados estatutos, tiveram, dessa forma, uma previsão normativa diferente, colocando objetivos dentro de normas jurídicas, bem como cláusulas gerais denominadas princípios.

Essa passagem de paradigma ocorre de forma bastante prática pelos nossos legisladores, pois vendo que a realidade não caberia em normas positivas totalitárias, lançavam mão de uma técnica de cláusulas gerais³⁰⁴ para que fixe-se princípios para o atingimento de determinado objetivo comum, pautado sobretudo nos preceitos de cunho constitucional, a todo aquele subsistema jurídico³⁰⁵.

Segunda característica desses estatutos que possuem o seu advento em uma quadra evolutiva do sistema privado quando da colocação do interesse social em cena, também em relação a sua feição textual, é o advento da legislação promotora.³⁰⁶ A legislação promotora é marcada pelo abandono de uma pretensão clássica das normas jurídicas de conterem tão só uma prescrição positiva de uma proibição, a sanção para essa proibição, bem como a legislação

³⁰⁴ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2002. p. 27.

³⁰⁵ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2002. p. 28.

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P. 6 e seguintes.

explicativa, terminando assim o sistema jurídico subjacente. Essa legislação, em consonância com a utilização do legislativo da técnica de cláusulas gerais, coloca para o Estado metas para não só ele atingir, mas também para os indivíduos particulares alcançarem, promovendo aquele determinado microsistema jurídico subjacente.

Terceiro ponto, também em consonância com a matéria textual, vem como uma consequência das duas características anteriores. A colocação de normas que externam não questões jurídicas, mas questões que atinem aquele determinado setor, bem como o objetivo que a legislação ali colocada possui, por exemplo, a legislação que toca ao estatuto da criança e o adolescente possui normas que externam matérias relacionadas a psicologia infantil, ou o caso do código de defesa do consumidor, que possui normas tocantes a informática, enfim, as novas previsões objetivas que prezam por uma racionalidade legal àquele determinado sistema normativo regulado (microsistema jurídico) nascente.

Quarto ponto a ser colocado, e agora já sob a égide de cunho material, o direito cível perde de vez a sua formação patrimonial, ou seja, a regulação dos sistemas a ele atinentes (trânsito jurídico, propriedade e família) passam a ter uma releitura, uma visão através de uma lente que possui o seu início e fim na carta magna constitucional. A interpretação do direito civil – que como se sabe era a constituição do direito privado³⁰⁷ - passou a demandar agora uma interpenetração da carta magna, que de forma sistemática tomou guarida de muitos de seus institutos primitivos como aqui já reiteradas vezes afirmado. Dessa forma, há que se afirmar que o direito privado, representado aqui pelo direito civil, com o advento dos estatutos (que externavam os objetivos e ideias da carta magna de 88) perde a sua característica de se valer em si mesmo, demandando a interpenetração da carta magna para validar os seus institutos que tinham conotação somente patrimonial. Isso faz com que haja um esvaziamento de seu conteúdo patrimonial, e aqueles que ainda restavam tinham de dividir o seu mundo de validade com as normas que apunham questões de cunho extrapatrimonial a seu texto, condicionando assim a validade das questões de cunho patrimonial ao cumprimento das matérias que tocavam a deveres existenciais. Assim ocorreu com a propriedade que para existir de forma correta tinha que cumprir com a sua função social, o contrato, em que a liberdade contratual e de contratar somente podem ser exercidas nos limites da função social, enfim, as matérias que antes eram tidas somente como patrimoniais tiveram de se remodelar em vista do novo sistema constitucional lançado.

³⁰⁷ DE CICCIO, Maria Cristina. *O Direito Privado a as suas Atuais Fronteiras*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 747, janeiro de 1998, pag. 35 e ss.

Além dos novos contextos de validade do direito civil de cunho patrimonial, há o advento de direitos que possuem conotação somente existencial, como é o caso dos direitos de personalidade, que de forma pioneira, em cumprimento do preceito contido no inciso III, art. 1º da carta magna, regulam direitos que possuem a característica de promover a personalidade dos indivíduos nas relações negociais, que estão muito mais presentes no dia a dia, nos negócios entabulados, do que a lei pode prever³⁰⁸. Evidente que o sistema jurídico privado, com a sua necessidade assente patrimonial, iria perverter o sistema existencial, guardando para os direitos de personalidade uma relevância somente quando transgredidos na vida negocial, restringindo-os assim a uma tutela patrimonial, o que efetivamente é um cacoete de nossos juristas criados nesse sistema³⁰⁹.

Dessa forma, ocorre uma transição, juntamente com o mundo empírico, do direito brasileiro em seus rincões filosóficos, pois com a passagem de uma sociedade que primava por propriedades e regada pelo chamado “oficialismo”³¹⁰ brasileiro, o direito civil – denominado como privado para regular as relações dos indivíduos privados entre si – tinha como função a regulação sobretudo de relações patrimoniais subjacentes, por isso, assim era a sociedade brasileira naquele século: patrimonial, codificada e liberal. Contudo, com a promulgação da carta brasileira de 88 há uma reviravolta no que toca ao diploma privado brasileiro, isso em vista de que a perspectiva dos institutos privados passam a ter guarida constitucional, como aqui já referido.

Assim, como já referenciado na evolução truncada do sistema privado para o advento do nosso primeiro código, começa a ser fomentado de forma mais forte nas terras brasileiras a necessidade assente de reformulação do código de 16³¹¹, o que ocorre com a edição do código de 2002. Contudo, não foi tão fácil muito menos aquilo que grande parte da comunidade jurídica demandava, isso em vista de que a promulgação do código de 2002 carregou ao sistema civil concepções que pairavam no sistema jurídico datadas da época de 70, demandando uma certa atenção na atividade do intérprete.

³⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012.P. 142 e seguintes

³⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. p. 229.

³¹⁰ “Oficialismo”, como se convencionou denominar, significa que os indivíduos obedecerão a ordem de determinado individuo tão só pela sua posição de autoridade, sem haver questionamento da racionalidade de sua ordem, muito menos se é válida ou não, o que a professora Heid. M Hurd denominou, no que toca a matéria de autoridade das leis, de autoridade prática.

³¹¹ MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981. p. 84 e seguintes.

A peripécia histórica que ocorrera com a promulgação do código de 2002 foi de uma peculiaridade superlativa. Durante basicamente 60 anos na sociedade brasileira discutiu-se a reforma do código de 16, isso em vista da sua dissonância em algumas pontuações, inclusive de ordem formal, bem como a não aglomeração dos então estatutos que surgiram posteriormente como leis extracodificadas. No entanto, havia, por parte da classe política, não representando o interesse de seus representados, um certo desinteresse em alavancar a reforma³¹² ou a promulgação de um efetivo novo código, isso em razão de que com a carta de 88 a reforma ficara quase que impossível, demandando um novo código em face do nosso paradigma.

Nesse caminhar, tivemos, basicamente, três “reuniões” cuja pauta era a formulação de novas pontuações a respeito do código civil de 16, seja em seu sentido macro ou em seu sentido micro. Assim, em 1941, foi proposto projeto de lei que englobava a matéria atinente as obrigações no código civil, projeto esse de autoria de Orozinbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimaraes. Tratava-se do código das obrigações. Mais a frente, em 1961, Orlando Gomes havia sido convidado para redigir o texto do novo código civil no que atine a matéria de direitos reais, sucessões e família. Um pouco mais a frente, na carruagem do tempo aqui traçada, o professor Caio Mario da Silva Pereira é convidado a elaborar o código da obrigações no que atine ao anteprojeto. A revisão do anteprojeto em si foi feita por uma comissão composta pelo professor Caio Mario, Orizimbo Nonato, Orlando Gomes, Theóphilo Azevedo, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvin, Sylvio Marcondes, Clovis do Couto e Silva, Torquato Castro, Ebert Chamoun, presidida pelo professor Miguel Reale³¹³.

No entanto, no ano de 1967, o Governo federal, sem absolutamente nenhuma razão, abandonou o projeto que havia sido feito ao longo desse tempo, nomenando, para tanto, nova comissão presidida novamente pelo professor Miguel Reale, tendo como membros José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, de modo que ao final a referida comissão produziu o projeto de lei de número 635 de 1975, que teve algumas modificações e depois ficara engavetado no

³¹² TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In. TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. P. XVII e seguintes.

³¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In. TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. P. XVI.

parlamento brasileiro, sendo retomado somente momentos antes de sua promulgação em 2002, hipótese na qual resultou no código sob a lei 10.406/2002³¹⁴.

Do interregno entre a aprovação do novo código civil e a manteça do antigo código de 16 houveram várias mudanças estruturais na esfera privada, isso, sobretudo em vista da exerceba mudança de paradigma promovida pela carta constitucional de 88, que adentra ao nosso sistema civil de forma assente. Assim, conjugando com o grande contingente de leis extracodificadas aprovadas que faziam o código perder a sua unidade importada do século XIX europeu, e o lapso temporal que se teve entre as discussões na comissão e a sua aprovação, percebia-se que havia um sério desinteresse dos parlamentares na aprovação do novo código. Somente para fins de curiosidade, a matéria supramencionada, na âmbito europeu, estava em caminhos do processo de descodificação, nas mesmas premissas que aqui se assentou, com peculiaridades de cuho regional evidentemente. Pode-se especular que o descrédito na aprovação do referido projeto era assente, isso em razão de que haveria uma necessidade bastante expressiva, após a promulgação do referido código, de sua intepretação e preenchimento com a carta constitucional, deixando os parlamentares “não muito entusiasmados” com o projeto em si, uma vez que a sociedade, bem como a esfera constitucional, já estavam bastante desenvolvidos em face ao código de 16, de modo que seria necessário que fosse refeito um novo código bastante monumental, o que, sabe-se, não era a intenção dos parlamentares. No entanto, o referido projeto foi promulgado mesmo com as suas vicissitudes de ordem formal e material, com a ausência de discussão do referido projeto em suas bases de criação e em suas bases, no momento, de aplicação.

O código promulgado teve inspirações baseadas no BGB alemão, que promovia a inicial parte geral do código civil, promovendo uma certa introdução aos conceitos que serão abarcados ao longo do sistema codificado, e isso permitira a aposição, no corpo do código civil, como aqui já referido algumas várias vezes, das chamadas cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Essas cláusulas permitiram que a viragem de momento dentro do ordenamento jurídico brasileiro fosse efetiva, perfazendo, novamente, a unidade

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In. TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p. XVI e XVII.

desse sistema que foi desunida pela elaboração, legítima, dos estatutos também aqui já nomeados e referidos³¹⁵.

Dada a colocação das referidas cláusulas gerais dentro do texto codificado de 2002, o trabalho do intérprete se torna bastante importante, pois a mudança de paradigma supramencionada com bastante afinco, assentada na expansão da carta constitucional com os direitos fundamentais dali resultantes, bem como a mudança no contexto de hierarquia dentro do direito, somente pode ser feita por meio da interpretação de forma concreta e correta por parte do intérprete das citadas cláusulas gerais, passando a esse o trabalho de unificar novamente o sistema civil em torno da carta constitucional brasileira, tendo em vista que a matéria ventilada na codificação de 2002 tinha a instituição de valores e formações datadas de 70, totalmente descolado dos valores promanados pelo novel diploma constitucional de 88³¹⁶.

Destarte, o código de 2002, vem a ser promulgado de forma tendenciosa, de modo que a sua idealização e criação foi feita de forma legítima e da melhor qualidade por juristas de grande renome, no entanto, a maleabilidade do processo legislativo levou a ocorrer a promulgação do projeto de forma descolada da cultura jurídica da época, bem como do paradigma filosófico que à época tinha andamento (se falará em tópico específico a respeito dessas ideias), de modo que as cláusulas gerais apostas no então código serviram de ponto fulcral para que o sistema pudesse ser unificado no paradigma filosófico que vigia pós carta de 88, mas que não bastavam, tendo em vista que o código de 2002 efetivamente estava representando um momento distinto da carta de 88.

2.2 DIREITO PÚBLICO

A matéria social no âmbito do direito público brasileiro (que aqui se convencionou assentar ser o direito constitucional) teve seu advento em terras brasileiras de forma bastante truncada e pragmática, regada por corrupção e pelo famoso “oficialismo” brasileiro.

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In. TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p. XVII e XVIII.

³¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In. TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p. XVIII e seguintes.

Inicialmente, como já colocado nesse trabalho, a matéria social no âmbito público brasileiro possuiu guarida na passagem da carta de 34, momento em que vivíamos muita aflição, tendo em vista que se tratava do momento em que foi quebrada a famosa política do “café-com-leite” brasileira, e tínhamos passado, em 32, por uma “revolução constitucionalista”, promovida pelos paulistas em face do “Estado novo” de Getúlio Vargas e sua governança por meio de decretos³¹⁷.

No ano de 1929, quando da dominância em terras tupiniquins da famosa política do café-com-leite, o Brasil vivia uma alternância de presidentes (passado de um presidente de naturalidade mineira e depois um de naturalidade paulista). Isso em vista de que desses dois Estados da federação brasileira que saíam a maior produção, pois sabe-se que àquela época vigorava, como várias vezes aqui já referido, a dominância por parte das duas elites brasileira principais: ruralista e mercantilista. Como aqui já referido, o processo de eleição do presidente, malgrado o Brasil viver em uma república, era feito por meio de uma práxis peculiar, qual seja, o próximo presidente sempre era aquele que seria sondando de forma mais afincada pelo presidente em exercício de acordo com as proposições que teria dos presidentes (hoje denominados governadores dos Estados de Minas e São Paulo), ou seja, de acordo com os processos internos desses estadistas era eleito o novo presidente.

O procedimento supracitado ocorria tão somente porque havia, desde o Brasil império, um controle do processo legislativo, bem como da forma de eleição (até mesmo quando assim não ocorria) do Brasil pelos ruralistas (que posteriormente vieram a se juntar com as convergências dos mercantilistas como aqui já afirmado), em que vigorava o famoso voto do cabresto, não cabendo a nenhum indivíduo que não tinha instrução ou propriedades o voto de forma livre³¹⁸, porquanto estava subordinado aos mandos de seu empregador (que sabe-se àquela época era regulado por um contrato de locação de mão de obra, deixando o indivíduo locatário da mão de obra em situação mais precária ainda)³¹⁹.

Em 1929, foi demandado o então presidente do Brasil, Washington Luís, sobre quem deveria suceder-lo nas eleições de 1930 que se aproximavam. Assim, como demandava a práxis brasileira, o então presidente da república consulta os então presidentes

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 240 e seguintes.

³¹⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 29.

³¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 240.

(hoje denominados governadores) sobre os candidatos que apoiavam, bem como aquele que deveria ter mais ascendência. No entanto, já havia um certo conflito declarado entre os Mineiros e Paulistas desde a eleição dos presidentes Epitácio Pessoa em 1919. Desse modo, apresentaram-se os candidatos Júlio Prestes por parte dos Paulistas e por parte dos Mineiros o candidato natural seria Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, tendo em vista que Washington Luís era paulista, devendo o próximo presidente ser um Mineiro.

Desse modo, em razão da queda de poder dos paulistas, que à época sofriam com a queda do preço do café e sua consequente perda de poder político, conjugado com o seu perene conflito com os mineiros, há o apoio por parte do então presidente da república brasileira do candidato lançado pelos paulistas Júlio Prestes. Indignados com a posição tomada pelo presidente os Mineiros se articulam e formulam a chamada Aliança Liberal, composta pela elite do Estado do Rio Grande do Sul, lançando dessa maneira o candidato Getúlio Vargas como candidato a presidência da república brasileira em contraste com o candidato apoiado pelo presidente.

Nas eleições o então candidato Júlio Prestes logra-se vencedor. Preparado para tomar a sua posse, os Mineiros, em meio a aliança liberal por eles promovida, impedem a posse do candidato vencedor, o exilando, de modo que o então presidente em exercício é deposto. Todo esse processo foi seguido pela tomada do poder por parte de Getúlio Vargas, que em 1930, decretando o verdadeiro golpe de estado, toma o poder do país, tendo início aí o que se nomeou de governo provisório³²⁰.

No decorrer do governo provisório de Getúlio Vargas, como aqui já afirmado, houve bastante opressão, sendo que o presidente governava basicamente por decretos, retirando também a autonomia dos demais Estados da federação. Assim, em razão da ilegitimidade do governo, São Paulo promove em 1932, como aqui já afirmado, a revolução constitucionalista. Uma das demandas por parte dessa revolta era a criação de uma nova constituição por meio da convocação de uma Assembleia Constituinte. Ao final, embora tenham os paulistas perdido o conflito armado contra o governo provisório de Getúlio, há a convocação de uma assembleia constituinte com o fito de elaborar uma nova carta, que por mais que tenha vigorado por uma

³²⁰ MONTEIRO, Hamilton de Mattos. *Da república velha ao estado novo*. In: Linhares, Maria Yedda (org.). *História geral do Brasil*, p. 302-315.

lapso temporal bastante curto (três anos) foi uma constituição que introduz a matéria de cunho social no Brasil³²¹.

Assim, com a carta de 1934, diante de todo o contexto retro citado, há o advento da matéria de cunho social no que era denominado direito público brasileiro, promovendo, de acordo com aquela carta, direitos como o de amparo as famílias pobres. No âmbito dessa carta também houve o advento de matérias que atinem ao direito do trabalho, tendo em vista que já havia bastante consolidação, como aqui já referido, da matéria atinente a relação de emprego, tendo em vista que se tratava de consenso no âmbito dos países europeus, e que no Brasil ainda era tratada como uma relação de locação de mão de obra, prevista na precária lei n^o: 8.287/79, e referendado pelo então vigente código civil de 1916³²².

Contudo, como referido na cabeça do parágrafo anterior, foi uma carta bastante efêmera, tendo em vista que o governo instituído por Getúlio através de um golpe de Estado ainda se encontrava no poder. Diante disso, em 1937, demandando a continuada de sua guinada, o então presidente Getúlio, como aqui já referido, outorga constituição que instituía uma ditadura federalista, com a supressão de vários dos direitos existentes ao tempo da carta de 34. Assim, passa-se de 37 à 45 sem a pauta social contida no Brasil, em vista de que qualquer que seria o movimento social que nascia era de pronto aniquilado por Getúlio como neste trabalho já externado³²³. Todavia, em 1946, já ao fim da grande segunda guerra mundial, temos o advento de uma carta que prezava por direitos de cunho fundamental, bem como direitos de cunho social de forma tímida. A carta de 46, como aqui já referido, foi uma carta que nasce juntamente com o sentimento internacional pós-segunda grande guerra mundial de prezar pelo ser humano, fazendo-o como finalidade qualquer tipo de ordenamento jurídico, de modo que a manutenção do regime ditatorial por parte de Getúlio Vargas, com o perene aniquilamento de qualquer tipo de movimento social, não poderia ser suportado. Por isso, há a sua deixada do governo para que hajam eleições leigítimas para presidente da república, o que resulta na eleição de Eurico Gaspar Dutra, tendo em vista de que a saída de Getúlio estava sendo pressionada pelo movimento militar que já estava bastante forte naquele momento³²⁴.

³²¹ MONTEIRO, Hamilton de Mattos. *Da república velha ao estado novo*. In: Linhares, Maria Yedda (org.). História geral do Brasil, p. 302-315

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 241 e 242.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 242.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 245.

Malgrado as eleições tenham sido alimentadas pelo exército brasileiro e pelo partido União Democrática Nacional (UDN), foi a carta elaborada conjuntamente com a chamada “bancada comunista” e com uma conjectura bastante expressiva de direitos fundamentais de primeira geração, bem como alguns direitos trabalhistas, tendo em vista que a relação de emprego, com o combustível dado pelos sindicatos, já eram incontestes àquela época, demandando da bancada comunista a sustentação na carta constitucional. No entanto, como já noticiado páginas atrás, a expressão social fez (ou a bancada militar queria que a população visse dessa forma) com que a economia brasileira entrasse em colapso, fazendo não só a economia mas também que a política ficasse dividida, seja no âmbito das forças armadas (com os nacionalistas e os democráticos), seja na esfera da política comum (entre a esquerda apoiadora da pauta social sindical, e a direita que apoia sobretudo a entrada cada vez maior de capital estrangeiro no Brasil, externando os cânones do liberalismo)³²⁵.

Finalizado o mandato de Dutra o então Senador Getúlio Vargas é eleito para presidente em meio a uma crise econômica expressiva de 1950, no entanto, ao contrário de sua ditadura federalista, entrou apoiando a pauta sindical, criando as medidas do salário mínimo e vários dos direitos trabalhistas que hoje possuímos. Todavia, Getúlio atravessa um governo bastante dificultoso, isso devido a crises de cunho político, acusações, e visitas de fantasmas do passado, até que em 1954 o grande Getúlio Vargas se suicida³²⁶. Assim, ainda na vigência da carta de 46, há a assunção do poder por parte de Café Filho, então vice de Getúlio. Café Filho teve a função primordial de tentar conter a catástrofe econômica que vivia o Brasil àquela época. Em meio a essa catástrofe econômica o então economista Roberto Campos promoveu estudo que analisava a situação econômica brasileira, deixando claro o que chamou de “pontos de estrangulamento”, que deveriam ser de pronto aniquilados. Juntamente com o pensamento de Roberto Campos, a Cepal (Comissão econômica para a América Latina – órgão da ONU), especificamente quanto ao posicionamento de um dos diretores do órgão, Celso Furtado, para quem além das dissonâncias apontadas por Roberto Campos haveria pontos de “germinação”, orientando no sentido de que o investimento também deveria ser vertido para o crescimento do país e não somente para os locais designados como problemáticos por Roberto Campos. Dessa maneira, a junção de pensamentos promoveu a formulação do plano de metas, embora ambos

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 244 e 245.

³²⁶ FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo*. São Paulo. Contexto. 2015. P. 12 e seguintes

os indivíduos acima mencionados tenham posições distintas no que atine ao seu posicionamento ideológico³²⁷.

Em 1961, após um governo excelente por parte de JK, notadamente em razão de uma larga escala de crescimento industrial, sobretudo no que atine ao campo automobilístico, ocorrem as eleições, elegendo-se o presidente Jânio Quadros, que dias depois de sua efetiva posse renuncia ao cargo em razão de algumas controvérsias com os militares, fazendo com que o seu vice deva tomar posse, na oportunidade, João Goulart. Contudo, João Goulart estava em viagem a república da China. Isso fez com que a bancada militar se agitasse no sentido de impedir que ele tomasse posse, pois temiam que houvesse a transformação do Brasil em uma ditadura socialista em vista que o vice presidente era pendente para este tipo de ideologia política³²⁸.

Este momento é bastante importante para a matéria constitucional brasileira, pois naquele mesmo momento, depois de várias negociações entre Goulart e a expressiva bancada militar do Congresso Nacional, há a escolha de uma sistema parlamentar para o Brasil, em que o Chefe de Estado seria o então presidente João Goulart. No entanto, anos depois é feito um plebiscito no Brasil para consultar a população sobre a forma de Governo brasileira, escolhendo assim o sistema presidencialista, tendo como presidente Goulart³²⁹.

Depois desse momento, como aqui já referido, a crise política se alastra, e com ela a econômica, isso se refletia em vários episódios políticos da época, como foi o caso, aqui já noticiado, do presidente Goulart desapropriando as refinarias de petróleo para fins de reforma agrária, fazendo com que haja mais descrédito por parte do capital estrangeiro no Brasil, aprofundando um pouco mais a crise econômica e política³³⁰.

Marcada pelo episódio da associação de marinheiros navais no sindicato de matelúrgicos de São Paulo no que concerne a adesão desses ao movimento social, ocorre a ditadura militar brasileira, fazendo com que a progressista carta de 46 seja acabada de vez, tendo o advento, em 1964, a política de edição dos chamados atos institucionais, até desembocar na eleição de modo indireto do militar Humberto de Alencar Castello Branco. Contudo, não se tratava do presidente militar com uma linha tão dura como por exemplo Artur da Costa e Silva. Assim, na sua sucessão de 1967, o presidente nomeado por eleição indireta foi o “linha dura”

³²⁷ FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo*. São Paulo. Contexto. 2015. P. 34.

³²⁸ FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo*. São Paulo. Contexto. 2015. P. 42 e 43.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 246.

³³⁰ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo. Contexto. 2004. P. 233.

Costa e Silva, que inaugurou uma carta efetivamente sob o manto do militarismo, e que efetivamente não há que se falar de direitos de cunho social, tendo em vista que se tratava do que os militares mais combatiam desde o início do militarismo em 64³³¹.

O período militar, como já conhecido por todos os brasileiro, durou de 64 (embora a primeira carta somente surge em 67 com o então presidente Artur Costa e Silva) até 85, quando começa a surgir no país uma movimento pró-democracia, tendo em vista que as promessas militares de combate a inflação e ao desastre econômico fracassam. Assim, em junho de 1985, o então deputado José Sarney promove a emenda constitucional de número 26, que convocava uma nova assembleia constituinte³³², de forma evidentemente conveniente e sem nenhum interesse na população, muito menos em um grupo da população que se tornara mais representado, pois o Brasil sempre foi assim, um “bando” de fora, que se submete a um “bando” de dentro, a democracia nunca teve o seu ápice, nunca teve o seu significado verdadeiramente representado em nossas terras.

Contudo, em 1988, depois da eleição dos deputados que constituiriam a constituinte, houve a votação do texto, que de forma monumental, continha um conglomerado bastante expressivo de dispositivos, abarcando muitas matérias, tanto direitos de cunho fundamental individual, como direitos de cunho fundamental social³³³.

A partir desse momento, omitido os argumentos de cunho filosófico que serão mais à frente tratados, o Brasil se torna um país, no que concerne aos direitos fundamentais, mais desenvolvido do mundo, tendo em vista que aglomera um catálogo expressivo de direitos dessa natureza, que podem ser medidos entre direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, assentando direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos, assim como os políticos. Portanto, passasse de um Estado que impossibilitava a liberdade, depois um Estado que garantia a liberdade e igualdade de forma virtual, para um Estado que garante prestações positivas pelo menos no que concerne ao seu texto positivo, tendo em vista os movimentos sociais na época, e que compunham de modo representativo a assembleia constituinte.

A partir desse momento, o Brasil, na que toca ao seu ordenamento jurídico, passa a ter duas importante evoluções: (i) primeira delas atine a hierarquia de fontes jurídicas, ou seja, todos os diplomas jurídicos que existiam e que viriam a existir àquela época deveriam

³³¹ NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. São Paulo. Contexto. 2004. P. 242 e seguintes.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2017. P. 249.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P.491 e seguintes.

se submeter aos ditames constitucionais, emanando dali todos os direitos que deveriam existir, portanto, matérias que se relacionavam a propriedade, contida na carta a partir dos arts. 180, ou família, contida a partir do arts. 226 deveriam se reformular, tendo em vista que a carta de 88 reformulara de forma assente os institutos supranoticiados. Isso em vista do estabelecimento de certo princípio nomeado de supremacia da constituição³³⁴, porquanto tratava-se de preceitos que assentavam ser a vontade do povo soberana, transformando a sua vontade (poder constituinte originário) em supremacia de sua palavra (supremacia da constituição), exercida essa através de um sistema representativo; (ii) segunda revolução foi a aposição das nomeadas normas que garantiam direitos sociais, modificando de forma perene a atuação do Estado no ambiente privado, bem como a sua posição em face dos cidadãos, exigindo do Estado uma posição mais ativa, decretando de vez a mutação do liberalismo antes primado para as elites brasileiras produtoras de café e leite.

Portanto, os cânones representativos do interesse social no âmbito do direito nomeado público, no que concerne ao ambiente brasileiro, passa a ser presente, regulando as formas de atuação do Estado. Ainda nesse pontuação, é importante assentar que os direitos sociais no âmbito brasileiro possuíram dois momentos: (i) primeiro deles é o entendimento primário de que as partes de determinada negociação, por exemplo, estão em patente desigualdade, reconhecendo assim um princípio da igualdade material; (ii) segundo momento poderia ser subsumido a ideia de que, para a manutenção de determinado mínimo existencial de cada indivíduo, ou seja, para que seja garantido um ambiente propício para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, é indispensável que seja garantido alguns direitos específicos, portanto, nesse caso podem ser entendidos os direitos à educação, à saúde, à previdência social, enfim, direitos que podem ser considerados condições mínimas de vivência de um indivíduo na sociedade, de modo a garantir a sua sobrevivência para que os demais direitos inclusive possam ser exercidos, primando assim efetivamente por um mínimo existencial³³⁵.

2.2.1 Da indisponibilidade do interesse público à transação

No tópico precedente falou-se sobretudo de uma expansão do direito público ao direito privado, expressando o interesse social da sociedade como protagonista desse fato,

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 323.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 276.

apondo os direitos de cunho fundamental social como a matéria formal a quebrar alguns paradigmas que nasceram com conotação liberal. Em suma, o Brasil, de acordo com a história que se noticiou, passou de uma formação sobretudo liberal, com a garantia de direitos de cunho individual, assentando que o Estado não deveria adentrar a esferas individuais para primar por locais individuais de cada indivíduo (máxime aqui que isso era basicamente garantido pelo texto positivo, o que não poderia se dizer da realidade efetiva³³⁶), para uma sociedade que demandava do Estado uma posição ativa sobre determinadas pontuações, reconhecendo, por exemplo, que a igualdade dos indivíduos garantida de forma virtual na lei não era o que ocorria de fato, ou então, já sob uma outra feição da atuação positiva do Estado, que os indivíduos não sobreviveriam sem a garantia de determinados direitos mínimos a sua existência, demandando, mais uma vez, a atuação positiva por parte do Estado em esferas privadas. Assim, a classificação primitiva da dicotomia entre direito público e privado fica bastante ofuscada, beirando inclusive a sua não existência.

Neste tópico basicamente demonstrar-se-á a outra via, ou seja, a expansão, sob algumas premissas, do direito privado sob o direito público, elegendo nesse caso alguns institutos de direito público que são efetivamente ofuscados pela mutação da sociedade subjacente, de modo que da mesma forma que a sociedade que fez o direito público se expandir sob os antigos preceitos do direito privado faz com que alguns preceitos públicos sejam modificados.

Antes de adentrar a discussão fática e jurídica em si, cumpre pontuar algumas questões que atinem ao regime jurídico de direito público, que externam de forma bastante sucinta a matéria que dá nome ao presente tópico: o interesse público. Nesse passo indaga-se: o que seria o interesse público? E ainda, esse interesse público é prevalente em todo e qualquer motivo e circunstância? Com essas indagações começa-se a construir de forma sucinta o que seria um “regime de direito público” para que possamos assentar que o direito privado faz com que alguns de seus preceitos sejam modificados, mantendo, no entanto, as matérias atinentes aos direitos de cunho fundamental intactas.

De acordo com a doutrina de administrativa atual, que pontua de forma perene um regime de direito administrativo que orienta aos fins que aqui visamos, o “regime de direito público” deverá contar principalmente com dois princípios basilares do direito: (i) primeiro deles é o princípio da supremacia do interesse público sob o interesse privado; (ii) segundo

³³⁶ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 23 e seguintes.

atine a indisponibilidade do interesse público, que é corolário do primeiro preceito, atuando de forma conjunta.

No que toca ao princípio da supremacia do interesse público sob o privado há que se assentar, antes de qualquer coisa, o que é interesse público. O interesse público não é sempre aquilo que o Estado deseja como se pode imaginar, mas, sob uma análise mais aprofundada, o interesse da sociedade subjacente, tendo em vista que todo e qualquer tipo de disposição que o poder público fará será com bens ou qualquer questão de cunho patrimonial do povo, demandando assim o atendimento do interesse daqueles que são destinatários das ações públicas: a população. Dessa forma, o princípio da supremacia do interesse público confere a administração pública prerrogativas que só podem ser exercidas no interesse da coletividade, da sociedade brasileira subjacente.

Assim, a doutrina italiana³³⁷ costuma dividir o interesse público em primário e secundário³³⁸, isso para fins didáticos e práticos.

O interesse público primário está ligado diretamente ao interesse da população, ou seja, a consecução dos preceitos fundamentais da república de forma coletiva, como uma sociedade propriamente dita. Assim, quando um indivíduo se opõe a uma desapropriação para fins de reforma agrária de um de seus terrenos que não é produtivo, e está disposto em determinado município a mais de 30 anos sem finalidade, aguardando tão só a sua valorização, o indivíduo que se opõe está expressando o seu interesse privado, interesse esse que está em oposição ao interesse público primário na nomenclatura do princípio. Portanto, esse é o entendimento do que seria de fato um interesse público primário.

No que concerne ao interesse público secundário, podemos assentar que trata-se do preceito designativo de uma forma que o Estado, como ser anímico no âmbito jurídico que é, pode dispor de interesse assim como os particulares o fazem no âmbito de suas negociações, contudo, há de se ter em mente que o Estado exerce, assim como o professor Celso Antônio assenta, função pública, de modo que essa função pública estaria ligada, por isso, a um interesse, como já se disse, que não da própria administração, e sim da sociedade, um interesse de outrem. Assim, há que se reconhecer, que o Estado exerce um poder-dever, muito mais dever

³³⁷ ALESSI Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milão. Giuffrè Editore. 1960. P. 197.

³³⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30 edição, 2013. Malheiros Editores LTDA. São Paulo. P. 65 e seguintes.

do que poder no que concerne aos atos por eles emitidos³³⁹. Desse modo, há de se reconhecer que o interesse secundário da administração é basicamente assentado em uma disposição como se o Estado qualquer pessoa fosse, independente de representar o interesse de outrem, podendo assim tomar decisões independentes.

Nesse diapasão, é importante assentar que o interesse secundário não poderá subsistir se não coincidir com o interesse primário, sob pena de perverter o sistema público brasileiro, assim como qualquer ato que a administração tomaria no interesses daqueles que ele representa.

A indisponibilidade do interesse público, corolário do princípio da supremacia do interesse público, orienta no sentido de que o interesse público, em razão de não pertencer ao administrador, que, como já se disse, exerce função, não pode ser por ele disponível, ora, trata-se de preceito lógico quando se tem a conclusão conglomerada proveniente do preceito da supremacia do interesse público, uma vez que é reconhecido o interesse público como sendo o interesse da coletividade (interesse público primário) deve-se ter por conclusão lógica que o interesse da prática desses atos não pode ser disponível por parte do Estado, porquanto trata-se de interesse de outrem, vedada qualquer ação utilizando desse interesse como seu próprio.

O reconhecimento do preceito precedente pode ser elucidado com a submissão da administração pública a determinados institutos, como é o caso da licitação, instrumento público que a administração pública deve se valer quando for contratar, utilizando assim de recursos públicos. Ou o caso, bastante específico, de possibilidade de alienação de bem público, sendo somente possível quando este for dominal e submetidos aos preceitos do art. 17 da lei 8.666/90. Portanto, tratata-se efetivamente da submissão de preceitos complexos e burocráticos em razão de que a matéria ali colocada não é do interesse próprio da administração, e sim dos indivíduos participantes da sociedade.

Dessa forma, caracteriza-se, de maneira conglomerada, o que de fato seria um regime de direito público, denominado assim pela sua submissão a preceitos que atendem a matérias tocantes ao interesse social, em vista de que a matéria ali tratada somente pode ser

³³⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30 edição, 2013. Malheiros Editores LTDA. São Paulo. P. 72 e seguintes.

declarada como de interesse social se atender aos preceitos constitucionais, notadamente os direitos de cunho fundamental.

2.2.1.1 O Jus puniendi do Estado e a sua disposição

Sabe-se que o direito penal, como poder de punir do Estado, fazendo valer os dois fundamentos do direito penal de prevenção e ético social, deve punir indivíduos, o que faz o direito penal se tornar, de acordo com a classificação pretendida por muitos, um ramo do direito público. Contudo, vem se analisando em sede prática, uma divergência quanto a esse preceito.

Os delitos, quando efetivamente praticados, ou mesmo quando for demonstrado pela própria autoridade policial que há justa causa para a sua averiguação, ou seja, haja indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, e se caso o delito investigado seja de ação penal pública incondicionada, ou se caso for de ação pública condicionada a representação ou a requisição do ministro da justiça, que haja a manifestação na notícia do delito, deve ser apurado. Essa afirmação faz-nos concluir que a autoridade policial não pode negociar ou convencionar com o autor ou suposto autor do delito se esse será ou não punido, ou se a vítima prefere vê-lo preso ou se prefere vê-lo solto com o pagamento de um valor. Não! O direito penal possui, como dito inicialmente, duas funções, que por coincidência voluntária coincidem com as funções da pena, que são a ético social e a de prevenção, de modo que a pena, como já é uma medida posterior a condenação, possui também a função de retribuir ao indivíduo o mal causado à sociedade, mas claro que não pode ser vista tal função de modo isolado, porquanto, se assim se pensa, os indivíduos que cometem desvio na sociedade passam a ser tratados da mesma forma que os seres humanos condenados na prisão de Tobolsk na Rússia, em que as penas eram formadas por verdadeiras varadas nos condenados, de modo que os mesmos ficavam desacordados durante a execução das penas, a beira da morte, devendo ser encaminhados a um médico para que fiquem um período na enfermaria se recuperando para que recebam o resto da pena que foram condenados quando se recuperarem³⁴⁰. Dessa maneira, o Ministério Público também não poderia deixar de oferecer a denúncia caso haja concorrência das condicionantes antes assentadas, caracterizadoras nesse particular da justa causa da ação penal, de modo que se não houvesse, de acordo com o Ministério Público, a aludida justa causa,

³⁴⁰ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordação da casa dos mortos*. Tradução José Geraldo Vieira. São Paulo. Martin Claret, 2006. P. 28 e seguintes.

este deveria passar por um processo extremamente burocrático requerendo o arquivamento do feito por ausência de justa causa ou até mesmo por não vislumbrar delito na espécie, sendo necessária a autorização do magistrado, que poderá aceitar o requerimento de arquivamento ou pode discordar, hipótese em que se discordar do promotor deverá remeter os autos ao procurador geral para se assim entender oferecer a denúncia ou arquivar o feito.

Assim, percebe-se que o *Jus Puniendi* estatal é de fato matéria que poderia ser denominada de direito público, porquanto a matéria atinente ao próprio delito não pode ser disposta pelo promotor, muito menos pelo juiz, devendo o interesse social em ver os delitos resolvidos e o indivíduo que o cometeu sendo ressocializado em razão de seu desvio, bem como lhe seja retribuído o mal causado por ele, satisfeitos. Contudo, há que se falar, malgrado o direito penal seja caracterizado, de acordo com o seu conteúdo etimológico, como um ramo do suposto direito público, que houve modificação desse contexto quando do advento da lei 9.099/90, que regula os juizados especiais criminais e cíveis.

Nesse diploma de cunho processual temos a previsão de algumas matérias que nos fazem raciocinar se o *Jus puniendi* estatal ainda pode ser considerado uma matéria de direito público, porquanto há uma certa possibilidade de disposição deste como se verá.

Com o advento desse diploma de cunho processual tivemos a inserção no sistema jurídico penal, no que toca aos delitos de menor potencial ofensivo, dos institutos despenalizadores. Estes institutos, em suma, fazem com que o promotor, bem como o juiz e a própria vítima do delito, passem a transacionar a punição do indivíduo suposto autor do crime, porquanto não se pode falar em autor propriamente do delito pois não houve apuração do delito como se verá. Assim, cumpre a nós assentar quais seriam esses delitos de menor potencial ofensivo, o processo que eles estão sujeitos quando supostamente cometidos, bem como os institutos despenalizadores propriamente ditos, isso em vista de que trata-se de matéria de conhecimento obrigatório para saber o porque da classificação ficar ofuscada nesses casos.

Os crimes de menor potencial ofensivo podem ser caracterizados, de acordo com a previsão do art. 61 da lei 9.099/90, como sendo as contravenções penais, bem como os delitos a que a lei comine pena em abstrato não superior a dois anos, portanto, o conceito de delitos de menor potencial ofensivo se confunde com a própria competência dos juizados especiais criminais.

O processo dos juizados especiais criminais é mais simples do que um processo submetido, por exemplo, a um rito ordinário ou sumário que ocorre nas varas criminais

comuns, isso em vista de que se trata de um rito, de acordo com o art. 62 daquela lei, submetido ao princípio da celeridade e demais princípios que externem uma velocidade maior na resolução da lide subjacente. Assim, cometida uma contravenção penal ou um delito de menor potencial ofensivo, a autoridade policial é chamada para que seja lavrado o termo circunstanciado³⁴¹, que nesse particular, é um tipo de “inquérito simplificado” para a consecução da celeridade aposta no diploma legal como foi assentado. Dessa forma, há a lavratura do termo e a assinatura do suposto autor se comprometendo a comparecer na audiência nomeada de “preliminar” para que haja a composição civil dos danos ou não, o que já nos demonstra um início de disposição do direito de punir do Estado. A audiência preliminar inicia-se com o juiz, as partes e o representante do Ministério Público, sendo que nesse local será proposta pela vítima do delito uma indenização para que o suposto autor do delito não seja processado, ora, o que se está fazendo aqui é efetivamente uma negociação entre as partes de uma suposta relação delituosa do direito de punir do Estado, então, a classificação do direito penal como sendo ramo de direito público nesse caso fica ofuscada, ou então o critério a ser utilizado está errado, mas percebe-se que se a composição civil de danos, colocada sob qualquer critério de classificação, será uma penumbra, pois tratar-se-a de uma ramo que em tese não admite a disposição, mas que há a sua previsão legal.

Um pouco mais à frente, ainda no processo, caso o suposto autor do delito não aceite a composição civil de danos, ou a própria vítima não a proponha, há a passagem para uma audiência entre o suposto autor do delito ou contravenção penal para um audiência própria entre ele e o representante do Ministério Público, em que o promotor poderá oferecer a transação. A transação nada mais é do que uma possibilidade de não ser aplicada a sanção cominada para aquela prática caso o indivíduo aceite e preencha os requisitos, hipótese em que se for afirmativo deverá o suposto autor do delito ficar restrito a algumas práticas fixadas pelo magistrado, aplicando-se nesse particular pena restritiva de direitos ou multa, que será cumprida imediatamente e não será a pena considerada reincidência para o suposto autor do delito (o que é evidente, pois se nem autor do delito nós podemos chama-lo, porquanto comprovação não houve, quanto mais de colocar em sua “fixa” a reincidência da prática de um delito). Assim, em um segundo momento, podemos perceber que o representante do Ministério Público está a dispor do interesse de punir do Estado, por mais que aqui o indivíduo possui a restrição de direito, mas o Estado, representado pelo promotor, está a dispensar a punição, representada pelo

³⁴¹ BRASIL. *Lei 9.099 de 25 de setembro de 95*. Dispõe sobre o juizados especiais cíveis e criminais e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017

jus puniendi do Estado (preceito de ordem pública) para “negociar”, caso haja o preenchimento dos requisitos legais, a punição do indivíduo. Seguindo o processo, externando o terceiro e último instituto despenalizador da espécie, temos a previsão da suspensão condicional do processo. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da lei 9.099/90, é a previsão do magistrado, caso sejam os requisitos constantes do dispositivo preenchidos³⁴² seja concedida a suspensão condicional do processo mediante o cumprimento de algumas condições. Quando o prazo fixado pelo magistrado expirar, não cometida nenhuma falta pelo indivíduo beneficiado, nem descumprida nenhuma condição, haverá a extinção de sua punibilidade. Em outros termos, caso preenchidos os requisitos para que haja a concessão da suspensão condicional do processo, o representante do Ministério Público ou o próprio juiz, tendo em vista que se trata de direito subjetivo do acusado – lembrando aqui da discussão doutrinária se o magistrado pode ou não oferecer o benefício, em vista de que caso oferecido por ele se estaria maculando o processo penal brasileiro acusatório – logo após o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, oferecer a suspensão condicional do processo, ficando a cargo do indivíduo aceitar ou recusar. Desse modo, se está verdadeiramente “negociando” com o indivíduo a sua punição, recusando novamente a persecução penal, para que haja uma simples aplicação da suspensão do próprio processo para que ao final da suspensão, caso o indivíduo não tenha descumprido nenhuma condicionante, haja a extinção de sua punibilidade.

Destarte, como ficara assentado, a existência dos delitos de menor potencial ofensivo, bem como as matérias fixadas no processo atinente ao juizados especiais criminais, formam uma penumbra na classificação do direito em privado e público, pois faz o *jus puniendi* estatal se mutar para disponível e passível de negociação pelo membro do Ministério Público, bem como pelo próprio magistrado. Assim, a classificação do direito público e privado, seja pelo critério da utilidade, interesse, interesse predominante, patrimonial ou mesmo o do império fica sem resposta para o caso dos crimes de menor potencial ofensivo, porquanto a matéria do direito de punir do Estado é primitivamente de direito público, tendo em vista a sua impossibilidade de negociação, contudo, como foi demonstrado aqui, é possível, pela previsão da lei 9.099/90, a negociação do direito de punir do Estado no caso concreto.

Importante salientar que aqui não se quer criticar a instituição dos juizados especiais criminais, muito pelo contrário, os juizados especiais criminais são uma revolução no

³⁴² Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. P. 742.

controle de punição do Estado, em vista de que a reprimenda e restrição da liberdade dos indivíduos criminosos eventuais e de delitos de menor potencial ofensivo devem ser punidos de modo diverso, sendo que a esse tratamento de modo diverso, aplicando os institutos acima referenciados, se dá pela necessidade e a própria eficácia da reprimenda estatal, tendo em vista que a colocação do indivíduo em contato com o cárcere, bem como em restrição de seu direito fundamental de liberdade, mesmo que de forma efêmera, gera um dano moral bastante substancial, não aproveitando em nada para a sociedade violando uma das finalidades do direito penal que é o ético social e da pena que seria a ressocialização, portanto, passa-se, no direito penal, de uma justiça absoluta para uma política criminal, dando assim uma humanização a aplicação da pena no direito brasileiro. Assim, a partir da reforma de 1984 do código penal, começa-se a ter a concepção acima noticiada, que máxime, nada de ruim teve para o direito brasileiro³⁴³.

2.2.1.2 A função jurisdicional e a criação de processos inter partes: os negócios jurídicos processuais

A muito tempo já se falava que haveria a possibilidade das partes, potuadamente em alguns casos do processo, transacionar a respeito de algumas pontuações, notadamente quando se estava em frente ao um direito disponível pelas partes. Portanto, renúncia a prazo de processo, audiência de conciliação, aceitar o pedido do autor da lide, suspensão convencional do andamento do processo, eleição do foro competente para a resolução de impasses referentes ao negócio jurídico subjacente, enfim, são negócios jurídicos que tocam a matéria processual que muitas vezes se dividem em bilaterais e unilaterais³⁴⁴.

É consciente colocar, antes de adentrar de forma mais aprofundada na matéria do negócio jurídico processual, a própria conceituação de negócio jurídico de acordo com o local em que este foi nascido de fato: o direito civil. De acordo com a maioria maçante da doutrina civilista o negócio jurídico é o acordo de vontades que irá em determinado sentido, capaz assim de criar, modificar e extinguir direitos, mas isso deve ser entendido no local em que esse conceito é formado, ou seja, dentro da teoria dos fatos jurídicos adotada pelo direito brasileiro.

³⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001*. 2. ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2005. P. XVII.

³⁴⁴ DIDIER, Fredie. Artigo 190. *In: Comentários ao código de processo civil*. Organizadores, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Loenardo Carneiro da Cunha; cordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo. Saraiva. p. 294.

A teoria dos fatos jurídicos, no direito civil brasileiro, diferencia os fatos jurídicos em fatos jurídicos em sentido estrito, e em sentido lato, que consubstancia os atos jurídicos em sentido lato e os atos-fatos, sendo ainda que possuímos a confluência, dentro dos atos jurídicos em sentido lato, dos atos jurídicos em sentido estrito e do negócio jurídico. Basicamente, os atos jurídicos em sentido estrito possuem a sua eficácia prática dentro da lei, ou seja, os seus efeitos práticos estão exauridos dentro da própria lei, enquanto que a matéria atinente aos negócios jurídicos os seus efeitos não se encontram consubstanciados na lei, porquanto a matéria fica a cargo dos próprios indivíduos dentro do negócio subjacente³⁴⁵.

Assim percebe-se que o negócio jurídico, consubstanciado em todos os ramos jurídicos, está ligado a transação, mediante a convergência de interesses sob determinado objeto subjacente, ou seja, sob determinado instituto jurídico específico convergindo as suas vontades em um mesmo sentido. O negócio jurídico processual, portanto, é a convergência de dois ou mais interesses em um mesmo sentido cujo objeto dessa convergência é algum instituto processual, seja ele um prazo ou qualquer coisa do gênero.

Como foi assentado acima, o negócio jurídico processual já existia na nossa praxe forense a bastante tempo, isso em pontuações específicas, como ficou demonstrado anteriormente, contudo, com o advento do novo código de processo civil, houve a instituição de um efetivo negócio jurídico processual agora possibilitado inclusive quanto ao próprio rito que o processo seguirá. Tal possibilidade está regulada no art. 190 do novo código de processo civil. Assim, com o advento da possibilidade de propriamente criação de um rito para o seguimento do processo, é decretada verdadeiramente a perda do direito processual de sua natureza de direito público.

Dito de outro modo, a matéria processual é considerada, dada as peculiaridades dos critérios fundados, como sendo um ramo do direito público, porquanto atine a uma função de desenvolvimento exclusivo do Estado: a função jurisdicional. Assim, o negócio jurídico processual, em sua primitiva formulação, (com algumas trasações específicas dentro do processo) já poderia ser considerado uma anomalia dentro da sistemática da classificação do direito público e privado, em vista de que uma matéria que atine ao direito público está de fato sendo disposta pelo interesse dispositivo das partes. No segundo momento atinente aos negócios jurídicos processuais, tocantes a matéria da efetiva criação dos ritos pelas partes particulares, a matéria do direito público e privado fica efetivamente ofuscada, pois a

³⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2. Ed. São Paulo. Saraiva. 2010. P. 225 e seguintes.

parte particular cria, quase como um legislador, um rito processual, que fica no entanto, de acordo com os preceptivos processuais subjacentes, condicionados a aprovação do magistrado da eventual causa, contudo, a possibilidade que se dá às partes de criação de um rito processual de forma privada é só por só uma dificuldade que a classificação de direito em privado e público não abrange, deixando a comunidade jurídica em frente a uma perplexidade superlativa.

Somente com o fito didático, importa salientar que os negócios jurídicos processuais, de acordo com a mais autorizada doutrina³⁴⁶, interpretando o novo diploma processual civil, assenta que a matéria dos negócios jurídicos processuais possuem uma classificação bastante parecida com o direito contratual de negócios jurídicos típicos e atípicos, ou seja, há, também quanto aos negócios jurídicos processuais, a sua possibilidade de pactuação prevista em lei (típicos) e aqueles que não estão previstos em lei (atípicos). Contudo, de acordo com a doutrina, os negócios jurídicos processuais, de acordo com o novo código de processo civil, possuem uma prevalência para os negócios jurídicos atípicos, em consonância com a previsão da cláusula geral constante do art. 190 do código de processo civil, externando, nesse particular, um subprincípio da atipicidade da negociação, em vista da convenção possibilitada nesse preceptivo legal³⁴⁷.

Trata-se de uma prevalência para os negócios atípicos, pois de acordo com a previsão positiva do texto, as partes podem convencionar qualquer tipo de matéria que diga respeito a atos processuais ou então a situações jurídicas processuais, condicionando tão só a homologação do magistrado em eventual lide que tenha por discussão o objeto do negócio.

De acordo com a doutrina, o subprincípio da prevalência da negociação atípica é retirado do princípio do autorregramento da contenda, que embora condicionada a homologação do magistrado em alguns momentos, faz valer a primazia de disposição das partes. Ainda é de ressaltar, que o enunciado de número 133 do fórum permanentes de

³⁴⁶ DIDIER, Fredie. Artigo 190. In. *Comentários ao código de processo civil*. Organizadores, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Loenardo Carneiro da Cunha; cordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo. Saraiva. p. 293 e seguintes.

³⁴⁷ DIDIER, Fredie. Artigo 190. In. *Comentários ao código de processo civil*. Organizadores, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Loenardo Carneiro da Cunha; cordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo. Saraiva. p. 295 e seguintes.

processualistas civis assenta ser regra a dispensa de homologação do negócio, tendo que haver a previsão legal de homologação se o legislador assim demandou³⁴⁸.

2.3 A VIRADA PARADOXAL DO SÉCULO: PONTUAÇÕES FILOSÓFICAS SUBJACENTES

Trabalhou-se até o presente momento com matérias fatídicas-pragmáticas, com algumas pontuações de cunho filosófico que atinem a passagem na análise jurídica que fizeram pôr termo a classificação do direito em público e privado. Nesse tópico far-se-á as devidas pontuações de cunho filosófico que atinem a mudança de paradigma, de modo a externar a quebra do paradigma classificatório anterior tanto no que toca a matéria da expansão do direito público sob o direito privado por meio dos direitos fundamentais, assentando de vez a mudança de paradigma do chamado “ramo máster do direito privado” que é o direito civil, que subjacentemente possuía a rubrica de ser a “constituição do direito privado”, como também pela expansão de alguns institutos de forma pontual do direito privado para o direito público, evidenciando, no entanto, que trata-se de uma movimentação com pouca matéria de cunho filosófico, tendo em vista fazer parte de um paradigma fatídico, e vezes de uma expansão do próprio direito público (externados na forma de direitos fundamentais) como é o caso da transação nas ações que discutem a proteção de direito de cunho difuso e coletivo, em vista de que é como se efetivaria melhor o dano como aqui já evidenciado.

As pontuações, basicamente se dividirão em dois momentos, um de cunho introdutório-aberto e o outro de cunho específico-fechado. São eles: (i) o primeiro momento dessa análise de cunho filosófico fará um esforço histórico genérico pela história das posições do Estado na sociedade, evidenciando as suas três mais importantes, quais sejam, o Estado liberal, o Estado social e por fim Estado democrático de direito, com o fito de retirar as ideias de cunho filosófico daí atinets; (ii) o segundo momento abrangerá uma análise mais detida da matéria de cunho filosófico, dando mais ênfase evidentemente para a matéria de expansão do direito público no direito privado, tendo como matéria subjacente os direitos fundamentais, que de forma bastante assente, tocam aos campos do direito privado e do direito público, em outros termos, trata-se de um fenômeno conglobante que perpassa por todo o direito, passando a carta

³⁴⁸ Enunciado nº: 133. (art. 190; art. 200, parágrafo único)” Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.” (Grupo: Negócios Processuais).

a ser o fundamento de toda e qualquer matéria dentro do Estado, devendo qualquer interpretação jurídica ter fundamento na carta da república; (iii) por fim, dando continuidade a matéria tratada no tópico anterior da expansão do direito público sob o direito privado, cuja matéria subjacente são os direitos fundamentais, há, no que toca ao âmbito privado, o advento do fenômeno da constitucionalização, que faz valer de forma assente tudo o que se falou nesse trabalho de forma pragmática sob a roupagem filosófica.

2.3.1 O Estado brasileiro e seus protagonistas: os direitos fundamentais e a atuação do Estado

Como se viu em vários momentos históricos aqui narrados, o Brasil sempre foi um país de mandos e desmandos, em que a autoridade prática vigorava e a racionalidade era ignorada, tudo isso em nome da prosperidade das elites dominantes da época. A par disso, podemos denotar o processo de institucionalização do Estado brasileiro, retirando fundamento para a formação de seus poderes, bem como a sua forma de atuação. Embora haja a afirmação da identificação desses preceitos institucionais do Brasil primitivamente, esta formação inicialmente só teve o fito de transparecer aos demais países que o Brasil tinha organização política e democrática, pois a prática de fato não revela o que os papéis prenunciavam, pois maquiava o país como sendo desde já bastante moderno no que atine ao direito constitucional, fazendo, já com a carta de 1891 (carta da república), nascer um Estado considerado liberal, ou seja, um Estado pautado no individualismo, que, levado pelo liberalismo econômico, assentava que deveria o próprio Estado se abster de adentrar em vários locais da vida particular, tudo em nome das chamadas liberdades negativas que tiveram a sua guarida axiológica basicamente depois da revolução francesa com o pensamento genérico do iluminismo, primando pelo que os burgueses reivindicavam na época que era expungir os privilégios do antigo regime.

Dessa forma, serão assentados à frente as formas que o Estado brasileiro teve em face dos cidadãos, peculiarizando para a atuação do Estado na garantia das liberdades de cada indivíduo e o exercício dos direitos fundamentais desde o advento do constitucionalismo “à brasileira” com algumas pontuações políticas.

O Estado liberal ficara marcado pela sua submissão aos ideais burgueses iniciados na revolução francesa, que primavam por uma distinção entre o ambiente político e o ambiente econômico, e com isso a conseqüente separação entre a atuação do Estado e a

economia³⁴⁹, lembrando sempre que no Brasil, dada a sua característica de oficialismo, o liberalismo somente garantiu essa abstenção e separação de forma bastante conveniente, em vista de que manter-se-ia a confusão entre a política e atividade econômica, em vista da manutenção, como já se disse, da famosa política do café com leite, monumento paradoxal da conveniência brasileira, bem como da demonstração do nascimento sem vida da democracia brasileira e do efetivo Estado liberal que aqui se noticia. Dessa forma, o Estado estava, de acordo com o papel, subscrito a garantir as regras do jogo, vedada a sua intervenção aberta na sociedade³⁵⁰.

Depois dos ideias assumidos pelo Estado liberal passamos aos Estado social, que de forma embrionária, e mais uma vez no Brasil, de forma aparente, modificou a atuação do Estado de mero “policial” para um atuante nas relações individuais, isso, em um primeiro momento, ficara caracterizado somente no que atine ao ambiente econômico, pois como já afirmava o grande economista americano Keynes, o Estado era decisivo não só para que parcela da população seja protegida em vista de sua desigualdade patente nas relações, mas também em face da dificuldade da eficiência econômica dos agentes privados, que na ausência da regulação do Estado, faziam por dominar os mercados cada um individualmente (ou ao menos tentavam) causando verdadeiro colapso econômico. Em um segundo momento do Estado social, agora já em sua esfera e conotação de cunho jurídico, passa-se a prever direitos que conferem ao cidadão o que se convencionou chamar de liberdades positivas, ou seja, a demanda por parte do cidadão de um agir do Estado, fazendo com que a ausência do Estado seja considerada um atentado a direito. Na realidade brasileira, o movimento do Estado social, em que o Estado passa a ser ativo em searas privadas, servira somente para garantir os direitos da burguesia até ali conseguidos, intervindo somente na relação da sociedade civil, em vista de sua fraqueza de fato. Tratava-se da mutação de um capitalismo mais velho radical, para um capitalismo que fosse capaz de segurar as forças socialistas, notadamente no Brasil, em que essa época estava sendo vivida basicamente com o fim da guerra provocada pela revolução constitucionalista, e que terminara na formulação da carta de 34, que malgrado haja a sua duração efêmera, elucidou essa fase noticiada.

³⁴⁹ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 53.

³⁵⁰ Foi essa ideologia que deu mais combustível para a criação dos sistemas de direito público e privado, da existência de um código denominado “constituição do direito privado”, pois criava entre o particular e o Estado dois mundos que não se tocavam, devendo haver uma distância abissal entre ambos para que a sociedade possa evoluir, o que foi posteriormente impugando tanto no direito como na economia.

Passadas essas duas fases, em fim da segunda guerra mundial, com um sentimento crescente na comunidade internacional da proteção do ser humano, bem como da finalidade de qualquer Estado e conseqüentemente o seu ordenamento no ser humano, adentramos ao Estado democrático de direito. Essa fase, notadamente no âmbito brasileiro, ficou caracterizada pela mudança de paradigma tanto no que toca ao âmbito jurídico como também na âmbito econômico, fazendo com que dois conceito antes entendidos de modo absolutamente diversos sejam modificados: a liberdade e a igualdade. Dessa forma, o Estado passa, na âmbito econômica, a ter uma forma de agir diferente de sua comum, deixando para trás o capitalismo exacerbado (ou algo similar a isso), para que seja afirmada a ideia de uma sociedade mais voltada para o ideal social, garantindo aos indivíduos gradativamente a sua afirmação social, seja por meio de uma efetiva liberdade, seja por meio da igualdade agora sob o seu viés material de fato. Assim, o sistema adotado no Estado democrático de direito, de acordo com o professor Elías Días, citado por Lenio Steck, é um momento do Estado mais do que voltado a paradigmas sociais e sim uma reviravolta na forma do Estado garantir de fato direitos fundamentais, pautados, sobretudo, nas ideais de garantia de uma liberdade e igualdade nas relações sociais, de modo que não se trata, como pensam alguns, de uma simples fase na evolução de como o Estado deve tratar as suas relações com o privado ou com a garantia dos direitos fundamentais, mas como diz o professor Lenio, um verdadeiro momento em que há uma síntese das fases anteriores, promovendo uma regulação, bem como um atídodo das fases anteriores, ou seja, trata-se da aplicação de forma mais detida de um sistema corretor das antigas pontuações, fazendo voltar as promessas de justiça social, bem como as demais conquistas axiológicas que não foram cumpridas, tais como os próprios e vangloriados direitos humanos, que foram reforçados de forma mais assente depois da segunda grande guerra mundial³⁵¹.

Importante salientar que na quadra do Estado democrático de direito passamos a ter todas as promessas já do antigo liberalismo devidas por parte do Estado, de modo que todos esses ideais passaram a ter previsão na carta constitucional, que com o advento do Estado democrático de direito passam a ter importância superlativa nesse sistema, fazendo com que o Estado se volte a todo momento àquele diploma constituinte, devendo este ser de fato cumprido, em vista que é o instrumento de mudança específico contido no Estado³⁵². É nessa movimentação que se tem a colocação da constituição como o centro de qualquer tipo de

³⁵¹ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 54.

³⁵² STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 54.

raciocínio jurídico, demandado por parte do Estado tanto rever os diplomas já existentes para se adequarem a carta constitucional, como adequar os novos diplomas jurídicos que virão posteriores a carta, formulando assim princípios como o da supremacia da constituição³⁵³ ou mesmo o da interpretação conforme a constituição³⁵⁴. Assim, a carta constitucional brasileira é colocada no topo da sistemática jurídica, assentado o que o professor Barroso chamou de efetividade das normas constitucionais³⁵⁵, pois é verdade que a carta constitucional, ou melhor, o próprio do direito constitucional, desde sua elaboração e advento efetivo no ambiente brasileiro, passou por descabros de efetividade, de modo a ser denominado como carta política, em vista de sua confusão superlativa entre os mandos e desmandos da política brasileira, que àquele tempo não passava de uma instância mais conservadora da elite brasileira intelectual, que em grande parte era o reflexo de ideias dos mercantilistas brasileiros, que tinham a limitação de suas sustentações liberalistas nas amarras dos ruralistas³⁵⁶.

Nesses três momentos do Estado, relembrando que último deles não deve ser entendido como só um momento, são marcados pelo protagonismo de uma instância de poder. Quando do liberalismo “à brasileira” o protagonista era o legislativo, que editava as leis que eram tidas para a consecução das abstenções em ambiências econômicas, em vista do *locus* que vigia àquele tempo; no momento voltado ao Estado social o protagonista era o poder executivo, em vista da necessidade de instituição de algumas políticas públicas por parte do Estado; no âmbito do Estado democrático de direito teríamos que ter o protagonismo por parte também do poder executivo, em vista de que a matéria dos direitos de cunho social e fundamental contidos na carta constitucional é de competência desse “ramo” do poder, contudo, em face da expressiva dificuldade que o Estado brasileiro sempre cria quanto a matéria de instituição de direitos, notadamente de cunho fundamental que demanda um agir por parte do Estado, o “ramo”, ou melhor, a partição de poder que ficara sendo protagonista no Estado democrático de direito foi o poder judiciário, porquanto as pessoas, vendo os seus direitos, que demandavam do Estado a aludida prestação positiva, sendo descumpridos, viram no poder judiciário o socorro necessário para que sejam os direitos prometidos efetivados na espécie.

³⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 323.

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 325.

³⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 240.

³⁵⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P.29 e 30.

Dessa maneira, surgem várias teorias subjacentes a essa questão, em vista de que o fenômeno supracitado ocorrera no mundo inteiro, para explicar como deveria o judiciário atuar quando há direitos de cunho fundamental (em suas multifacetadas ordens) sendo descumpridos. Ainda de substância ter em mente, que a matéria aventada no parágrafo anterior, dada modernidade da sociedade, bem como a previsão em textos positivos de direitos de cunho fundamental, demandando do Estado (nesse caso, como se disse, o poder executivo) prestações positivas, em sendo descumprido pelo Estado chamando o poder judiciário para tanto, avulta a discussão entre o direito e a política em dois vieses: primeiro deles atine a multiplicação dos casos difíceis e a sua resolução (política ou jurídica?); segundo, a relação entre essas duas searas, notadamente no que toca a decisão pelos tribunais denominados constitucionais. Nesse diapasão, somente com a finalidade didática, há o advento do procedimentalismo e do substancialismo, que analisam a posição que o judiciário (protagonista acidental do Estado democrático de direito) deve tomar frente à descumprimento de direitos fundamentais.

Encabeçando a tese do procedimentalismo, Habermas³⁵⁷ assenta que o judiciário deveria se abster de adentrar as esferas de competência dos demais poderes, em vista de que os procedimentos em si já são garantidores dos aludidos direitos fundamentais, e que se o judiciário quebrasse estaria só por só descumprindo a carta, violando os próprios direitos fundamentais alegados, em vista de que a instância de competência para tanto não era a sua. Dessa maneira, as decisões dos magistrados, em sendo acatada a tese substancialista (opositora do procedimentalismo de Habermas) faria com que as decisões dos magistrados passassem a ser ilegítimas, pois estariam dotadas de um autoritarismo exarcebado, bem como excepcionado competências, de modo que a concretização dos valores constitucionais dessa maneira estaria sendo ilegítima, porquanto violaria a própria ordem constitucional no que atine a instância de competência. Assim, de acordo com o autor, a concretização dos valores superpostos na carta constitucional por meio do poder judiciário, seria a criação de uma nova instância de poder que não teria limites, sendo dessa forma autoritária, porquanto iria “dizer o não dito e desmandar o mandado”. Habermas assenta que o judiciário, em se deparando com matérias dessa significação, deveria garantir que a norma de direito fosse criada de forma legítima, ou seja, que o procedimento seja devidamente respeitado, tendo em vista que a criação do próprio direito fosse feita pelas instâncias que são constitucionalmente competentes.

³⁵⁷ HABERMAS Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997. P. 297 e seguintes.

O autor, voltando-se para essa argumentação, coaduna-se com aquilo que Dworkin chama, quando analisa os EUA na época em que o presidente dos EUA era Richard Nixon e o presidente da Suprema Corte era Warren Burger, analisando os posicionamentos de ambos quanto a matéria de direitos de cunho fundamental, de construcionismo estrito em seu viés de deferência judicial, que em suma, diz que os cidadãos norte americanos possuem outros direitos fundamentais além daqueles contidos na carta, mas que no entanto, esses direitos devem ser decididos por outros órgãos públicos que não o próprio judiciário³⁵⁸. Ainda nos autores de cunho procedimentalista há que se ressaltar que os mesmos assentam ser a expansão e o preenchimento por parte do judiciário das lacunas legais uma infirmação da própria democracia, porquanto toma de forma arbitrária e autoritária os ditames das leis e vontades democráticas.

No outro lado do debate filosófico, há os substancialistas, capitaneados pelo próprio professor Dworkin³⁵⁹, que de forma bastante simples irá sustentar as posições contrapostas. O substancialismo, sustentado por um contingente maior de autores, é marcado pelo reconhecimento da constituição como um pressuposto de qualquer atividade de cunho hermenêutico, porquanto com o advento do constitucionalismo a constituição, nos dizeres de Canotilho, passa a ser dirigente³⁶⁰, fazendo com que o agir estatal dos demais poderes da república sejam condicionados pelos preceitos de cunho constitucional, por isso, o judiciário, notadamente os tribunais de cunho constitucional, passam a ter um papel diferenciado na concretização da carta constitucional. Os procedimentalistas, contrários aos substancialistas, acreditam que a carta constitucional garante aos cidadãos somente adentrar ao processo participativo democrático guardado na carta constitucional, assim como a democracia dualista do professor Bruce Ackerman assenta³⁶¹. Contudo, a tese dos substancialistas (ou também

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. tradução Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 205 e seguintes.

³⁵⁹ Importa salientar que a noção substancialista sustentada por Dworkin decorre de uma compreensão conglomerada de duas grandes pontuações: primeira delas decorre das concepções do professor apostas na noção de direito como literatura, isso em razão de que naquela proposição o professor pontua que o direito de fato não decorre de uma questão moral objetiva ou algo similar, demandando uma pontuação final. Por isso, a ideia de romance em cadeia; segunda pontuação é, dentro da ideia de que o direito parte de um fundamento comum, o entendimento de que há, dentro da ideia jurídica, a autonomia do direito, isto é, embora as práticas políticas possam ser interpretadas, há sempre que se pautar tal interpretação sem deixar que a integridade do sistema jurídico caia, isso por meio da interpretação por princípios. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes. 2000. (justiça e direito). P. 218 e seguintes. V. tb. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gilda Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo. Martins Fontes. 2007. (justiça e direito). P. 215 e seguintes.)

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 107 e seguintes. V. tb. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982.

³⁶¹ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. tradução de Mauro Raposo de Mello; coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte. Del Rey, 2006. p.17.

denominado pelo próprio professor Ackerman de fundamentalistas) rebate de forma bastante expressiva a argumentação dos procedimentalistas, assentando, além do que já se disse, que o próprio processo democrático é substancialista em si, porquanto não haveria a possibilidade de se definir que o indivíduo tem direito àquele determinado processo (que beira uma partição do devido processo legal) se não houvesse submissão ao preceito, por exemplo, da dignidade da pessoa humana, um dos preceitos mais substantivos que a carta constitucional pode guardar, ou que a escolha dos indivíduos de um representante não é só por só guardadora de uma ideia de cunho substancial, ou ainda que o valor dos votos de forma igual (malgrado no Brasil o critério proporcional para eleição de deputados federais guarde certa dissonância desse preceito) não leve em conta o preceito substancial da igualdade. Portanto, de acordo com um dos grandes instituidores do substancialismo, citado pelo professor Lenio, Lourance Tribe, o procedimentalismo não leva em conta os preceitos de cunho substancial que se encontram nele guardados³⁶².

Mesmo após as divagações supracitadas o autor deste trabalho acredita que nem uma nem outra teoria, quando colocamos os direitos de cunho fundamental em jogo, esteja certa ou errada, porquanto dependerá do local em que esteja sendo aplicada: se em um país que tenha um processo democrático forte e representativo, sem histórico de desrespeito a direitos de cunho fundamental, ou se estamos em um local marcado pelo imperialismo e o recorrente desrespeito a direitos de cunho fundamental, bem como aos preceitos contidos na lei.

2.3.2 A expansão da carta constitucional e os direitos fundamentais: o processo de constitucionalização e a invasão do denominado direito público no direito privado

A matéria que atine aos direitos sociais foi a protagonista para que a classificação contestada nesse trabalho caia, bem como o advento de uma nova fase no que toca ao posicionamento do Estado em face das relações sociais, que máxime, foi mais do que uma fase, bem como ao advento de uma nova teoria constitucional, e uma nova teoria das fontes do direito, tendo em vista o advento de uma nova carta constitucional na sociedade brasileira. A carta brasileira é denominada como a mais inovadora e avançada em face dos outros países em

³⁶² TRIBE, L.H. *The puzzling persistence of process-based Constitutional Theories*. In. *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1073, 1980. P. 1065 e seguintes. *Apud*. STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 58.

razão do quantitativo de direitos fundamentais nela contidos, fazendo com que dela decorra qualquer direito.

A afirmação do parágrafo anterior fez com que a doutrina privatista³⁶³ reconhecesse a quebra do paradigma classificatório neste trabalho impugnado, fazendo com que os institutos privatistas sejam relidos à luz da carta magna (preceito denominado classicamente como sendo de direito público, e por isso, conseguisse enxergar uma invasão do direito público no direito privado), de modo a modificar de forma bastante assente, no que toca a invasão do direito privado de matérias atinentes ao chamado direito público, modificando questões que antes eram denominadas privadas, como é o caso do contrato, da família e da propriedade³⁶⁴.

O processo acima noticiado é chamado pela doutrina de constitucionalização do direito privado, o que ocasiona a perda da *ratio* da classificação de direito privado e direito público. Assim, o presente processo passará pela devida explicação no presente momento, com os contornos que esse autor acredita ser mais pertinentes ao caso, bem como a pontuação filosófica mais bem delineada.

2.3.2.1 A constitucionalização e a sociedade

Como dito reiteradas vezes nesse estudo, logo após os adventos da carta constitucional de 88 na sociedade brasileira, juntamente com a passagem do Estado social (maculado por assim dizer em razão de ser mais um instituto contaminado pelos interesses das elites dominantes brasileiras) para o Estado democrático de direito, promanando em seu texto positivo os mais variados direitos de cunho fundamental que foram prometidos durante toda a história brasileira, desde de os primeiros direitos de cunho social contidos na carta de 34, até os direitos difusos contidos na carta de 88, a teoria de fontes jurídicas brasileira passa por uma mudança substancial, acabando com qualquer diploma jurídico que prevalecia em determinado “local” do Estado sem que tenha sido validado pela carta constitucional, respeitando, portanto, os preceitos fundamentais na carta contidos.

³⁶³ Nesse sentido sustenta o professor Fachin, Tepedino, Ana Carolina Brochado, Paulo Lôbo, Flavio Tartuce, entre outros.

³⁶⁴ Embora parte importante no quesito qualitativo da doutrina privatista reconheça a superação do sistema clássico, a massiva parte de juristas ainda revive de forma recorrente os paradigmas do século XIX.

Dessa forma há que se assentar três questões anteriores ao debate propriamente da constitucionalização que possuem igual peso filosófico, mas que no entanto foram desenvolvidas pela doutrina mais voltada para o antigo direito público: (i) primeiro deles, e já afirmado nesse estudo, é o nascimento do princípio da supremacia da constituição, bem como a sua formulação no âmbito brasileiro, que como se sabe, advém da ideia da supremacia popular do poder constituinte; (ii) segunda questão a ser aventada, foi instituída pelo professor Luís Roberto Barroso, chamada da efetividade das normas constitucionais; (iii) terceiro e último preceito a ser aventado, agora mais voltado para a hermenêutica jurídica, é o que chamo de “responsabilidade epistemológica”, tendo em vista que grande maioria dos juristas, ignorando a história jurídica, notadamente a brasileira, passam por cima dos avanços filosóficos e constitucionais, para que maculem os ganhos da carta brasileira, proferindo interpretações que não levam em conta nenhum preceito supracitado.

Primeiro ponto, e o que possuí, pelos menos sob um olhar superficial, um conhecimento maior entre os juristas brasileiros, é a instituição, com a carta de 88, do princípio da supremacia da constituição³⁶⁵. Esse preceito propedêutico do direito assenta que a carta constitucional, por ter sido a vontade do povo, titular do poder constituinte originário (de acordo com a carta brasileira de 88) em determinado momento constitucional específico, deve prevalecer em face das outras normas, bem como condiciona a própria edição normativa. Ainda impende ressaltar que a supremacia da constituição representa uma revolução no que toca a questão do direito constitucional, porquanto vigorava a supremacia do parlamento em grande parte do mundo, mas com a revolução, notadamente americana, houve o que se convencionou chamar de *rule of law*, ou seja, a supremacia da lei, que, com o passar do tempo, virara a supremacia da lei constitucional. Assim, passou-se a proteger os preceitos promanados na carta constitucional com afinco, em vista de que tratar-se-ia do documento fundante de grande maioria dos países. No Brasil, a história não foi diferente com a carta de 88, em vista de que a supremacia da constituição passou, com esse diploma constitucional, a vigorar de forma assente.

Dessa forma, a carta magna ganha força, resultando inclusive no nascimento de mecanismos para que haja a sua devida proteção, como é o caso do controle de constitucionalidade, sendo promanado em sua vertente concentrada e difusa (apesar de que em terras tupiniquins não haja a sua efetivação, em vista de nosso vício de muitos anos de achar

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P.323.

que a carta é tão somente uma carta propriamente política, submissa assim aos preceitos de conveniências políticas (mandos e desmandos, dito pelo não dito³⁶⁶). Ainda nesse fim, importante lembrar que a noção de supremacia da constituição deve ser entendida conjuntamente com a ideia de poder constituinte do povo, ou seja, de soberania popular, que de forma evolutiva vem a ser a mais moderna das concepções a respeito da lei, em vista de que se trata da formação, por meio do próprio povo, quanto a validade ou não da lei, que por meio de seus representantes exercem tal poder³⁶⁷.

Segundo ponto a ser enfrentando repousa na ideia promanada pelo professor Luís Roberto Barroso a respeito da efetividade das normas constitucionais. De acordo com o festejado professor, as normas constitucionais, assim como a escada poteana, estariam regidas pelos planos normativos: existência, validade e eficácia. No entanto, quanto as normas constitucionais, deveria existir mais um plano: o plano da efetividade, de modo que nesse plano estar-se-ia a fazer aquilo que foi dicotomizado por Kelsen: o dever ser e o ser. De acordo com o professor Barroso, no plano da efetividade as normas constitucionais devem se aproximar cada vez mais do “ser”, perdendo o seu caráter puramente deontológico para ser de fato o que ocorre na vida real. Assim, para o professor, as normas de caráter constitucional possuem efetivamente mais do que validade ou eficácia na realidade subjacente, possuem efetividade, possuem o caráter de adentrar a realidade subjacente, fazendo com que seus preceitos sejam cumpridos, seja na forma de regra ou de princípio³⁶⁸.

Contudo, o professor enfrenta algumas dissonâncias que a crença na efetividade superlativa pode causar, tais como: (i) o reflexo de uma sociedade que é por demais autoritária, seja no que atine a sua previsão positiva ou mesmo em sua realidade subjacente; (ii) e os “limites do realizável”, em vista de que mesmo a norma constitucional demandando determinada premissa, haverá casos (como é o de conflito de princípios que externam direitos de cunho fundamental) que as normas constitucionais deverão ser afastadas, mas não por haver silêncio das normativas constitucionais, e sim por ser o caso de conflito ou de alguma adequação da carta a realidade subjacente.

³⁶⁶ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 98 e seguintes.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 323 e seguintes.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 240 e seguintes.

Destarte, o que há de se entender é que a efetividade das normas constitucionais representa uma quebra de paradigma na história da supremacia do parlamento para a supremacia da norma constitucional; que trata-se de elevar a constituição ao status de norma, demandando assim a sua exigência, podendo pelos cidadãos ser exigida; a colocação, no que toca a uma esfera jurídica-científica de certo “positivismo constitucional”, que eleva a norma ao patamar constitucional, devendo ela possuir efetividade, aplicação direta e imediata a qualquer preceito da vida. Assim, a matéria que é colocada na carta passa a ter um primado de cunho formal e axiológico, demandando, sob uma premissa inteiramente positivista, a regularidade dos outros preceitos que irão surgir, bem como aqueles que já são existentes, à conformidade com a carta magna³⁶⁹. Nesse sentido, também o professor Lenio, criticando as posições axiologistas do direito atualmente, vem sustentando que aplicar a lei da forma de subsunção, no nosso país, representa sim uma evolução, porquanto impregnada dos preceitos constitucionais, não devendo, nesse particular, ser confundido o positivismo exegético com o que se sustenta, porquanto o positivismo exegético nasce quando não se tinha concepção alguma de carta constitucional em um Estado democrático de direito como hoje há.

Terceiro e último preceito a ser aqui sustentado antes de adentrar aos preceitos da constitucionalização é o que chamei de “responsabilidade epistemológica”. A responsabilidade epistemológica é aquilo que o intérprete/aplicador do direito deve ter quando pratica alguma atividade interpretativa, notadamente no que atine a casos chamados difíceis (que não possuem previsão legal). Sabe-se que a epistemologia de fato significa o estudo propriamente do conhecimento, ou seja, de tudo aquilo que compõe aquele determinado conhecimento, sejam seus métodos para delinear se determinado tipo de crença interna será válida ou não, ou mesmo qual seria o conceito daquele conhecimento ou seu objetos (se é que existem conceitos). Quanto ao direito, tem-se de delinear o conceito de direito propriamente dito, de modo a demandar de nós a definição de qual seria o objeto do direito propriamente.

Quanto a este tópico, temos de entender que o intérprete deve possuir uma responsabilidade a respeito do conhecimento que o mesmo promana, assentando e compreendendo tudo aquilo que o sistema externa de fato. Assim, nós temos de pontuar que a carta constitucional, como foi dito nos preceitos precedentes, deve ser o documento, tanto no que atine a sua primazia formal quanto material, que deve irradiar pelo sistema, demandando que qualquer tipo de preceito ou processo hermenêutico passe pela carta. Dessa forma, desde

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 247 e seguintes.

os casos mais fáceis até os casos mais difíceis deve se ter o processo de aplicação e interpretação do direito provindo da carta constitucional. Não se adentrará aqui ao conceito de direito propriamente, em vista de ser conceito análogo, e portanto se colocado em determinados ambientes irá ter igual número de significados. Assim, a restrição temática do trabalho não permite o caminho mais a fundo nessa matéria. Resta somente assentar que o intérprete, quando for promanar qualquer tipo de processo hermenêutico, deve ter responsabilidade quanto ao conteúdo, no nosso caso, jurídico do processo, não podendo ser dito qualquer coisa sobre qualquer coisa³⁷⁰.

Dessa maneira, há de se entender, no que atine ao Brasil, o processo de constitucionalização. Impende ressaltar, antes de adentrar ao mérito da causa, que constitucionalização é, no que se fixou nos tópicos precedentes, como a expressão filosófica da expansão do direito público sob o direito privado, notadamente no que toca aos direitos de cunho fundamental. Dessa forma, também importante ressaltar, que a constitucionalização, seguindo os movimentos mundiais, será retratada nos tópicos que seguem, não devendo ser confundida a matéria com algumas dilações estrangeiras. Portanto, como foi assentado no início do presente capítulo, o conteúdo fático e histórico que será analisado será o brasileiro, pois o preceito de cunho filosófico da constitucionalização que se analisará poderá se mutar de país para país.

Assim, representar-se-á nos próximos capítulos a constitucionalização sob duas feições: a feição formal, sendo nesse particular, quase que um “fato acidental”, que resulta em todo um procedimento reflexivo hermenêutico; e a feição de cunho material, essa sim carregada de preceitos de cunho filosófico, expressando para o direito denominado privado, evoluções expressivas, acabando de uma só vez com o fundamento do direito denominado privado, isso em vista do advento da carta, bem como de sua natureza de norma e preceito máximo do sistema jurídico brasileiro.

³⁷⁰ Assim é o caso do que o professor Lenio Streck coloca em seu trabalho hermenêutica jurídica em crise, que os juristas atuais vivem em uma crise, que de fato externa uma ausência de compreensão, dentro da filosofia, da virada linguística da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, também perpassando pela ausência de compreensão do que seria o positivismo jurídico. No que atine aos próprios juristas, Lenio assenta que esses vivem em um mundo do “senso comum teórico”, em que esses mesmos juristas criam abstração externadas em conceitos que não demonstram absolutamente nada da realidade, ficando presos a essa dimensão por eles criada, sem a concepção do local de formação do respectivo diploma jurídico, isto é, de suas condições intersubjetivas de produção, como se o discurso fosse um fetiche ou houvesse uma fetichização do discurso (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 187).

Antes de qualquer coisa, deve-se entender que a constitucionalização é, na verdade, um conceito bastante expressivo que compõe, como foi assentado, duas gradações: a material e a formal. A formal, é entendida tão só pela colocação de normas que tocam a subsistemas jurídicos antes denominados de privados na constituição, portanto, pode ser entendida como um fato. Já a matéria atinente a constitucionalização material se reflete na colocação da carta constitucional no topo da aplicação e interpretação do direito como aqui já várias vezes noticiado.

Dessa forma, demonstrar-se-á como o direito privado, sob a argumentação de cunho filosófico, perde a sua substância, caindo assim o código civil como monumento regulador de toda a matéria privada, devendo a mesma inclusive mudar de substância: de reguladora de matérias estritamente patrimoniais a matérias de cunho existencial, de modo a modificar os preceitos mais fundantes do direito privado por meio da expansão dos direitos fundamentais a toda a sociedade.

Subjacente a isso, como substrato material do debate, a classificação do direito em público e privado, de fato perde qualquer tipo de fundamento sob a sua premissa de cunho filosófico, demandando de fato uma nova formulação, dado o novo paradigma fundamental.

2.3.2.1.1 a constitucionalização: feição de cunho formal

Pode ser expressada a constitucionalização sob o seu viés formal como a colocação, no âmbito de nossa legislação, quase que acidental, de direitos de cunho legal na carta constitucional, ora, trata-se, como o próprio nome vem a expressar, de um processo formal, porquanto representa tão somente a colocação de matérias de cunho legal na constituição³⁷¹, mesmo não havendo a concepção de colocação da carta como centro do ordenamento, nem das normas constitucionais como efetivas.

Quando do processo constituinte para a formulação da carta de 88, houve, como aqui já noticiado, a emenda constitucional por parte do então presidente José Sarney, convocando uma nova assembleia constituinte a ser instalada no ambiente brasileiro. Nesse caminhar houve a pergunta: haverá a concepção do poder constituinte originário para o

³⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 387

Congresso Nacional ou para uma assembleia exclusiva, formada somente para esse fim? Dito de outro modo, a assembleia constituinte formada para a carta de 88 seria exclusiva ou não? Ora, tratava-se de um embate bastante expressivo, em vista de que colocava a democracia propriamente dita em cheque, uma vez que a delegação do poder constituinte originário para o Congresso Nacional poderia representar um problema, pois os deputados e senadores eleitos o foram sob a guarida da carta anterior, bem como os deputados que compunham essa assembleia poderiam legislar depois da feitura da carta pela aludida assembleia³⁷². (Restando efetivada a assembleia não exclusiva)

Assim, O deputado Flavio Bierrenbach se incomodou com aquela situação, pois não tinha a pretensão de ser um deputado antidemocrático, vez que a decisão da assembleia ser não exclusiva foi tomada de maneira unilateral, ou seja, em reunião somente com os parlamentares da casa. Diante dessa situação, o então deputado federal propôs um projeto de emenda constitucional (nº 43/1985) para que fosse feita uma consulta plebiscitária a população daquela época, para decidir de forma democrática se haveria a transferência do poder constituinte originário ao Congresso Nacional ou a uma assembleia exclusiva, e, se seria possível o exercício dos trabalhos constituintes pelos senadores eleitos em 1982. Contudo, a matéria aposta nessa proposta de emenda constitucional não foi aprovada, e o poder constituinte acabou sendo transferido ao Congresso Nacional pela deliberação dos próprios parlamentares de portas fechadas³⁷³.

Portanto, tendo os parlamentares que elaboraram a carta costume de elaborar diplomas infraconstitucionais, bem como leis extravagantes, e os próprios estatutos aqui já noticiados, os parlamentares deram guarida a normas de caráter infraconstitucional na constituição, isso em vista de dois fatos que estavam ocorrendo à época: (i) primeiro deles foi o fortalecimento, novamente, da bancada social do parlamento brasileiro, de modo a colocar, em razão da grande retirada de direitos fundamentais na época do militarismo, direitos de cunho fundamental das mais variadas gerações, colocando alguns instrumentos que impediam o Estado de retirá-los, ou mesmo que haja a sua retirada em casos bastante específicos e excepcionais³⁷⁴; (ii) segundo fato foi eminentemente prático como aqui já assentado, ou seja, a

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 488

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 488 e seguintes.

³⁷⁴ Isso no caso de estado de sitio ou do estado de defesa que, embora haja a possibilidade de retirada de alguns direitos fundamentais enunciados nos preceptivos constitucionais que o regulam, será necessário o

colocação de parlamentares que efetivamente estavam acostumados a elaboração de textos de cunho infraconstitucional, acarretando assim na elaboração de uma constituição com viés de lei infraconstitucional por seu contingente de matérias que normalmente deveriam estar em diplomas de cunho legal.

Com efeito, a constituição passa a condicionar, de maneira formal, a edição de qualquer tipo de legislação jurídica infraconstitucional, demandando também que haja a devida confluência entre os diplomas e legislações já existentes com a carta, o que, máxime, deve-se dar mais atenção ao então existente código civil, em vista de que era o diploma considerado a “constituição do direito privado”³⁷⁵, que regulava as situações dos privados (patrimoniais em sua grande maioria) apartando o Estado de qualquer tipo de interferência naquela seara. Importa ainda ressaltar que o código civil, bem como a sua colocação como diploma máximo das relações privadas, teve a sua guarida na época do liberalismo, notadamente no século XIX, sendo que não possuiu nenhum correspondente nos sentimentos institucionais posteriores.

Destarte, a matéria relacionada a constitucionalização formal atinente a interpretação/aplicação do direito, notadamente dos ramos denominados privados, passa tão só a afirmar que há, na constituição, direitos que são de natureza privada, devendo as suas conceituações, serem buscadas no diploma constitucional máximo.

2.3.2.1.2 constitucionalização material

A constitucionalização de cunho material cuida de uma complexidade mais expressiva, que envolve vários fatos geradores, assim como vários efeitos. Devemos, portanto, ter em mente que a constitucionalização sob a premissa material deverá levar em conta a duas argumentações: (i) a primeira argumentação será atinente a sua superação de cunho histórico das condições intersubjetivas de produção de conhecimento, isso em vista de que toda a sistemática privada nasce em um ambiente regado pelo liberalismo-individualista-normativista; (ii) a segunda argumentação é aquela filosófica, ou seja, a constitucionalização de cunho material deverá assentar a colocação da carta como início e fim do processo

relatório dos casos em que houvera a supressão dos direitos fundamentais ao final do momento de crise constitucional.

³⁷⁵ DE CICCO, Maria Cristina. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 747, janeiro de 1998, p. 35 e ss.

hermenêutico, isso em vista da força normativa da carta, bem como da efetividade de suas normas, pautada, sobretudo, na supremacia da lei constitucional.

Quanto ao primeiro preceito, há que se assentar, que os códigos civis brasileiros, seja o de 16 – que possui a sua guarida axiológica em uma sociedade brasileira de 1889 como já se demonstrou aqui – seja o de 2002 – que também já se demonstrou ser um código elaborado sob o manto do antigo liberalismo, pautado especificamente em uma ideia de reforma do código de 16 – foram elaborados sob a vigência de outras cartas constitucionais, que prezavam, sobretudo, os ideias sustentadores do liberalismo, cuhados de ideias do absenteísmo do Estado em locais privados, bem como de ausência da garantia de direitos fundamentais *in fine*. Ademais, a carta constitucional não se considerava como sendo um preceito máximo do sistema jurídico, hipótese que reforça o descolamento do código dos tempos atuais e a demanda por uma nova sistemática jurídica, notadamente no que atine a uma nova formulação hierárquica jurídica.

Ademais, as próprias constituições das épocas em que os códigos civis tiveram guarida, eram constituições que representavam, como já se disse, sistemas diferentes, seja no que toca a economia do país, seja no que toca a função do Estado nas relações privadas. Assim, na época de elaboração do código civil de 2002, o liberalismo era o sentimento econômico prevalente, o que era refletido diretamente para o âmbito jurídico, demandando um afastamento do Estado, bem como a formação de um código estritamente patrimonial, e que contivesse todas as regras atinentes as relações entre privados, em vista de dar segurança às relações. Dessa maneira, começa-se a destrinchar o porque do sistema normativista-individualista-liberalista. É normativista, pois demandava do Estado que o diploma que regulasse a atividade privada fosse totalitário, contendo toda e qualquer regulação disposta em algum dispositivo; é liberalista pois a economia da época demandava a ausência do Estado nos locais privados, sustentando que sua presença não era somente incoveniente mas também ilegal; é individualista pois as normas contidas no código regulavam situações de cunho estritamente patrimonial, seja direta ou indiretamente, de modo que as situações ali dispostas perpassassem somente por uma gênese binária, ou seja, resolve-se o problema entre sujeito-objeto (fazendo valer a filosófica da consciência)³⁷⁶.

Dessa forma, sobretudo com a carta de 88, os ideais supratranscritos caem. O liberalismo quando se tem que o capitalismo não deve ser sustentado de forma desenfreada,

³⁷⁶ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P.72.

isso pela inocuidade da própria economia, gerando a sua ineficiência, e da injustiça social promovida pela aludida forma econômica. O normativismo cai por meio da colocação de um sistema sem fronteiras, um sistema que preza pelo real e pelo constitucional, que apõe princípios externadores de objetivos, e como se disse, os preceitos constitucionais passam a ter aplicabilidade direta e imediata, não demandando nenhuma norma de permeio para que a norma constitucional seja concretizada. Deixa-se assim de ter um direito como um santuário de ficções com uma pureza conceitual³⁷⁷. O individualismo cai na medida em que o direito civil, em todos os seus mais expressivos ramos, passa a consignar objetivos que transcendem as partes da relação: no contrato apõe-se as cláusulas que representam normas de cunho dirigente, que não podem ser dispostas pelas partes, ao mesmo tempo que condiciona a eficácia do negócio a sua efetiva função social, ou seja, sai-se daquela colocação do contrato como obrigatório que tinha como efeito em relação a terceiros somente os casos da relatividade do contrato. No campo familiar, deixa-se de ter a família patriarcal e machista, em vista de que o homem deve ser igual em direitos e obrigação de acordo com a carta, por isso, tanto o homem como a mulher, dentro da entidade conjugal, possuem direitos, bem como obrigações iguais. No âmbito da propriedade, direito mais do que privado desde sua concepção, passa-se a condiciona-la ao preenchimento de sua função social, ou seja, há a incursão de uma condicionante extrínseca a relação subjacente, desse modo, a individualidade da sistemática cai por terra.

O segundo ponto pode ser enumerado em algumas superações, umas que provém da antiga doutrina do denominado direito público e outras que provém da antiga doutrina do denominado direito privado: (i) a primeira delas é a superação, no que toca a doutrina constitucional, da necessidade de normas de permeio para que a eficácia das normas constitucionais sejam operadas, ou seja, a eficácia contida e limitada caem por terra. Demandando também a confluência e expansão dos direitos de cunho fundamental; (ii) segunda delas, agora de preceito privado, atine a formulação de uma interpretação sem fronteiras, uma interpretação que traga a interdisciplinariedade do sistema jurídico para que o sistema jurídico seja devidamente interpretado, externando por todo o ordenamento não só o que poderia se dito de normas constitucionais, mas sim a matéria que atine aos direitos de cunho fundamental, que passam a dever ser garantidos não só em face do Estado, mas também nas relações privadas de cada cidadão, fazendo valer assim a supremacia da lei constitucional.

³⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 8.

Primeiro preceito a ser deslindado é bastante simples e possui doutrina bastante expressiva no mesmo sentido³⁷⁸. As normas constitucionais, classicamente, eram classificadas, no que atine a sua eficácia, em eficácia plena, limitada e eficácia contida. Essa classificação já passara por várias mutações, uma delas, famosa por sinal, é a do professor José Afonso da Silva, que de forma bastante sucinta prenuncia que a eficácia das normas constitucionais é formada também em três categorias: (i) eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) eficácia contida e aplicabilidade imediata mas passível de restrição e (iii) de eficácia limitada ou reduzida, em que há a coexistência de normas programáticas e princípios de toda e qualquer finalidade.

As normas denominadas de eficácia plena podem ser consideradas aquelas que são bastante claras e que não necessitam de nenhuma norma de permeio de cunho infraconstitucional para que sejam aplicadas, portanto, tratam-se de normas com textualidade compreensível a ponto de se aplicarem em casos específicos que regulam a sociedade. Já as normas de eficácia limitada ou restritiva são aquelas que necessitam³⁷⁹ de uma norma de permeio para que sejam aplicadas aos casos concretos, o que, de maneira clássica, eram os princípios constitucionais, pois estes preveem ideais e fins públicos, não prevendo textos incisivos a casos concretos, estabelecendo cláusulas gerais. Por isso, sob o paradigma clássico, as normas de eficácia contida eram entendidas como as que necessitavam de alguma norma ordinária para a regulação em casos concretos, como o caso do art. 196 da CFRB de 88. Importante assentar que nesse ponto as normas de eficácia limitada, por mais que necessitem de uma norma regulamentadora, são normas de aplicabilidade imediata, e que, de acordo com o fundamento clássico, são passíveis de restrição. As normas constitucionais de eficácia contida, possuem, no caso concreto, aplicabilidade imediata, contudo, prenunciam ao legislador normativas infraconstitucionais que podem reduzir a sua eficácia ou aplicabilidade.

Portanto, de acordo com os escolásticos José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira, as normas constitucionais, notadamente aquelas que prenunciam princípios na espécie, não possuem aplicabilidade nem eficácia imediata, porquanto a sua estrutura interna não permite a aplicação em uma situação de fato que seja imaginável.

³⁷⁸ AFONSO DA SILVA, Luís Vigílio. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. V tb. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

³⁷⁹ J.H. Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. 1991. P. 317 e seguintes. *Apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.p. 235.

Essa doutrina clássica da eficácia das normas constitucionais foi criticada de forma veemente pelo então filho de José Afonso, Virgílio Afonso da Silva. A crítica se embasava basicamente no entendimento de que não existiriam normas que são absolutas, notadamente aquelas que dizem respeito a direitos de cunho fundamental, porquanto podem, em vários casos concretos, serem sopesadas em face de uma dissonância do sistema, ou seja, de acordo com o autor não existiriam em nenhum momento normas que poderiam ser enunciadas como de eficácia plena³⁸⁰.

Com efeito, o advento da carta de 88 fez com a aludida classificação caísse por terra, cabendo a um dos maiores constitucionalistas da Europa promover a superação anteriormente noticiada. J.J. Gomes Canotilho, em trabalho publicado mesmo antes da carta constitucional de 88, assenta que a constituição deverá ser uma constituição dirigente³⁸¹, que faz vincular todas as instâncias de poder demandando efetivo cumprimento. No Brasil coube ao professor Luís Roberto Barroso instituir a doutrina, que já foi referida nesse trabalho, da efetividade das normas constitucionais, que de forma paradigmática rompe com os rincões das cartas posteriores para fazer valer os textos constitucionais.

Segunda premissa superadora é a colocação do texto constitucional como sendo o fundamento do sistema jurídico brasileiro, de modo que a sua confluência com os demais ramos jurídicos deve-se dar de forma fundante, ou seja, passa-se a promover um controle no que atine aos textos jurídicos que serão emitidos, bem como controlasse aqueles que já existem. Nesse particular, formulasse o que a doutrina convencionou chamar de filtragem constitucional³⁸², que possui a mesma lógica da constitucionalização no que atine a interpretação/aplicação do sistema jurídico como um todo. Dessa maneira, consegue-se identificar dois efeitos da colocação da carta como centro do ordenamento: primeiro deles diz respeito a produção normativa, em vista de que os diplomas que vão sendo publicados posteriores a constituição devem se adequar ao texto constitucional, sob pena, em confluência com o sistema constitucional atual, de serem fulminados pelos novos mecanismos que afirmam a força normativa da constituição; segundo ponto se assenta na demanda por parte dos juristas de interpretação dos velhos diplomas jurídicos então existentes antes da carta e que ainda

³⁸⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional*. São Paulo. MALHEIROS. 2010, 1 ed. p. 326 e seguintes

³⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 107 e seguintes. V tb. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982.

³⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 390.

estarão em vigor, de acordo com o que promana a carta constitucional, o que em suma pode ser reduzido ao que se faz na constitucionalização, um vez que esse processo é justamente a reafirmação da constituição como fonte de qualquer sistemática jurídica daquele país, como início e fim de qualquer processo interpretativo, descabendo o isolamento de um subsetor jurídico o descolando da realidade constitucional.

Quanto a última afirmação do parágrafo anterior cumpre ressaltar episódio que ficara conhecido no âmbito dos EUA como o caso de afirmação do controle de constitucionalidade, em outros termos, o caso que teve a maior repercussão no que atine a força normativa de uma constituição: o caso *Marbury vs. Madison*, que se narrará em linhas gerais.

Ao final de seu governo John Adams, percebendo que não teria chance contra o grande Thomas Jefferson, nomeia vários indivíduos para cargos estratégicos e específicos dentro do judiciário federal com o fito de manter a sua reserva de poder. Dentre os nomeados estaria William Marbury. Com a posse do então presidente Thomas Jefferson este dá a ordem ao secretário de governo James Madison para que seja obstada a posse de todos os nomeados. Marbury, indignado com a posição do então presidente, recorre a suprema corte americana por meio do *write of mandamus* para que, com guarida em uma lei federal que possibilitava a suprema corte conferir mandatos, seja o seu mantido. A suprema corte americana, se debruçando na análise do caso, assentara que a lei aludida, que por conseguinte embasava o pedido do possível agente público, era inconstitucional, e um pedido que se embasava em uma lei que não compacta com a constituição jamais poderia ser procedente, ademais, a concessão de um mandato político por meio de uma medida judicial fere por demais as competências e repartições de cada poder, porquanto não havia essa competência dada a suprema corte na constituição federal.

Dessa forma, pode-se retirar, e há correspondente na carta brasileira, duas pontuações: primeiro, o princípio da supremacia da constituição, afirmando mais uma vez que é da carta constitucional que partem todos os processos hermenêuticos, bem como quando da edição de qualquer diploma legislativo; segundo, e aqui mais voltado para o campo de fato hermenêutico, carregamos ao sistema o princípio, para nortear a interpretação jurídica, da interpretação conforme a constituição, de modo que essa tipologia de interpretação finca o preceito da supremacia da constituição, porquanto, como princípio instrumental, faz com que a volta do julgador pare sempre, seja para a análise de um caso em si, ou mesmo da análise de casos de controle de constitucionalidade, a constituição e seus preceitos, ocasionando muitas

vezes a aplicação da inconstitucionalidade de um tipo de interpretação de um dispositivo ou de uma principiologia infraconstitucional que conflite com a constituição.

Destarte, para que possamos entender a sistemática da carta como sendo o início do ordenamento jurídico, cumpre compreender a textura, na atualidade, das normas constitucionais. Primeira pontuação a ser colocada é a característica de cláusulas abertas na carta constitucional, de modo que estaríamos em um local que a atualização da carta é possibilitada ao intérprete por meio da incursão, na medida que a sociedade vai evoluindo, de novos preceitos fundantes, mantendo incólume, por evidente, a integridade da carta constitucional, bem como de seus fundamentos, promanando o que se denominou na doutrina norte americana de interpretação evolutiva³⁸³.

Pode-se ainda ter a ideia, sob uma análise mais aguda da norma constitucional, daquilo que se denominou como sendo normas de caráter materialmente constitucional e norma de caráter formalmente constitucional. As normas que possuem o seu caráter constitucional de cunho formal o são assim somente em razão de sua previsão topográfica na carta constitucional, ou seja, somente se denominariam essas normas de constitucionais em face de sua previsão legal no texto constitucional, portanto, não se discute o seu sentido, muito menos o seu significado quando houver a sua denominação como constitucional ou não, mas tão somente a sua posição dentro do sistema. Nesse passo, há de se referir as normas de caráter materialmente constitucional, que expressam, nesse particular, os ideais de fato daquilo que constitui uma constituição, notadamente a brasileira.

Deve-se entender, no que atine a carta constitucional, notadamente a brasileira, que há um contingente de normas bastante expressivo naquele texto, no entanto, dois caracteres característicos se destacam desses texto: um deles é a previsão de uma organização do Estado, bem como a sua delimitação de competências na vida de cada pessoa; o segundo caractere é a sua previsão de normas que definem direitos de cunho fundamental das mais variadas ordens, demandando do intérprete uma sobrevalorização das mesmas, mesmo que haja o entendimento que entre as normas constitucionais não haja a hierarquia há a necessidade de

³⁸³ David A. Strauss. *Common Law constitutional interpretation*, University of Chicago Law Review, 63:877 e 879,1996; Cass Sustein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, 1999. P. 70. *Apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.p. 305.

afixar que o ser humano, pós segunda guerra mundial, passa a ser a finalidade de todo e qualquer ordenamento jurídico³⁸⁴.

Por fim, além da dimensão da carta no que atine a sua supremacia material e formal, como já reiterado nesse trabalho, há de se ter em mente que a carta também possui o caráter, assim como promana o professor Barroso, de limiar entre fato jurídico e fato político, de modo que essa ligação bastante tênue passa a dar a carta uma dimensão bastante importante, isso em vista de que a separação concreta e universal ao mesmo tempo entre direito e política muitas vezes não ficará clara dentro da carta, e por isso a sua importância no mundo político e jurídico, porquanto irá regradar os momentos entre o poder constituinte e o poder constituído, dando ao intérprete (diga-se de passagem dentro de seu limiar semântico) o poder de limitar ou alargar o debate quando assim for o caso³⁸⁵.

Portanto, como ficou aqui convencionado, o advento da carta constitucional de 88, bem como a sua carga axiológica bastante expressiva, faz com que todos os preceitos jurídicos até então existentes, bem com as legislações que se mantiveram, passem por uma “rearrumação” para que coadunem com os preceitos da carta. Assim, a classificação de direito público e privado, em razão de ter sido desenvolvida em épocas do liberalismo, em que a produção de normas se voltava para um liberalismo-individualista-normativista do direito, passa a perder força, porquanto se pauta em um direito que demandava do Estado a sua abstenção em face dos cidadãos, não devendo de forma alguma adentrar aos espaços denominados privados, contudo, como aqui já foi afirmado mais de uma vez, a sistemática privada, bem como a própria classificação do direito em privado e público atual, não se coadunam com os preceitos da carta constitucional atual, isso é evidente em vários dos pontos da sustentação do ordenamento jurídico civil.

Pode-se assentar que o direito civil atual, contido no código civil, e sustentado na classificação do direito em público e privado, veio, como neste trabalho sustentado, de inspirações provenientes da revolução francesa, assentadas no iluminismo como aqui já delineado, em que a matéria resume o ordenamento no sujeito como categoria, de modo que esse sujeito emanava no sistema jurídico direitos de cunho subjetivo, o que representaria a incursão do sujeito na realidade jurídica. Desse modo, o sujeito estaria no ordenamento a partir

³⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 272 e seguintes.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.p. 222.

do momento em que se objetivasse tais direitos subjetivos debruçados em categorias jurídicas. Assim, o próprio indivíduo passou a ser entendido como sendo um atributo do sistema jurídico, porquanto necessitava do correspondente direto objetivo para que tenha incursão no ordenamento jurídico³⁸⁶.

Nosso sistema civil é criado em cima de uma sistema que demandava e almejava a segurança, ou seja, a segurança do próprio sistema jurídico, em que as normas deveriam ser delimitadas e pertencentes a um ordenamento interno que pudesse se retroalimentar (inspiração forte do liberalismo promanado na França). Dessa forma, adota-se, no Brasil, quanto ao seu direito privado, o que se convencionou chamar de lei civil e de lei pública, que faz distanciar de forma abissal os interesses particulares dos interesse público, apartando também os seus mundos³⁸⁷. Isso é a evidência axiológica de que o novo sistema jurídico, capitaneado pela carta magna de 88, não recepcionou absolutamente nenhum dos preceitos reitores do sistema civil atual, notadamente a sua clássica “partição” do sistema como sendo o direito dos privados em face do Estado. Ainda impende ressaltar que a sistemática que fundou tal classificação não vem de encontro com os ideias sustentados pela constituição, isso em vista de que o sistema civil, “binarizado” pelo direito subjetivo e objetivo, foi criado com a finalidade no sujeito bastado na perpetuidade³⁸⁸, bastado em seu “ter” e não em seu “ser”, em sua dignidade, o que faz com que haja o entendimento que o sistema civil está sepultado a morte em face da carta constitucional.

Assim, a classificação do direito privado e público, tanto pelo seu local de criação (viés formal) como por seus conteúdos semânticos (viés material) está descolada dos ideais constitucionais atuais, demandando uma releitura em face da constituição, expandindo os ideias ali colocados e modificando de fato a classificação aqui contrastada.

Importante salientar por fim, que a análise de sistemas de forma singular, por princípios específicos que fazem por concluir em determinados contingentes legais bastante similares, é uma dificuldade semântica que se pode ter do sistema, porquanto a sua conclusão

³⁸⁶ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: *Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P.93.

³⁸⁷ TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de direito civil, imobiliário Agrário e Empresarial. São Paulo, a. 17, nº 65, p. 21-22, jul./set., 1993.

³⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *O direito civil exilado*. Revista de Estudos Jurídicos. Curitiba. v. 3, nº 1, p. 115-116, ago., 1996.

não uniforme a respeito de uma mesma coisa poderia ter algumas dissonância práticas na medida em que conceitua uma coisa de duas formas³⁸⁹.

Com efeito, o advento da carta de 88 fez com que o direito privado se modificasse em várias de suas acepções, de modo a passar de uma *ratio essendi* delimitada tão só no asseguramento de um sistema e a estabilidade normativa, para nos tempos que correm, se assentar em objetivos de cunho econômico e social que o Estado deve cumprir em consonância com a carta magna, evidenciando assim o tão prometido Estado democrático de direito.³⁹⁰

Nesse sentido, o direito, o advento da carta de 88, denominada pelo seu idealizador de “a carta cidadã”, expande ao sistema civil os seus preceitos de forma assente, modificando as suas principais partições que compõe o seu substrato interno (contrato, família e propriedade). Assim, o direito civil, antes denominado de direito privado, passa a se submeter aos direitos fundamentais contidos na carta constitucional – antes essa denominada de direito público. Esse processo – que se convencionou na doutrina chamar de constitucionalização previamente transcrito – quando ocorrido no sistema civil faz nascer alguns efeitos práticos dentro do direito civil, que são a descodificação, a despatrimonialização, e a repersonalização, tudo isso em vista de que o sistema civil deve submissão ao sistema constitucional, notadamente aos direito de cunho fundamental.

Destarte, como delineado nesse trabalho, a legislação civil, em razão de existir antes desse sentimento constitucional, deve ser filtrada por meio da leitura de seus dispositivos, fazendo com que o processo hermenêutico se modifique de forma assente, demandando também, agora por parte dos legisladores, a edição de novas normas de caráter civil que atendam aos preceitos que serão explicitados a seguir, que como já se disse, compõe o substrato material da constitucionalização no que atine aos seus efeitos.

2.3.2.1.2.1 a descodificação

O preceito da descodificação, seguindo a ideia de efeitos da constitucionalização material como supramencionado, não decorre exclusivamente deste, uma

³⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P.12 e seguintes.

³⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p.13 e seguintes.

vez que se trata de um fenômeno que teve fato gerador específico mais assentado em demandas sociais do que diretamente da constituição em sua feição expansionista. Portanto, importa salientar, que o preceito que se esmiuçar aqui provém de uma questão mais pragmática-histórica do que propriamente filosófica, fazendo a constituição, quando de seu advento em 1988, fincar o sentimento que se incia com as demandas sociais aqui já colocadas.

A descodificação é nada mais do que a retirada de uma seara jurídica de uma compilação de preceptivos legais contidas em um documento, em outros termos, retira-se de um documento monumental e totalitário, o monopólio de reger aquele determinado sistema jurídico, o que de fato ocorreu, em razão dos fundamentos que se delinearam nesse tópico, com o código civil brasileiro.

Antes de adentrar ao mérito propriamente, cumpre assentar, assim como faz o professor Pietro Pierlingieri³⁹¹, que a descodificação não significa, como alguns poderiam pensar, em uma ausência de unificação do sistema jurídico, nesse caso, o civil. Mas um deslocamento dessa unificação do âmbito documental para o âmbito hermenêutico, ou seja, passa-se a responsabilidade por unificar o sistema ao intérprete, de modo a fazer a sua devida colocação com a carta magna, levando em conta os direitos fundamentais que iniciam e terminam o sistema jurídico brasileiro como um todo.

No que atine a descodificação propriamente dita, como já referido nesse trabalho, trata-se de uma fenômeno que decorre pelo menos de dois fatores fundamentais: (i) primeiro deles diz respeito aos movimentos sociais, de modo que a sociedade, inquieta em face do próprio código civil não dar guarida a determinadas situações, demanda que o Estado traga regulação para alguns setores; (ii) segundo ponto pode ser entendido como o movimento operacionalizador a fincar os pontos elencados na primeira pontuação, isso por meio dos preceitos constitucionais calcados na carta de 88, que retiraram de fato do código civil a sua unidade documental-monumental, fazendo com que haja a sua perda de forma simbólica de unidade documental, o que, máxime, não deve ser entendido como ausência de unidade, uma vez que a carta, juntamente com seus direitos de cunho fundamental, deve representar a unidade axiológica fundante do sistema (axiológica não no sentido de valores mas de cunho material).

Quanto ao primeiro ponto supra delineado cumpre assentar algumas considerações. Como aqui já contado, a história privada brasileira, partindo de uma origem

³⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. P. 5 e 6.

portuguesa, acaba por colocar no sistema civil (tarde é verdade) uma codificação civil nacional, mas essa codificação viera – em 1916 – com as mesmas vicissitudes que o século XIX já havia levado a Europa. Dessa forma, a população começa a demandar, logo após a aprovação da primeira codificação civil brasileira, determinadas regulações que já estavam em voga na sociedade do século XX. Contudo, a aprovação da primeira codificação brasileira foi empregnada dos “mandos e desmandos” das elites dominantes como já referido várias vezes nesse trabalho, portanto, a modernização do direito civil nacional por meio da já ultrapassada codificação do século XIX era conveniente às elites dominantes da época, servindo aos elementos volitivos de ambas essas elites. No entanto, logo após a codificação de 1916 houve, como aqui já referido, movimentos, notadamente no que atine a relação de emprego, para que haja a tutela dos direitos relacionados a essa relação, isso em vista da precariedade da relação que deixava o empregado jogado a vontade do seu empregador, inclusive no que atine ao seu voto como aqui noticiado, porquanto tratava-se de relação regulada por uma relação de locação de mão de obra como aqui já também referenciado.

Tudo isso, como aqui já dito, não era ignorado pelos indivíduos codificadores, porquanto conheciam de forma substancial a legislação comparada que já dava guarida ao direito do trabalho como uma matéria social, questão que foi inclusive demandada por alguns parlamentares como aqui já dito mas sem efeito³⁹². Essas pontuações superadoras fazem desaguar em algumas digressões teóricas, de modo que se pode concluir que o fenômeno aqui noticiado possui uma guarida de cunho histórico, demandando do jurista uma compreensão antropológica que se expandiu para o direito, fazendo valer, por exemplo, a ideia de força jurídica dos fatos elaborada pelo eminente professor Fachin³⁹³.

Com a demanda pela regulação de subsectores antes não pensados pelos codificadores, foram sendo editados diplomas extravagantes, formando assim um verdadeiro contingente legal, de modo que nos anos 30³⁹⁴ tínhamos um verdadeiro conglomerado de leis extracodificadas, com a previsão dos aqui já nomeados estatutos³⁹⁵, formando uma era específica no direito civil brasileiro. Portanto, em razão da emergência social, passa-se a dar

³⁹² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). P.32 e seguintes.

³⁹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 283.

³⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P. 5.

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. p. 8.

guardada aos multifacetados setores demandados³⁹⁶, fazendo com que o campo hemenêutico se modificasse amiúde, porquanto a interpretação não partia mais do código, mas dos microsistemas formulados³⁹⁷, mantendo, no entanto, a aplicação de forma residual do código civil, que podia ser, nesse particular, excluído quando conflitasse de forma assente com o subsistema que se formara, ou até mesmo com a carta como se falará mais à frente.

Destarte, a modificação constante da descodificação, não possui guardada somente no advento da carta com já se disse, mas trata-se de um “golpe” que a realidade social da no direito, em vista de que a sua pretensão de clausura, envolvida em um formalismo exarcebado, faz com que o sistema entre em colapso, notadamente um sistema criado no âmbito de um Estado em sua estrutura seminal, que prezava por um sistema de abstenção. Assim, o sistema civil ficara cada vez mais decolado da sociedade atual, isso em vista dessa duas condicionantes.

Ademais, não se pode analisar – nem aplicar – o direito civil descolado da realidade, isso em vista de que trata-se de uma ciência social, e assenta-se que ciência social que se pretende debruçar em um texto normativo como sua certidão de óbito não pode ser então uma ciência crítica, mas uma verdadeira ciência exata, o que sabe-se que seria impossível em direito.

Dessa forma, na esteira do que afirma o professor Perlingieri, o direito se forma por um conjunto de princípio e regras que se assentam em um ordenamento determinado a coexistir com o fenômeno social, de modo que a composição completa – de princípios e regras – fazem por estabelecer um sistema regrado e ordenado, resultando assim, como já se disse, em um “ordenamento” jurídico. Assim, essa “realidade normativa”, constante do mundo jurídico, deve observar de forma conservadora a realidade social, o que implica afirmar que uma mudança na realidade social deverá, só por só, resultar na mudança da realidade normativa, se assim não for a realidade normativa estaria condenada a criar um movimento anárquico no sistema jurídico, porquanto faria com que os cidadãos demandassem cada vez mais do Estado

³⁹⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P. 15 e 16.

³⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (e seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)*. In. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 306, p. 77 abr-ju. 1989. *Apud.* RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998. P. 8.

ficando este último inerte em razão da pretensa “realidade normativa” descolada da realidade³⁹⁸. A formação de um sistema de direito apartado da realidade social remonta a ideia de chamada “teoria geral do direito civil”, que coloca o direito, notadamente o direito civil, como uma ciência que se pauta e se termina em regras, fazendo com que a ciência jurídica seja uma ciência a-crítica, que terminava em conceitos já formados e sepultados em dispositivos legais³⁹⁹, o que efetivamente deve ser entendido como superado na ordem jurídica atual.

Portanto, há uma penumbra jurídica no que concerne ao direito civil contemporâneo, porquanto, na linha do que diz o nosso eminente professor Fachin, há o entendimento de que há um “direito civil exilado”, pois este foi formulado em tempos que não se vê atualmente, ou seja, a formação do estatuto privado, regulador de situação interprivadas inspiradas no século XIX da Europa e contextualizado de acordo com o local brasileiro, não se basta para a realidade social, nem mesmo se coadunando com as conquistas sociais contidas na carta constitucional dos tempos que correm.

Assim, o direito civil contemporâneo não pode se submeter aos mandados dogmáticos contidos nos textos jurídicos monumentais de forma a-crítica como já se disse, porquanto podemos cair no que se pode chamar de “virtualidade do sistema conglomerado”. O professor Fachin expõe, de forma magistral e poética como sempre foi, uma passagem que bem representa o que aqui quer se demonstra. Diz o professor:

“Precisão e rigor não se confundem, necessariamente, no trato dos signos e conceitos jurídicos, com formalismo excessivo e despropositado. É certo que o saber jurídico que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo. Daí porque o tradicional se opõe ao contemporâneo, mas este não pode nem deve negligenciar o clássico. A crítica ao Direito Civil, sob essa visão, deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, na explicitação dos limites e possibilidades que emergem da indistigável crise do Direito Privado. É uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas, uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver⁴⁰⁰.”

Desse modo, o direito civil passa a demandar do intérprete e do instituidor da lei, uma releitura dos estatutos fundamentais do próprio direito civil, confluenciando não só a

³⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. P. 1 e 2.

³⁹⁹ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A importância de uma teoria (geral) do direito civil*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 155.

⁴⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 6.

interpenetração da sociedade, mas também a interpenetração da carta da república, uma vez que representa, de forma bastante simbólica na história brasileira, uma envergadura de conquistas fundamentais da sociedade brasileira.

Em síntese, a descodificação pontua que o sistema civil, pautado em um documento fundamental, não pode ser regulado por um sistema imutável, porquanto, de acordo com a pontuação promovida pelo professor Perlingieri, não há como existir uma realidade normativa que está descolada da realidade social. Portanto, a descodificação é o fenômeno promotor da queda de um código regulador de uma “sociedade fundamental”, que não se movimenta no tempo, e que acaba por estatizar em estamentos a sociedade subjacente a esse sistema, de modo que este fenômeno não foi criado, mas ocorreu, precisamente, no que atine a sociedade brasileira, entre a edição da chamada “legislação de emergência”, que foi o momento em que os movimentos sociais ascenderam e começaram a demandar a regulação de setores não agasalhados pela legislação brasileira, e no momento em que houve o advento da chamada “era dos estatutos”, em que o código civil perde de fato a sua concepção de “constituição do direito privado” também em face da evolução da sociedade, acabando com o monopólio do código civil da regulação das relações entre privados. Assim, assenta-se que a descodificação deve ser entendida como sendo um fato histórico decorrente de uma idealização errônea de “sistema matemático totalizante” que o positivismo tentou implementar, acreditando que a sociedade poderia ser prevista em letras frias e que poderíamos dar respostas antes das perguntas.

2.3.2.1.2.2 a despatrimonialização

Esse preceito pode ser delimitado como sendo o local em que se reconheceu do direito civil como sendo um local apartado da realidade social, bem como das conquistas sociais contidas na carta magna, que como já se disse, passa a proscrever um novo paradigma conceitual da sociedade.

Como ficara assentado no capítulo primeiro desse estudo, a codificação civil é fruto do século XIX da sociedade, que sabe-se foi um momento do mundo bastante superador em vários de seus sentidos, seja no que atine a certeza do direito, seja no que atine ao imperialismo do Estado em adentrar a esferas privadas. Assim, os dois quesitos que embasaram a codificação, notadamente a francesa – que máxime, foi nossa inspiração –foi a promoção de limites aos poderes do Estado pela delimitação de locais privados, e a certeza do direito,

apartando-o da religião como já havia proscrito escola ibérica do direito natural, apondo os seus cânones em leis positivas, impossibilitando que o voluntarismo, bastante assentado naquela época, seja primado⁴⁰¹.

Nesse decorrer, como aqui já afirmado, tanto na França como no Brasil, a seara privada, capitaneada pelo código civil, serviu para que os particulares tenham o seu âmbito de negócio preservado, podendo dessa forma promover a sua negociação de forma mais tranquila, bem como manter as suas propriedades sem a intervenção do Estado de nenhuma forma. Isso evidenciava um sistema de caráter patrimonial, que dava a atenção e primava àqueles que possuíam patrimônio, deixando à margem das relações patrimoniais os indivíduos que não possuíam riquezas.

Contudo, aqui há de fazer um recorte. A modernidade Francesa decorreu da doutrina do iluminismo, que como já se disse é um buraco negro, que colocado qualquer questão de cunho crítico se tornaria o iluminismo, prezando por interesses burgueses que juntos com o terceiro estado da época tomaram o poder do alto clero. A burguesia pois não queria pagar tributos e o terceiro estado não queria ser objurgado mais do que já era durante toda a sua vida institucional. Assim, houve o advento do moderno código napoleônico de 1804, regulando os processos privados naquele país. No ambiente brasileiro a história foi um pouco diferente, embora o resultado – formação de um sistema privado de caráter exclusivamente patrimonial – seja o mesmo em ambos os países.

No Brasil nós tínhamos um país – que pode ser encontrado nos mesmos rincões nos dias atuais – que era dominado por elites como aqui já reiterado, de modo que o código civil foi o projeto não de um rompimento de paradigma, mas de uma demanda cada vez maior por um documento legislativo que pudesse abarcar as situações não previstas, e que se alinhasse aos cânones brasileiros, tendo em vista que o diploma civil até aquela época vigente possuía naturalidade portuguesa.

Destarte, preliminarmente, o que deve ficar devidamente entendido, é que a formação do código civil de 16 no ambiente brasileiro importou para o Brasil as inspirações da dita “modernidade” do século XIX europeia, isso mesmo já ultrapassada na Europa os cânones desse século, marcando o positivismo exegético como aqui já noticiado. No entanto, o nosso positivismo foi meramente conveniente, isso em vista de que o sentido da formação do código

⁴⁰¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 14.

civil brasileiro de 16 foi a promoção da segurança das relações jurídicas privadas – sobretudo patrimoniais – da sociedade brasileira, mas essas relações somente eram travadas (por mais óbvio que seja) entre indivíduos que possuíam patrimônio, ora, quem não era abastado de riquezas não poderia adentrar a um sistema patrimonial.

Ainda nesse sistema, podemos elencar mais uma característica: a terminação das relações jurídicas, assim como na pandectista alemã proveniente da escola histórica do direito alemão, em conceitos positivos⁴⁰². Ora, para a sistemática civil da época de 16 na sociedade brasileira, bastaria que aquela relação jurídica estivesse terminada em um conceito positivo que seria possível que houvesse a sua relevância no sistema civil, e sendo o sistema civil brasileiro de 16, arraigado pela carta de 1891, prezado por uma relação de patrimonialidade, a relação jurídica somente teria relevância para o direito civil se patrimonial fosse⁴⁰³, em outros termos, não se poderia imaginar uma relação civil em que o fundo da questão não fosse patrimonial, seja ela no âmbito do direito familiar, contratual ou de apropriação. Isso resulta em um sistema que pode ser delineado em suma sobre um tripé fundante do sistema privado primitivo, sustentado por: (i) sistema de cunho normativista positivo, em que não há nenhuma relação se esta não está positivada em lei; (ii) não existe relação relevante para o direito civil que não tenha sulpedâneo em patrimônio, mesmo as que assim, primitivamente, não o sejam; (iii) no que atine especificamente ao ambiente brasileiro, deve-se entender que o sistema brasileiro prezou, na formação de seu sistema privado, por excluir as pessoas que não possuíam riquezas, é só lembrarmos do projeto de codificação brasileiro promovido por Teixeira de Freitas, (aqui já assentado) em que uma das motivação da promoção de sua despedida pelo parlamento brasileiro foi a não capitulação de uma matéria do código para os escravos, regulando-os como coisas. Portanto, trata-se de uma conveniência, uma vez que a classe superior, formada pelas elites ruralista e pela classe política por eles colocadas naquele local, estavam sempre na busca de excluir as classes mais pobres das relações civis. Essa concepção, fundada em um sistema civil eminentemente patrimonial, tem o seu termo com o advento da carta de 88, o que se passa a demonstrar com a explicitação do instituto que da nome ao presente tópico.

Assentadas as premissas características do sistema privado brasileiro anterior, especificamente no que concerne ao sistema patrimonial e a sua relação de fundo, passa-se agora a demonstrar como há a queda dessas premissa com o advento da carta de 88.

⁴⁰² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 138.

⁴⁰³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 93 e seguintes.

O tema do presente tópico entra em cena nesse exato momento, isso em vista de que foi com a carta de 88, firmando a posição de várias tipologias de direitos fundamentais, que passamos a expansão dos direitos fundamentais cujo sujeito passivo não seria somente o Estado, mas também o particular em suas relações, evidenciando dessa maneira a expansão aqui sustentada dos direitos de cunho fundamental inclusive para a seara privada. A despatrimonialização, portanto, é a queda da concepção de que o direito denominado privado deve dar guarida somente aos preceitos patrimonializados, de modo a dar relevância, com a carta de 88, aos direitos de cunho extrapatrimonial. De acordo com o escorço histórico que aqui foi delineado pode-se ter em mente que esse fenômeno começa já com a edição dos famigerados “estatutos”, isso em vista de que ali tínhamos a colocação de alguns objetivos aos subsistemas criados, contudo, o que aqui quer se dar notícia debruça no advento da carta da república brasileira de 88 e a sua preocupação em buscar – de forma atrasada é claro – os direitos prometidos na modernidade, elencados como os direitos fundamentais individuais, os sociais, e agora, de forma seminal, os direitos difusos e coletivos. Portanto, deve-se entender que a carta, bem como o processo até a sua chegada, representaram o fim de um processo que já iniciara a tempos, mas que não perdera a sua importância efetiva, sendo a carta a certidão de nascimento oficial desse processo, que ao mesmo tempo – na realidade – representava a certidão de óbito e a de nascimento, isso pois a partir dali se iniciaria uma luta na efetivação desses direitos, fazendo com que a depatrimonialização fosse somente algo de cunho virtual, formal.

Nesse sentido, passa-se a falar, com respaldo do nosso sistema civil, dos preceitos que possuem caráter extrapatrimonial que foram incorporados ao direitos civil privatista – evidente que não todos eles –, representando a superação que aqui se da notícia com a constitucionalização do direito civil, perpassando por três locais fundantes do direito civil clássico: (i) o contrato; (ii) a família; (iii) e as titularidades⁴⁰⁴.

Quanto ao primeiro preceito, representante ferrenho da transferência de riquezas na esfera denominada privada, temos o contrato. De acordo com a primitiva ideia de contrato, assentada no preceito do *pacta sunt servanda*, os contratos deveriam, além de tutelar aqueles que possuíam patrimônio para transferir, prezar pelos pactos ali celebrados. Isso era evidentemente assentado. Ora, os indivíduos que celebravam contratos, pelo que estava previsto na lei, eram entendidos como iguais, então, qual seria a dificuldade, em vista de que os pactos

⁴⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 157.

eram feitos de forma paritária entre indivíduos iguais (virtualmente), da inércia do Estado nessas ambiências?

Essa primeira leva do direito contratual brasileiro está caracterizada, de acordo com o professor Fabio Ulhoa, como sendo liberal⁴⁰⁵, ou seja, o Estado, considerando a previsão positiva de igualdade virtual dos indivíduos nas relações contratuais, não intervia na mesma, considerando o mandado máximo de igualdade formal. Contudo, a expansão da sociedade e a socialização do poder aquisitivo, formou uma classe média mais forte, retirando pessoas da pobreza e as inserindo na sociedade de consumo, o que resultou em uma demanda bastante extensa por produtos e serviços, o que a indústria não estava acostumada à época, dada a sua mão de obra manufaturada. Assim, surge, com a revolução industrial, a produção em massa respondendo ao consumo de mesma ordem, de modo que, conjugando o acesso aos contratos de pessoas menos abastadas, e a massificação da produção, o Estado percebe que não pode manter a sua inércia prática dentro do sistema denominado privado, isso em vista de que a igualdade virtual realmente não representava a realidade, ora, uma multinacional jamais poderia ser considerada em igual condição com o indivíduo “A” metalúrgico de Campinas/SP.

Assim, o direito contratual passa para a fase denominada pelo professor Ulhoa de “neoliberal”, em que os indivíduos partes da relação contratual são contextualizados, isso para o Estado controlar de fato se há igualdade na relação, devendo, em caso negativo, promover uma tutela diversificada à parte desamparada, assim como ocorre com as relações de consumo. Portanto, trata-se de uma análise por parte do Estado de forma mais incutida na relação jurídica, que embora entre pessoas privadas, devem as mesmas se submeter aos direitos fundamentais promanados pela carta da república. Ainda no Estado neoliberal, que põe freio ao sistema capitalista de forma perene, há o advento de novas funções estatais, isso com o fito de prover algumas situações de pessoas que de fato são vistas como desamparadas na relação subjacente. Houve também, com a passagem por esta fase nas relações contratuais, a colocação do Estado como um “organizador da economia”, pois com vários ensinamentos da economia moderna⁴⁰⁶ houve a demonstração de que o Estado ajuda na formação de um mercado mais forte e concorrente, tendo com isso um grande desenvolvimento social e econômico, evitando

⁴⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 3: direito de empresa. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 23.

⁴⁰⁶ Keynes, por exemplo, revoluciona a atuação do Estado em relações privadas, que antes poderiam ser vistas como sendo odiosas, assentando, entre outras coisas, que o Estado ajuda o mercado impedindo com que um *player* muito poderoso tome foros de imperial dentro do sistema promovendo uma verdadeira canibalização daquele mercado.

também a ruína em massa das empresas como acontecera na grande depressão de 29 em grande parte do mundo.

No entanto, para a finalidade do fenômeno aqui noticiado temos que nos ater a colocação e o entendimento por parte do Estado de que os indivíduos não são iguais de forma material, mas tão só de forma virtual, ocasionando em muitos casos, desigualdades perenes de negociação. Portanto, trata-se da percepção na contextualização contratual, de que a igualdade não era de fato real mas sim virtual. Importante salientar, que além da contextualização dos próprios indivíduos, evidenciando a sua desigualdade de fato, o Estado também passa a contextualizar a relação, ou seja, a relação jurídica, além de ter os indivíduos a necessidade de igualdade material, deverá ser contextualizada, trata-se do primado da justiça distributiva, isso em vista de que a própria relação deverá, nesse particular, ser contextualizada com o momento de sua pactuação e execução.

Dito de outro modo: a relação jurídica deverá ser dualizada entre o momento da pactuação e a sua execução, de modo que as condições em que o contrato foi pactuado deverão ser mantidas na execução do contrato sob pena de o magistrado, depois de oportunizar as partes a mutação das condições, amoldando o negócio ao seu momento de execução, extinguir o negócio pela famigerada onerosidade excessiva. Contudo, a efetiva mutação das condições ficarão condicionadas a pactuação do negócio sem a previsão das condicionantes que foram modificadas, ou seja, os caracteres que se modificaram devem ser imprevisíveis quando da celebração do negócio. Dessa maneira, ainda de acordo com o professor Ulhoa, passa-se ao que se vive atualmente, qual seja, o modelo reliberalizante, que possui basicamente as características acima aludidas⁴⁰⁷.

Assim, o contrato, com o advento da carta da república, muda de feição, isso em vista da demanda perene da carta, que representa as conquistas sociais brasileiras, de uma tutela diferenciada aos indivíduos que estão efetivamente em situação de desigualdade no contrato, fazendo nascer assim a igualdade material, e a justiça distributiva em lugar da igualdade formal e da justiça comutativa⁴⁰⁸.

No que atine as relações familiares temos complexidades de grande projeção, algumas que ainda não se resolveram no presente momento, e outras, graças a grande promoção

⁴⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 3: direito de empresa. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 23.

⁴⁰⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 190 e seguintes.

da doutrina, se tornaram “normais” no dia a dia do foro, o que, máxime, já deveria ter sido dessa maneira desde 1988.

Primeiramente é de se ter em mente que as relações familiares compõe um conglomerado bastante expressivo de questões, hipótese que impede a sua análise detida por esse trabalho em vista de sua restrição semântica. Contudo, falar-se-á somente da família propriamente, ou, como melhor o sistema constitucional orienta, famílias. Sabe-se que no ordenamento jurídico anterior, representado nessa feita pelo código civil de 16 e suas inspirações, a família brasileira era a patriarcal, que guardava pelo menos três características principais: (i) a desigualdade entre os cônjuges; (ii) desigualdade entre filhos provindos de vínculos consaguíneos e não; (iii) a terminação da relação com primazia no patrimônio.

Quanto a primeira característica, de forma bastante sucinta, a mulher era tratada de forma bastante desidiosa, isso em vista de que, sozinha, não possuía capacidade, perfazendo somente a sua capacidade quando do advento do Estatuto da mulher casada. Portanto, somente quando a mulher fosse casada esta teria a sua capacidade relativa na espécie. Com a carta constitucional de 88, de acordo com seu preceito contido no art. 5º, I, passou a mulher, sobretudo na esfera do casamento, a ter a referida igualdade de forma prospectiva, isso se expandindo para toda e qualquer relação entre o homem e a mulher, de modo que isso foi reproduzido de forma ampliativa para o código civil de 2002.

No que atine a segunda proposição, temos os filhos que são provindos de relações de consanguinidade e aqueles que são de vínculos ditos “civis”, ou como gosto de chamar “administrativos”, representados pelos filhos que provém da adoção. Essa igualdade decorreu diretamente da constituição federal, tanto no que atine a disposição positiva (art. 227, § 6) como também no que atine a dignidade e igualdade, uma vez que o filho que provinha dos vínculos civis está na mesma situação de fato que o filho consanguíneo, não podendo ser diferenciado nos demais efeitos consecutórios da relação de pais e filhos. Portanto, por esse preceito constitucional de cunho duplo, houve a devida constitucionalização do sistema.

Por fim, temos a concepção do patrimônio como fundamento do sistema inclusive de família, fazendo com que a estrutura familiar seja entendida como sendo uma estrutura patrimonial nos termos do sistema anterior. Para evidenciar isso traz-se a colocação a súmula de número 380 do Supremo Tribunal Federal. Diz o verbete da alta corte: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” Portanto, como se pode aferir, o STF, reproduzindo a ideia que se tinha à época em que o código de 16 estava em vigor, entendia que

a relação entre pessoas que não eram casadas – entendimento que representava a chamada “relação espúria” da época – se fosse comprovada que a relação era propriamente efetiva, haveria a necessidade de se dar tratamento similar a de uma sociedade de fato, ou seja, aquela sociedade tratada no código que possuía o seu contrato social ou estatuto, mas que não havia depositado o mesmo na junta comercial. Nesse sentido, o relação viraria uma relação eminentemente patrimonial, ora, não fazia sentido se havia ou não o sentido de comunhão de vida entre as pessoas, mas tão só quanto ao seu patrimônio. O novo sistema constitucional trata de espantar a família patriarcal com todas essas suas vicissitudes e sua terminação patrimonial para primar pela dignidade e realização de vida das pessoas, fazendo por nascer a chamada família eudaimonista⁴⁰⁹, que entre muitas coisas, preza pela felicidade das pessoas na relação, e não somente em sua relação de cunho patrimonial. Dessa forma, passa-se de uma família de cunho patriarcal para uma família de cunho eudaimonista, isso prezando pelos direitos extrapatrimoniais dos indivíduos da relação, dando a eles a sua devida dignidade, expungindo o tratamento patrimonial da instituição que é o casamento.

No última premissa aqui veiculada temos a propriedade, ou melhor dizendo, o direito das coisas. Para essa questão trago a colocação tão somente a inserção, para que haja a utilização do direito de propriedade de forma justa, da função social da propriedade. A propriedade pelos preceitos fixados na chamada “modernidade” do direito do século XIX, era entendida como o suprassumo dos direitos, não podendo o Estado ali adentrar de nenhuma forma. A propriedade, por representar o patrimônio de forma primeira, tem em seus aspectos intrínsecos semânticos a ideia, só por só, patrimonial, ora, a propriedade é consectário do próprio patrimônio em si.

Contudo, a sua utilização se dava de forma desenfreada, lesando inclusive direito de terceiros com o seu uso. Com o advento da carta da república condiciona-se o uso da propriedade a duas premissas: (i) a existência da função social da propriedade; (ii) o exercício dos direitos constantes da propriedade de forma normal⁴¹⁰.

Quanto ao primeiro preceito entende-se que é uma forma do Estado intervir no domínio econômico perfazendo em sua feição de interveção na propriedade. Isso se da por duas motivações principais: a matença de uma certa ordem na sociedade e a prevalência do

⁴⁰⁹ TARTUCE, Flávio Direito civil, v. 5. Direito de Família. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016. P. 5 e seguintes.

⁴¹⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30 edição, 2013. Malheiros Editores LTDA. São Paulo. P. 806 e seguintes.

interesse público. Ambos os fundamentos se assentam na demanda por parte do Estado da promoção de direitos sociais, notadamente o direito à moradia contido na carta da república. Isso em vista de que uma propriedade que não cumpre a sua função social não estará servindo para algo na sociedade nem primando pelo interesse público, em outros termos, a propriedade não estará servindo para alguma finalidade. Dessa forma, em não sendo cumprida a função social da propriedade, o Estado deverá notificar o particular para que este edifique o solo ou venha a parcelar o solo. Caso o particular não edifique no solo que seja de sua propriedade ou então não parcele o solo, o poder público poderá majorar a alíquota do IPTU, funcionando assim o tributo como uma sanção. E por fim, não atendida nenhuma exigência, o particular perderia a sua propriedade por meio da desapropriação, em vista do não cumprimento de função social. A prevalência do interesse público está ínsita a matéria, uma vez que o particular não pode, sustentando seus interesses, obstar o cumprimento de um interesse que se encontra superposto na carta magna, perfazendo inclusive um direito de cunho fundamental que é o direito à moradia⁴¹¹.

Quanto ao exercício normal dos direitos constantes da propriedade traz-se a colação a questão do abuso de direito constante do art. 187 do código civil brasileiro, que de forma pioneira assenta ser igualmente ato ilícito a prática do direito que, embora dentro da legalidade, ultrapassa os limites do aceitável. Portanto, não se trata de um abuso de direito propriamente, vez que abuso e direito são, só por só, palavras contraditórias se referidas a uma mesma conduta, mas sim em abuso no exercício do direito, ou exercício do direito de forma abusiva⁴¹². Portanto, nessa perspectiva, tratar-se-ia de uma condicionante para que os direitos constates da propriedade sejam exercidos, o que, máxime, não se vislumbrava nos dias passados.

O professor Pietro Perlingieri assenta que o ordenamento civil atual, com os contornos de cunho italiano é claro, passa por uma dualidade de superações: de um lado temos a expansão do que ele chama de “personalismo”, que é a superação do sistema assentado no individualismo; do outro temos o patrimonialismo, que é superação do sistema de cunho patrimonial, promovendo a sua releitura de forma mais substancial⁴¹³.

⁴¹¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30 edição, 2013. Malheiros Editores LTDA. São Paulo. P. 816 e seguintes.

⁴¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo. Atlas, 2014. P. 201 e seguintes.

⁴¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. P. 33 e 34.

Portanto, de acordo com o professor, a expansão da carta magna sobre as searas do direito denominado privado não pode pretender “expulsar” as matérias que foram fundadoras das relações interprivadas que são as relações patrimoniais, de modo que a opinião do professor se debruça na ideia não de redução ou aumento das matérias atinentes a direito patrimonial, mas de uma reconstrução do direito civil com uma tutela de forma qualitativamente diversa da que vinha sendo feita, por isso, de acordo com o professor, deve ser feita uma releitura sem que haja diminuição de tutela patrimonial, embora haja a inserção dos chamados direitos de personalidade que nada de patrimonial há⁴¹⁴. No entanto, de acordo com este trabalho, a dualidade entre expansão e releitura deve ter uma análise mais detida que se fará em tópico próprio, adiantando que a manutenção de um sistema sustentado em paradigma diverso é bastante problemático.

2.3.2.1.2.3 a repersonalização

Falou-se até aqui de superações que fazem destruir o sistema anterior, uma vez que a descodificação e a depatrimonialização são fenômenos que retiram do denominado sistema privado um paradigma histórico que vigia à época. Contudo, a repersonalização é a inserção e não a retirada de algo no sistema.

Nesse fenômeno que será noticiado deve-se ter em mente a colocação de uma nova feição dentro do sistema, em vista de que foi com a repersonalização, com a colocação de direitos de cunho extrapatrimonial, para primar pelo ser humano ao final de qualquer relação jurídica, que houve a superação que tanto se noticia com a constitucionalização de todo o sistema, notadamente o civil antes denominado de privado.

Portanto, cumpre assentar, como se assentava o sistema anterior, inspirado, como já se disse, em paradigmas do século XIX, que como se sabe, de acordo com o que se fixou páginas atrás, possui caracteres condicionantes específicos que jamais poderiam ser reproduzidos nos dias que correm, as balizas que perfaziam as concepções do sistema passado, isso para que possamos ter solidificado em nossas mentes as pontuações principais que foram expulsas do sistema, modificando o paradigma de forma assente. Noutra giro, no mesmo

⁴¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 33.

caminho, apresentar-se-ão os novos sentidos que o paradigma atual fixa para tanto, fazendo nascer a repersonalização que aqui se noticia.

Para analisar o sistema anterior e apor a superação que a repersonalização faz com a questão, dois momentos fundantes que fazem parte do substrato material dessa viagem comporam essa matéria: (i) primeira questão será a relação jurídica no âmbito denominado privado, tendo em vista que a relação jurídica pode ser delimitada como o local fundante em que nasce a conceituação de indivíduo, dando ao intérprete local de grande porosidade para apreender evoluções e reconstruções; (ii) segunda questão pode ser delineada como direito objetivo e o subjetivo e os direitos de personalidade que tiveram guriada seminal no direito civil, e que possuem grande contributo evolutivo no que atine a inserção de direitos de cunho extrapatrimonial na esfera civil.

No que atine a primeira questão temos de assentar que a relação jurídica dentro da esfera do direito denominado privado foi caracterizada pela colocação, a partir de conceitos jurídicos perenes, de indivíduos formais, isso se caracterizando através da formulação de conceitos, de modo que nesses conceitos repousaria o indivíduo universal⁴¹⁵, àquele denominado, de acordo com os critérios formais, de forma universal e não peculiar, concreta. Dito de outro modo, há a feitura, por parte da relação jurídica, debruçada nos dispositivos legais, de um “indivíduo virtual”, que não demanda seus direitos fundamentais nem mesmo outras garantias de cunho social e fundamental, mas tão só preenche os espaços que foram a ele determinados na lei. É dizer, tratar-se-ia de indivíduos que só ao patrimônio servem, como ficara caracterizado no tópico precedente.

Com isso, há a criação, por parte da própria concepção dos juristas, de uma “pretensão de igualdade”, isso em vista de que a ferrenha fé de que os indivíduos estão contidos inteiramente nos conceitos faz com que o Estado presuma que em situação igual também estão, demandando assim um afastamento do Estado nessas ambiências, fazendo por caracterizar o que aqui foi pontuado por sistema liberal⁴¹⁶. Isso também nos faz cair na concepção de uma liberdade formal, pois com a concepção de igualdade formal, entendendo que as partes estão de fato em plena igualdade, faz com que haja a presunção que possam as mesmas exercer as suas liberdades de forma superlativa, ocasionando na concepção da liberdade formal, entendida esta

⁴¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 96.

⁴¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 3: direito de empresa.15. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. P. 23.

na mesma medida que a igualdade formal, em vista de ser a mesma o qualificativo concepcional de virtualidade, ou seja, garantisse em um plano formal e no empírico a realidade é distinta.

Destarte, em razão da terminação do indivíduo formal nos conceitos formados na lei, há o advento daquilo que foi suprarreferido que se denomina de individualismo e normativismo⁴¹⁷. De acordo com a compreensão sempre bem acurada do professor Fachin, há um primado pela autonomia e pelo individualismo, calcados no indivíduo universal que compõe as relações jurídicas civis denominadas privadas. Essa conotação, que possui dupla feição, passa a ter, na esfera do direito denominado privado, uma conotação igualmente dupla: a razão normativa como uma fonte estatal única e a autonomia da vontade como sendo a promotora e sustentadora do indivíduo denominado universal⁴¹⁸.

Assim, o indivíduo, que se perfazia de forma virtual a relação jurídica do sistema denominado privado, era embasado em uma virtualidade que foi produto do sistema normativo-individualista-patrimonialista do direito⁴¹⁹, que hoje pode ser uma das dificuldades mais perenes de compreensão dos juristas na interpretação do próprio direito em si⁴²⁰. Com o entendimento da virtualidade acima colocada concebe-se que a relação jurídica vira de fato uma categoria, assim como o próprio indivíduo que compõe essa sistemática, sendo qualificado assim, como sendo atemporal, abstrato, insular⁴²¹ e etcc. Dessa forma, o indivíduo sendo colocado como uma categoria jurídica passa a ser excluído do real, e compõe, nesse particular, uma concepção, uma outra ordem abstrata que tira o empírico desse indivíduo, em que a principal finalidade é a limitação impositiva de seus espectros, de modo a limitar, igualmente, as ofertas de possibilidades para a realização de sua vida⁴²².

Portanto, a matéria que foi durante tanto tempo debruçada na relação jurídica, que por conseguinte define a conceituação de “sujeito jurídico”, está assentada na noção de teoria geral que tanto circundou o nosso sistema denominado privado primitivamente, e que teve guarida teórica na Alemanha quando da formação de seu sistema regulador de relações interprivadas. Desse modo, aquilo que se chama de “teoria geral” faz por aprisionar o sistema jurídico denominado privado nos supracitados conceitos, de modo a ser uma solução bastante

⁴¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 97.

⁴¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 96.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 70 e 71.

⁴²⁰ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 85 e seguintes.

⁴²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 98.

⁴²² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 98.

plausível, mas que faz por aprisionar o indivíduo nos conceitos formados, promovendo por vezes cortes na realidade subjacente, partindo de interpretações que começam por definir o sujeito e suas relações de acordo com o que o legislador do próprio código assim pensou, assentando, de forma evidentemente falaciosa, que a resolução da problemática no que atine a subsunção poderia de fato funcionar, pois dessa maneira haveria uma certa objetividade na resolução, neutralidade e imparcialidade na edição de preceitos normativos assim como na resolução das controvérsias jurídicas.

Contudo, sabemos que no direito os juízes e juristas não são pedaços de legumes, e por isso a objetividade e a neutralidade devem ser concebidas dentro do possível, isso em vista de que a ideologia de formação desses mandados não pode ser totalmente verdadeira, ora, como poderemos fazer com que um magistrado decida um caso sem ter pré compreensões (e aqui digo no sentido filosófico) sobre a matéria apresentada? Portanto, com a frustração desse conceito (neutralidade) devemos entender que a sistemática dita positivista-normativista dentro do sistema brasileiro interprivado deve ser terminantemente relativizada se não repudiada, isso em vista de duas premissas: o direito muda de paradigma de edição normativa quando há a edição da carta de 88; e o aprisionamento conceitual, se existir, deve se subsumir aos mandados da carta da república de 88, que são, só por só, plásticos, formados para que se amoldem ao paradigma jurídico e filosófico do momento de sua aplicação⁴²³.

Dessa forma, deve-se entender que uma ciência que se pretende crítica jamais pode terminar a sua delimitação interpretativa em conceitos, ora, não se pode entender que o objeto do estudo jurídico é o conceito, mas o fenômeno jurídico, que é muito mais do que o conceito jurídico que é elencado e promovido nas “teorias gerais” do direito, notadamente a do direito denominado privado brasileiro⁴²⁴.

Portanto, em síntese, deve ser entendido que a relação jurídica, instituto do qual se retira a noção de indivíduo jurídico, modifica-se de forma substancial, isso em vista da expansão que a carta dá as relações jurídicas, alçando os direitos de cunho fundamental para a relação dos indivíduos privados, fazendo com que a realidade jurídica se trasmudasse, tendo os direitos de personalidade, bem como a própria dignidade do ser humano, um peso superior aos direitos de cunho patrimonial incrustados na realidade primitiva do direito denominado

⁴²³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 109.

⁴²⁴ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A importância de uma teoria (geral) do direito civil*. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 155 e seguintes.

privado. Dessa forma, passa o intérprete não só a desvendar axiomas jurídicos sem sentido, que em sua abstração criam novas ordens de sujeitos que nada possuem de correspondência com a realidade, mas sim tratar o indivíduo como detentor de direitos fundamentais que os demanda a todo momento, e não mais tratar os indivíduos como sujeito passivo e ativo da relação patrimonial⁴²⁵.

Na segunda especificação acima referenciada, que será aqui analisada para operacionalizar o sistema que resultou no fenômeno aqui assentado, temos a concepção de direito objetivo e subjetivo, caracteres fincados na cultura do direito denominado privado. Em um segundo momento, adentraremos ao fenômeno da incursão dos direitos de personalidade, corolário dos direitos fundamentais no direito denominado privado, nessa dicotomia.

Antes de adentrar a própria dicotomia em si, bem como os efeitos da incursão dos direitos de personalidade, encaminhados pela porosidade dos direitos fundamentais ao sistema denominado privado, cabe assentar qual a concepção que será tida como verdadeira para este trabalho sobre direito objetivo e subjetivo, tendo em vista os seus mais variados sentidos levantados na história de existência do direito.

De acordo com a própria história do direito como um todo, notadamente do direito denominado privado, o direito objetivo e subjetivo, como já noticiado nesse trabalho, nasce na construção do sistema monumental romano, isso na concepção tida quando houvera o sentimento por codificações consolidadas, pois com esses diplomas haveria a possibilidade dos indivíduos veicularem a frase “eu tenho direito”, pois estava ele correspondente em legislação positiva. Contudo, se controverte na doutrina⁴²⁶ se de fato houve o direito subjetivo na época romana ou não, contorvérsia essa que não fara parte deste estudo.

No que atine ao direito objetivo temos de distinguir aquilo que vinha a ser a sua noção primitiva. De acordo com os passos históricos, o direito objetivo poderia ser caracterizado como normativa, de modo que somente seria o direito um conjunto de normas que eram gerais e abstratas, formuladas de modo coativo por parte do Estado, impondo-as coativamente em face do homem, isso para regular-lhes a conduta no dia a dia. Portanto, para essa concepção de direito objetivo, haveria uma multiplicidade de normas no mundo: morais, institucionais, religiosas, militares, enfim, uma multiplicidades de normas que compõe o seio social, contudo, somente teria o condão coativo por parte do Estado aquelas que por ele foram

⁴²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. P. 101.

⁴²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 92 e seguintes.

editadas, denominadas, nesse particular, de normas jurídicas⁴²⁷. Em outra acepção, o conteúdo de direito objetivo ganha nova roupagem, qual seja, a concepção institucionalista, ou institucional, em que para esses teóricos o direito se confundiria com a própria sociedade, de modo a fazer com que haja uma confusão, como assenta o professor Moreira Alves, entre matéria e espírito, em que há a concepção de sociedade e direito como questões do mesmo, como um instrínseco ao outro, sendo que para o autor essa concepção de direito objetivo não pode jamais subsistir, o que para este trabalho é inteiramente compartilhado.

De acordo com essa pequena incursão no sentido histórico de direito objetivo que aqui se fincou, percebe-se que a sua noção se confunde de forma bastante assente com a própria conceituação de direito, uma vez que direito objetivo seria a concepção que se externaria nas normas postas, emanadas para que sejam cumpridas por todos. Contudo, não se controverterá neste trabalho a noção de direito, dada a restrição temática. Cabe, contudo, assentar o que, inicialmente, para os romanos, sem distinção entre objetivo e subjetivo, poderia ser considerado direito.

Nos tempos remotos os romanos não conseguiram distinguir direito objetivo de subjetivo, nem mesmo direito de moral⁴²⁸, portanto, a concepção que tinham era por demais infectada de concepções subjetivas, e que muitas vezes poderiam ser tidas como voluntaristas, o que mais a frente vai se entender por paradigma filosófico do realismo filosófico conjugado com a filosofia da consciência⁴²⁹. De acordo com a doutrina da época o direito deveria ter a concepção da jurisprudência, em vista de que eram os dizeres dos juriconsultos que tinham a máxima do conhecimento, mas haviam outros que diziam que o direito deveria ter a concepção da realização prática do bem, bem como a realização da própria justiça em si⁴³⁰. Contudo, a doutrina vencedora da época, e que de fato promovia mais razão em sua sustentação, assentava que direito possui a concepção da arte do bem e do justo. Essa concepção, bastante obsequiosa por sinal, era assim sustentada em razão da confusão dos romanos entre direito, moral, religião, enfim, não se tinha o que hoje se denomina de autonomia do direito como aficou Dworkin em

⁴²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 79 a 83.

⁴²⁸ Aqui fala-se de forma eminentemente operacional, tendo em vista que a separação de direito de moral é impossível, inclusive o próprio positivismo, que possui a pretensão de ser científico cai naquilo que se denomina de relativismo moral, não partindo os preceitos legais de um “lugar fundamental”.

⁴²⁹ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 143. V tb. STEIN, Ernildo, Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger. Injuí, Unijuí, 2011. P. 154.

⁴³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 81.

obra paradigmática. Nessa concepção, portanto, o direito se confundia com uma multiplicidade de matérias sendo, na prática e teoria, a realização da justiça⁴³¹.

Portanto, o que deve ficar claro para o entendimento do direito objetivo, é que este sempre foi a noção que se tinha para o ordenamento, ou seja, o conjunto de regras em que um indivíduo poderia se debruçar para dizer: “eu tenho direito”, de modo a ser entendido, de acordo com a teoria normativa, como o conjunto de regras escritas promanadas pelo Estado, que em razão do processo democrático, possui a devida legitimidade para a feitura das presentes normas⁴³².

Na concepção de direito subjetivo teremos uma correspondência com a concepção de direito objetivo, uma vez que a sua noção primitiva é a situação jurídica de vantagem que determinado indivíduo possui em face de outro para fazer exigir o cumprimento de uma norma objetiva, ou seja, na concepção de relação jurídica que se fixou parágrafos atrás, os indivíduos teriam a faculdade de exigir de outros o cumprimento de um dever que o mesmo possui em sua face, uma vez que a norma expressa nesse sentido: o direito objetivo. Portanto, o direito objetivo conferiria ao indivíduo, qualificado de acordo com as condicionantes do próprio sistema jurídico para qualificar uma pessoa⁴³³, o direito de exigir do outro um dever jurídico, isso em vista da relação jurídica formular de um lado a titularidade de um direito, bem como a possibilidade de exigir o seu cumprimento a um indivíduo, e do outro dever jurídico desse indivíduo o cumprir⁴³⁴.

Na doutrina podem ser separadas duas concepções sustentadas a respeito do direito nomeado subjetivo: primeira concepção é a do direito subjetivo como sendo um poder de vantagem; a segunda, é a do direito subjetivo como sendo um interesse protegido⁴³⁵. Ambas as concepções, malgrado podem ser entendidas como contrárias uma a outra, são complementares, ora, se o direito subjetivo corresponde a um direito objetivo contido no conjunto normativo do direito objetivo e que pode, quando não for observado, ser exigido do

⁴³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. José Carlos Moreira Alves. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. p. 82.

⁴³² Importante aqui salientar que essa concepção de direito objetivo, que foi o entemento histórico da quietão, se confunde de forma perene, como se disse, com a conceituação do direito, fazendo por trazer a colação as concepções de autoridade das leis. Nesse diapasão, assenta-se que a concepção de direito objetivo carreada nesse trabalho serve tão so de relato histórico, uma vez que não é a posição do autor.

⁴³³ BRASIL. *Lei nº: 10.406 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2017.

⁴³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012.P. 91.

⁴³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 120.

outro em razão de possuir esse dever, então as duas concepções jamais podem ser contrárias, pois uma complementa a outra. Assim também é a conculsão do professor Perlingieri⁴³⁶.

O direito subjetivo, só por só, atualmente, desconsiderada a superação que aqui será assentada, já comporta críticas, bem como expansionismos provenientes de concepções mais novas do direito atual. Neste diapasão são colocadas duas críticas assentes ao debate: primeira relacionada a ter o direito subjetivo um fim em si mesmo, de modo que a exigência do comportamento, superposta nas duas concepções supramencionadas, se valeria em si mesmo; segunda crítica que aqui deve ser entendida é a proveniente de Duguit e de Kelsen, que acabam por contestar inclusive a própria concepção de direito subjetivo que se confunde por demais com a própria situação jurídica em si, fazendo por controverter toda a matéria.

A primeira controvérsia que aqui será noticiada parte da discussão iniciada por Kelsen e Duguit. Tal controvérsia assenta que entender o direito subjetivo, fundado nas duas concepções acima assentadas, fazem por entender, de acordo com os autores, que o direito subjetivo nada mais é do que uma situação jurídica, uma vez que o indivíduo se encontraria, em função de lei ou contrato, cumprindo com uma função ou algum interesse da sociedade, descabendo falar, de acordo com os autores, em um direito subjetivo, mas sim em uma situação jurídica específica⁴³⁷.

A segunda controvérsia a respeito dos direitos subjetivos, noticiada pelo professor Pietro Perlingieri, e mais abrangente, irá nos introduzir na superação que aqui se assentará a respeito da incursão ds direitos de cunho fundamental, representados pelos direitos de personalidade na esfera do direito denominado privado. De acordo com o professor, o maior equívoco em entender o direito subjetivo nas concepções acima expostas (poder de vantagem e interesse protegido) é que os seus sustentadores entendem que há um fim em si mesmo, é dizer, o direito subjetivo, de acordo com o constructo que se faz nessas premissas, não pode ter um fim somente na proteção de um interesse individual egoístico, bem como em uma situação jurídica de vantagem conferida a um determinado indivíduo, isso em vista de que um interesse, no direito brasileiro sob o paradigma incutido pela carta de 88, deve vir sempre acompanhado de um dever, por exemplo, os direitos conferidos ao proprietário devem sempre observar a função social da propriedade, assim como o contrato, que deve observar, além da função social, a boa-fé contratual.

⁴³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. p. 120.

⁴³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2012. P. 91

Portanto, é de se pontuar, de acordo com o equívoco de entendimento de grande parte dos sustentadores das teorias mais clássicas do direito subjetivo, que nos dias que correm não há a possibilidade de sustentação do direito subjetivo de forma egoística, ou seja, a forma liberal de se produzir e interpretar o direito não é mais o paradigma para os tempos que correm, nós superamos aquela produção, isso por meio da nova concepção de direitos de cunho fundamental social, que se distanciam de forma assente dos primitivos direitos fundamentais de caráter individual sem os suprimir evidentemente. Portanto, de acordo com o professor Capilongo, há uma superação do momento hermenêutico, ultrapassando uma interpretação de bloqueio, promanada na época liberal, que já não encampa as nossas academias de direito, para uma interpretação da legitimação de aspirações sociais⁴³⁸.

Evidente que o professor Capilongo pode não estar tão certo quanto a matéria de legitimação de aspirações sociais, uma vez que as aspirações sociais muitas vezes espelham o senso comum, e não o que de fato é mesmo, isso em vista de que o consenso não é condição para a verdade, mas a verdade é condição para o consenso de acordo com o professor Lenio. Mesmo assim, há de se retirar do entendimento promanado pelo professor Capilongo que o local de produção do direito é de tamanha importância. Isso, evidentemente se aplica de forma assente aos ditames doutrinários, o que é o caso do direito subjetivo.

Assim, quando digo que a concepção de direitos subjetivo está errada, digo isso de acordo com a sua sustentação nos tempos que correm, no Brasil de hoje, pois no momento em que foi concebida fazia todo o sentido em vista do direito da época e a concepção de direitos de cunho fundamental.

Contudo, atualmente, o direito subjetivo não pode mais ser entendido como um fim em si mesmo, uma vez que a cada direito há a existência de um dever, devendo o seu titular utilizá-lo de uma forma responsável. Ora, há, no direito brasileiro, a responsabilidade civil objetiva, diga-se de passagem, quando há o exercício do direito de forma abusiva, ou o abuso no exercício do direito, de modo que essa forma de responsabilidade civil pune o indivíduo que, no exercício de seu direito, ou seja, amparado por direito posto, ultrapassa as suas finalidades de cunho social, econômicas, enfim. Dessa forma, percebe-se que há a pontuação, de acordo com a concepção de direitos fundamentais que se convencionou, de uma

⁴³⁸ CAPILONGO, Celso. O desafios do judiciário. Um enquadramento teórico. *In*. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 2. Tiragem. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998. P. 45 e 46. *Apud*. STRECK, Lenio. Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P.116.

proteção de cunho comunitário-social dos interesses, é dizer, o interesse individual antes protegido no direito subjetivo, não pode mais ser entendido de uma forma liberal individual como era entendido na época liberal de produção do direito⁴³⁹.

É nesse caminhar que devemos entender que há, na esfera do direito denominado privado, a injeção daquilo que se denominou “direito de personalidade”. Esses direitos foram inseridos no Brasil constante a previsão do art. 12 e seguintes do código civil brasileiro, presentes ali um rol expressivo de direitos dessa magnitude, que vão desde direitos à imagem a direitos à integridade moral. Como se percebe, tais direitos possuem a textura extrapatrimonial, não importando necessariamente em uma vinculação patrimonial do direito denominado privado.

Nessa perspectiva, os direitos de personalidade inserem no direito denominado privado uma concepção absolutamente nova, fazendo com que haja um novo olhar do direito para as situações que eram, sobretudo, conotadas de matéria patrimonial, de modo a formar, de acordo com o que grande parte da doutrina sinaliza, uma tutela prospectiva de direitos no âmbito denominado privada, ora, o direito denominado privado deve ter uma conotação de cunho abrangente, isso em vista de estar atrelado ao dia a dia das pessoas, perpassando desde o nascimento à morte. Dessa forma, mudando de forma assente o olhar que se deve dar as relações interprivadas na sociedade brasileira, os direitos de personalidade dão ao direito uma forma mais acuidada de perceber as concepções axiológicas-materiais da sociedade, entendida em sua matéria que perpassa por concepções que estão ligadas a direitos existenciais que são os direitos de personalidade.

Assim, quando temos em mente as concepções de direito objetivo e subjetivo em seu caractere original, que fazem por criar o indivíduo inserido em categorias jurídicas, há, de uma certa forma, a sua retirada, como já se disse, de realidade material, de indivíduo que de fato possui direitos de cunho fundamental e os demanda, isso em vista desse indivíduo estar inserido em uma categoria jurídica que é a própria relação jurídica. Os direitos de personalidade, inseridos nessa conotação, fazem por quebrar com a categorização do indivíduo jurídico inserido na relação jurídica. Nesse medievo, a primeira formulação crítica noticiada pelo professor Fachin, que toca a presente questão, é que a elevação do indivíduo ao *status* de categoria faz por entendê-lo em seu sentido meramente técnico e não concreto que aspira os seus direitos de cunho fundamental. Segunda pontuação de cunho crítico formulada pelo

⁴³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. P. 120 e 121.

professor assenta-se na formação de conceito prévio de indivíduo, o que, de acordo com o professor, faz por negar a própria existência dos denominados direitos subjetivos, bem como os direitos de personalidade, uma vez que esses são inatos a qualquer ser humano, não podendo defini-los somente de acordo com as categorias jurídicas conceituais⁴⁴⁰.

Portanto, as categorias formadas pela noção de direito subjetivo na sociedade brasileira não podem mais subsistir, comportando uma releitura à luz do novo sistema jurídico brasileiro. Em outras palavras, o entendimento de que os direitos subjetivos, inatos a qualquer ser humano, pertencem a dualidade acima noticiada, faz com que se dê a atribuição de nomeação, de inserir o indivíduo “no mundo jurídico”, a um ente, a quem define a posição desse estatuto, o que efetivamente não pode ser uma coisa que compactua com o novo sistema jurídico brasileiro. Essa crítica é feita tanto pelo professor Fachin como pelo professor Orlando de Carvalho, para quem a noção de sujeito na relação jurídica deve ser sempre entendida em concreto.

Há de se ter em mente mais uma crítica severa a subsistência dessa clássica conotação dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro nos tempos que correm. De acordo com o professor Fachin, os direitos de cunho subjetivo admitem, em seu escopo interpretativo, a variante de direitos potestativo, que não iria se confundir com os novos nomeados direitos de personalidade.

Nessa perspectiva não se pode falar, nos tempos que correm, em situações específicas que fazem por obter determinadas premissas não reconhecidas pelo direito, é dizer, não se pode negar, de acordo com a sistemática fundamental atual, a existência de direitos subjetivos. As situações jurídicas, ou relações jurídicas, não podem ser descritas de modo a deixar o indivíduo amoldado ou não a essa determinada relação. Ora, de acordo com as concepções atuais de direito subjetivo, jamais poderíamos dizer que o indivíduo, de acordo com o próprio direito, deveria se reduzir a sua categorização na regra, em vista de que este extrapola aquela. Contudo, essa conotação de entendimento do direito subjetivo, amoldada a ideia de repersonalização, possui, de acordo com o professor, uma nova categorização, agora somente para fins didáticos. Esta está dividida entre os direitos subjetivos denominados impróprios, que são os potestativos, e do outro lado se encontram, em um quadrante distinto, os direitos personalíssimos⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 113.

⁴⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 119.

Nesse ponto, o professor Fachin traz argumento que vai de encontro com as pontuações antes expendidas. De acordo com o professor, se o direito subjetivo, em sua concepção tradicional, fica sendo entendido como com a coexistência de direitos e deveres, uma vez que em um dos polos, havendo um direito e no outro necessariamente devendo haver um dever perenizante, esse direito subjetivo passa a ser impróprio, ou seja, potestativo, de modo que essa potestatividade quase que sujeita o indivíduo ao outro. Evidente que não se quer, com essa concepção, criticar o próprio sistema jurídico em sua existência, uma vez que de fato isso poderia ser levantado, mas tão só a desconformidade das sustentações que determinado tipo de fundamentação descolada de seu tempo pode causar⁴⁴².

Ainda de acordo com o professor, a nova categorização não pode ignorar que o local de produção dos direitos subjetivos – classicamente as codificações do século XIX ou com inspirações nessa época – se preocuparam sobretudo com as categorias jurídicas, negando importância ao próprio sujeito em si, fazendo com que tenhamos essas categorizações embasadas em formalismo excessivo, e que de certa forma obstaculiza a prospecção do indivíduo em sua gênese, formulando o seu ideal de vida de acordo com o que a carta promana. No entanto, nos dias que correm, e já depois de uma certa evolução, de acordo com o autor, os monumentos codificadores começam a se preocupar em obedecer a nova sistemática constitucional, apondo em seus textos matérias atinentes a proteção dos aludidos direitos personalíssimos.

Nesse ponto, chega-se a uma formulação fulcral da dissonância entre direito público e privado no âmbito dos direitos subjetivos e objetivos. Com a colocação das novas tipologias de direitos subjetivos nas codificações que seguiram, inalgurando a ordem dos direitos personalíssimos, o ordenamento privado se viu em um impasse, isso em vista de que os direitos personalíssimos, em seu medievo fundamental da sistemática regulatória da vida das pessoas (sistema denominado classicamente de privado), fazem por ter feição privada a cada indivíduo, mas ao mesmo tempo esse preceito possui proteção pública, de modo a demandar do Estado uma ação efetiva em sua proteção. Assim, os direitos de personalidade, entendidos possivelmente como uma nova categoria dos direitos denominados subjetivos, modificando de fato a conceituação dessa categoria dentro do sistema civil, são uma penumbra no sistema, uma vez que não são públicos nem privados, mas ao mesmo tempo são públicos e privados, de modo

⁴⁴² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 120.

a evidenciar mais uma vez que a classificação aqui impugnada não pode mais subsistir em tempo de carta magna garantidora de direitos fundamentais de inúmeras gerações⁴⁴³.

Nesse sentido, podemos perceber que com a chegada dos direitos de cunho imaterial ao direito civil, guarida classicamente tida somente por direitos de cunho patrimonial que já é superada pelo fenômeno aqui sustentado como já se viu, o direito civil se desenvolve, a partir dos direitos de personalidade, amadurecendo o sistema, confluenciando-se com a nova ordem constitucional, notadamente a brasileira, garantidora expressiva de direitos de cunho fundamental.

Por fim, tras-se a colação passagem do eminente professor Slavoj, citado por Fachin, assentando o que se denomina de visão em paralaxe. *Ipsi verbis*:

“A proteção do sujeito concreto não pode ser simplificada na dicotomia *publico-privado*; precisa ser (re)pensada e (re)discutida, fazendo-se presente o Estado quando da vulnerabilidade do sujeito concreto e ausente quando da construção inter-subjetiva de sua personalidade, manifestação máxima de sua liberdade positiva. Estamos, pois, diante de um *fenômeno paralático*, o qual comporta dois lados incompatíveis dentro de um mesmo nível, mas que, justamente por serem dois lados do mesmo fenômeno, nunca poderão se encontrar⁴⁴⁴.”

Dessa forma, podemos perceber que os direitos subjetivos, em sua conotação clássica, estão intimamente ligados a ideia do “ter” e não do “ser”⁴⁴⁵, ou seja, a concepção de direito subjetivo, do modo e local em que foi criado, está se referindo a patrimônio, e não propriamente a direito existencial de personalidade. Trazendo algumas conotações do professor Perlingieri, assenta-se que os direitos de personalidade de fato não podem ser constituídos como uma categoria, mas tão só direitos de personalidade que adentraram ao direito civil para dar guarida a proteção jurídica. Contudo, como dito acima, o direito civil não possui racionalidade para dar guarida a tal tipologia de tutela, em vista de sua ferrenha concepção patrimonial, intransponível para a concepção dos mas antigos. Desse modo, a primeira concepção dos direitos de personalidade foram, dentro do ordenamento clássico, errada por sinal, a tutela dos direitos de personalidade como se fossem direitos de propriedade⁴⁴⁶.

⁴⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 121.

⁴⁴⁴ ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo. Boitempo, 2008. P. 16. *Apud*. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012. p. 121.

⁴⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direitos civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002. P. 155.

⁴⁴⁶ “A insuficiência das elaborações antes examinadas – monistas e pluralistas – para a proteção da pessoa humana foi posta em evidência por atenta doutrina, segundo o qual tais correntes tratam, uma e outra, os direitos de personalidade como expressão de tutela meramente ressarcitória e de tipo dominical. Criticam-se,

Concebidos, os direitos de personalidade passam a adentrar ao sistema codificado liberal inspirado no século XIX, de modo que a comunidade jurídica, com o filtro deste modo de se produzir o direito, entede-os como sendo propriedade. Isso ocorre em razão de uma racionalidade do jurista desse século de forma bastante simples. Os direitos de personalidade devem ser respeitados por todos e portanto oponível a todos, de modo que o único direito que assim possuímos dentro da codificação liberal é o direito de propriedade. Assim, de acordo com a concepção liberal, deve ser esse vinculado a aquele no que atine a sua tutela⁴⁴⁷.

Assim, no primeiro giro dos direitos de personalidade, estes devem ser entendidos como sendo tutelados em suas feições inibitórias e ressarcitórias, pois direitos patrimoniais são (*sic*). Essa concepção, ainda reproduzida nos dias atuais, decorre em grande parte da ausência de racionalidade dos jurista dos dias que correm (matéria que se reservará tópico específico mais a frente) quanto a concepção do local de formação e produção do direito, concebendo um direito (de personalidade) que nada se assemelha com a concepção dos então direitos subjetivos produzidos no Estado liberal, alocado no ordenamento liberal como direito de propriedade.

Dessa forma, pode-se identificar, de acordo com a doutrina, que os direitos de personalidade passam a ter, com a sua inserção no sistema codificado, uma tutela de cunho ressarcitório e inibitório, denominada também de preventiva e compensatória⁴⁴⁸.

Tais formas de tutela se confundem de forma assente com as nossas acepções patrimonialistas, uma vez que a denominada ressarcitória assenta que devem qualquer violações a esses direitos voltadas ao *status quo ante* do momento em que houve a violação, de modo que a inibitória faria com que haja a obrigação a determinado indivíduo para que cesse determinada violação de direito. No entanto, é sabido que os direitos de personalidade são mais do que ambas as tutelas, demandando por parte do jurista algo a mais, uma vez que se está a falar do desenvolvimento da personalidade do indivíduo no sistema jurídico.

nesta direção, as contruções dogmáticas que concebem a proteção da personalidade aos moldes (ou sob o paradigma) so direito de propriedade. (TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. P. 50.)

⁴⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 232

⁴⁴⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. p. 244.

Destarte, os direitos de personalidade, entendidos como sendo matérias específicas dentro do sistema jurídico, não podem se curvar a tutela dúplice supracitada, isso em vista de que tratam-se de direitos de natureza eminentemente diversa, que não se confundem com propriedade ou com a antiga noção dos direitos subjetivos. Assim, a conclusão emanada pela doutrina é que os direitos de personalidade demandam uma tutela que não seja assentada em caracteres estáticos ou a-críticos, em vista de que é a dignidade humana, bem como a sua realização de vida, representada no sistema jurídico por esses direitos, por isso, novamente, assenta o professor Fachin, que se trataria de uma tutela *prospectiva*⁴⁴⁹, capaz de tutelar tais direitos de cunho existencial de forma satisfatória. Isso nos faz cair nas dificuldades promanadas por dois radicais: os negativistas e positivistas quanto aos direitos de personalidade no ordenamento, de modo que essa dualidade expressa os discursos de cunho monista e pluralista⁴⁵⁰. Tais dicotomias dicutem, em suma, se os direitos estão interamente dentro de cláusulas gerais que promanam tais direito, ou de um rol que seria taxativo, demandando somente do legislador a qualificação do direito que se chamaria de personalidade, de modo que esse reconhecimento faria com que se negasse ou não os direitos de personalidade, na medida em que demandados e a depender da conclusão que se tivesse a respeito do pluralismo ou monismo. Portanto, se se convencionar que os direitos de personalidade estão contidos em um rol exaustivo (monismo) deve-se esta concepção se convencionar no negativismo, em vista de que com essa concepção haverá casos em que se nega um determinado direito de personalidade em razão da sua não previsão no rol exaustivo na lei⁴⁵¹, no entanto, essa discussão daria uma outra matéria monográfica, não abrangida pelo objetivo deste trabalho.

Portanto, a inserção dos direitos de personalidade na esfera do direito privado produzido no século XIX em nossas codificações, é por demais errônea, demandando uma ressignificação, tendo em vitsta que não estamos mais no século XIX e portanto as condições intersubjetivas para a produção de conhecimento são distinta das demais. Ora, a inserção dos direitos extrapatrimoniais no âmbito do direito é paradigma bastante assente⁴⁵², que faz por

⁴⁴⁹ "... ação permanente e continua, num sistema aberto pororso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõe o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial. (FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. Pag. 7.)

⁴⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 238 e ss.

⁴⁵¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. *Aspectos gerais dos direitos da personalidade*. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011. P. 239 e seguintes.

⁴⁵² "A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e do outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema

quebrar ou implantar a semente da incógnita na mente dos juristas quanto a matéria da perenização do direito público e privado, dividindo e apartando mundos, ora, a proteção do ser humano deve ter barreiras de cunho formal que não se sustentam? Ora, esses diques estão por estourar e alagar a cidade do conformismo jurista, que não admite a crítica de dogmas pentecostais promanados por indivíduos que de igual forma propalam direitos provindos de um “lugar fundamental”⁴⁵³.

Destarte, como se viu da análise das composições que fazem o substrato material da repersonalização no seio da constitucionalização, a repersonalização significa na submissão do antigo sistema civil, pautado nas práticas do Estado liberal, aos novos elementos de cunho social que a carta da república de 88 trouxe para o sistema, sobretudo no que respeita a concepção do indivíduo dentro da relação jurídica, demandando a sua presente mudança de forma substancial, isso sob pena da mácula completa do sistema denominado privado. Essa submissão se da, sobretudo, com a inserção na sistemática civil dos direitos de cunho personalíssimo, que diferindo dos antigos caracteres fundados do sistema liberal, não mais podem ser coadunados com a carta de 88, dado o distinto paradigma de cunho filosófico, social e jurídico em que há a produção atual de conhecimento. Ainda compondo o substrato material do fenômeno aqui noticiado, cumpre assentar que as digressões teóricas e críticas que se fizeram a respeito dos direitos de cunho objetivo e subjetivo, bem como as suas concepções devem compor, para fins explicativos, o substrato nesse tópico noticiado, fazendo com que a relação jurídica civil, além de tutelar a matéria patrimonial, deve dar guarida a um indivíduo real, que demanda os seus direitos fundamentais de fato e que não é submisso e enquadrado em categorias.

2.3.3 Expansão ou releitura?: a concepção que a constitucionalização deve possuir

Para que seja devidamente entendida a inquietação que aqui quer se formar devem ser devidamente explicitados alguns sentidos que serão trabalhados nesse tópico.

constitucional, requer proteção integrada, que supera a dicotomia direito público e privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade.” (TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. P. 52 e 53.)

⁴⁵³ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 115.

Portanto, cumpre trazer a colação uma matéria que julgo muito importante para se formar uma base filosófica. Trata-se do que o professor Ernildo Stein chamou de paradigma filosófico.

Na sociedade, notadamente nas ciências de cunho social, há uma adoção de posições que podem ser denominadas como díspares em vários momentos históricos, de modo que esses pensamentos podem ser delimitados como sendo meras crostas daquilo que representa uma complexidade muito maior de pensamento. Essa crosta representa meios e modos de pensar aquele conhecimento de determinada época, radicando momentos históricos que passam de épocas em épocas. Esse processo de desconstrução e construção histórica é acessado e produzido através da filosofia e tão somente através dela, de modo que esse acesso, seja para mudança na construção ou desconstrução, irá se formar mediante o conhecimento de nós mesmos, como já assentara Heidegger.

Importante salientar que muitos dos processos de cunho teórico, que externam determinada tipologia de pensamento, são reflexos de uma forma de organizar as ideias existentes, e de organizar aquele processo⁴⁵⁴. Para que haja o acesso a essa forma racional de pensar e organizar o pensamento somente poderemos ter guardada na ciência filosófica. Nesse passo, trazendo o processo para o direito, temos que cada teoria que se apresenta, externa, na verdade, o pensamento historicamente predominante da época, como o que aconteceu na época jusnaturalista (com a colocação, por várias escolas de pensamento, de pensamento que espelhavam esse paradigma de cunho jurídico), ou então das escolas surgidas na época do positivismo jurídico, que foi justamente a superação de um paradigma jurídico que foi o jusnaturalismo.

Portanto, o paradigma filosófico é a convenção de pensamento que se reproduz em determinada época convencionado entre vários dos pensadores daquele determinado ramo – que para nós é o direito – de modo a funcionar, como diz o autor, como sendo princípios estruturantes, que se organizam no pensamento hermenêutico filosófico para a formação do paradigma. Seria como se fosse uma ferramenta operacionalizadora, que de forma sucinta iria possibilitar o desvendar do que está sendo expandido implicitamente naquele discurso de caráter científico⁴⁵⁵. No entanto, mesmo que se possa pensar dessa forma, não há a colocação como sendo o paradigma filosófica algo subjetivo, mas sim um elemento que se

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 143.

⁴⁵⁵ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí. Unijuí, 2004. P. 127. *Apud*. STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 143.

coloca, como já se disse, como organizador, como uma forma de fundamentação àquele pensamento⁴⁵⁶.

Destarte, é nesse caminhar que há processos de cunho hermenêutico filosófico e fenomenológico que fazem os paradigmas filosóficos se modificarem, notadamente aquilo que atine a forma de interpretação, que é a pedra de torque de todo o direito e guia cada paradigma filosófico fundante, seja de forma construtiva ou desconstrutiva⁴⁵⁷.

Desse modo, trazendo a noção de paradigmas filosóficos do professor Lenio e do professor Stein para a superação da dualidade nesse trabalho reprovada, bem como as suas peculiaridades, podemos assentar que o paradigma filosófico assentado na época da produção normativa do código civil (diploma representativo do “sistema privado” acima apontado) era a filosofia da consciência, que fez por criar, na expansão jurídica da sociedade, a concepção de positivismo jurídico, entendido esse em sua feição exegetica.

De forma bastante sucinta a filosofia da consciência poderia ser determinada pela descrição de determinado objeto por meio de uma certo voluntarismo. Trazendo para o campo jurídico, pode-se assentar que a filosofia da consciência seria a descrição dos conceitos tidos na lei, isto é, no seio da filosofia da consciência temos a concepção de subjetivismo, ou seja, o conhecimento não é “dado” como no realismo filosófico, mas é um conhecimento contruído a partir do sujeito que emprega a sua consciência. Imperioso conhecer o paradigma do realismo filosófico, que vem acompanhado da concepção de que as coisas existem por que existem, é dizer, estão ligadas pela sua essência, ou seja, a sua essência dita sua existência, assim como faz a metafísica⁴⁵⁸.

Para orientar os parágrafos posteriores, analisar-se-á o erro de aplicação da divisão em direito público e privado nos tempos que correm sob o preceito do paradigma da filosofia da linguagem, demonstrando, pautado nos ensinamentos do nosso professor Lenio Streck, a dissonância do paradigma da filosofia da consciência e a sua atual reprodução, de modo que a sua propagação é fonte primária da sustentação inclusive do nosso código de paradigmas do século XIX, fazendo misturar concepções do paradigma da filosofia da consciência com o realismo filosófico, resultando em uma queda em outra concepção errônea que também é fonte da sustentação da concepção do direitos público e privado nos tempos que correm, que é a

⁴⁵⁶ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí. Unijuí, 2004. P. 127.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 143.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 143 e 144.

ausência de análise do local de produção do direito, fruto, sobretudo, do estado embebido que grande parte dos juristas estão quando da concepção do novo sistema com olhos do passado. Todo esse conjunto de dificuldades é chamado pelo professor Luis Alberto Warat de senso comum teórico dos juristas⁴⁵⁹ que conjuga a conotação desse estado que os atuais juristas vivem em feiticização do discurso e de ausência da recepção da viragem ontológico linguística da filosofia da linguagem, assim como peculiariza o nosso professor Lenio.

Como se viu, os juristas possuem uma dificuldade tremenda em assentar que o local de produção do direito, bem como as suas condições fundantes, não provém de um “local fundamental”, mas de condições intersubjetivas que levaram a elaboração daquele determinado preceptivo legal, ou mesmo de determinada interpretação. Isso ficara convencionado no sentido de paradigma filosófico fixado nos parágrafos precedentes, de modo a entender que paradigma filosófico, conjugado com a noção de uma cultura jurídica⁴⁶⁰, orientam um *habitus* como diz Burdier, praticado por determinada sociedade em determinado lapso temporal, orientando, portanto, os sentidos delimitados.

Essa concepção vem de encontro com os avanços promovidos na própria história da hermenêutica, de modo que foi na chamada “hermenêutica fundamental”, avançada notadamente por Heidegger e Gadamer, que houve substanciais avanços nesses sentido. Assim, com a inserção, em Heidegger, do elemento factual, orientado pela diferença ontológica e pelo círculo hermenêutico, passamos a levar em conta, na prática da hermenêutica, a compreensão, é dizer, não se da atenção ao próprio texto mas a compreensão de quem o escreveu, de modo que a partir daí haveria a necessidade de uma compreensão precedente a interpretação⁴⁶¹. Essa conclusão demanda a explicitação de alguns conceitos.

De acordo com o pensamento Heideggeriano a interpretação, a hermenêutica, somente poderia ser fundada, ou somente poderia ocorrer, caso o indivíduo que interpreta compreendesse o indivíduo que escrevera o texto, ou que emita a frase. Isso se dá pela compreensão de existência, que se dá, sobretudo, na explicitação do “ser” e do “ente”. Para Heidegger o “ser” somente se dá dessa maneira porque ele existe, é dizer, o “ser-ai”, que seria

⁴⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre. Fabris, 1994. P. 57. *Apud*. STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 85.

⁴⁶⁰ FILHO, Roberto Freitas. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília Jurídica. 2002. P. 23 e seguintes.

⁴⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis. Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco. 2006. P. 246 e seguintes e 419 e seguintes.

o homem para Heidegger, possui o modo de ser na sua existência, trazendo a baila, para esclarecer a questão, a facticidade. De acordo com o autor o “ser-ai” se referiria ao passado do indivíduo, o que ele já foi, levando-nos ao conceito, nesse particular, de facticidade, de modo que o futuro, norteado pelo “tem-que-ser” ou o “modo-de-ser”, assentará a existência. Dessa forma, compreendendo o “ser” (facticidade), compreender-se-a o “ser-ai” (existência). Assim, aquilo que na teoria geral hermenêutica desenvolvida por Dilthey, apondo a hermenêutica psicológica no âmbito da filosofia, era determinando como ôntico (textos interpretativos por meio de um método específico, ou seja, a delimitação em um ente) passa a ser uma visão ontológica, com a visão do “ser-ai”⁴⁶².

Desse modo, Heidegger parte do concreto, mesmo que estejamos em um âmbito de abstração ainda de forma bastante superlativa. A análise promovida por Heidegger parte da concretude em si, de modo que o indivíduo, o “ser-ai”, compreende aquele que ele já é, isso com a compreensão do sentido do ser. Nesse giro, o “ser-ai” (indivíduo) e o “ser” estão ligados de uma forma intrínseca, isso em vista de que o homem (ser-ai), em qualquer relação na sociedade, já compreende tudo o que ocorreu, promovendo esse processo mesmo que ele próprio não saiba que esteja fazendo-o. O homem, nas relações travadas no mundo, já possui uma pré compreensão (no sentido filosófico do termo). Essa questão se apresenta em razão de que o homem possui a “memória do ser”, em outros termos, a memória do ser poderia ser delimitada na conjunção de dois conceitos: o privilégio ôntico e o privilégio ontológico. Pelo privilégio ôntico, o indivíduo, delimitado como sendo um ente na natureza, existe. E o privilégio ontológico que se assenta na compreensão do “ser” da maneira que foi supramencionada, seria, de acordo com o professor Lenio, a condição para a compreensão das outras demais compreensões das ontologias, dentre as quais se encontra o direito⁴⁶³.

Destarte, a orientação da vida das pessoas somente se dá por meio de um processo circular de compreensões, é dizer, só se pode dizer que algo “é” se há uma pré compreensão mínima daquilo que está ali. No entanto, só podemos perguntar se algo “é” compreendendo o “ser”, se já houver, no interno de nós, a compreensão de nossa facticidade, fazendo valer assim o círculo hermenêutico supracitado. Contudo, é de se entender que qualquer ente, para ser entendido em sua complexidade, deve ser perguntado em sua concepção de “ser”, é dizer, O que é algo?, em outros termos, o ente, só entende em uma unidade do “ser-ai” em

⁴⁶² STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 271 e seguintes.

⁴⁶³ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 272.

sua compreensão do “ser”. No entanto, Heidegger assenta que entre esses dois há uma diferença, que é a diferença ontológica, ou seja, todo ente só “é” no seu “ser”, de modo que indagar sobre o “ser” do ente é assentar que a sua compreensão somente se dá no “ser”, dito de outro modo, se indaga ao ente para compreender o “ser”⁴⁶⁴.

Portanto, o direito, e seus textos positivos, passa a depender desse “elemento factual” promanado por Heidegger, que de forma assente vem a denominar, na interpretação de textos, a compressão dos próprios indivíduos, ou seja, a compreensão do homem em sua historicidade, não dependendo de nenhum método como promanava na teoria geral da hermenêutica Schleiermacher ou Dilthey apesar de seus grandes avanços. O abandono de um método bastante rígido para primar pelo que se chama de imparcialidade e “formalidade fundamental” do processo hermenêutico, expressão forte da metafísica, não é possível em razão da extrema vinculação da compreensão do próprio homem em sua historicidade, e isso macula alguma “transparência” de algum método a ser usado, pois a facticidade humana sempre faz com que a compreensão do “ser” daquele indivíduo possa deixar algo⁴⁶⁵.

Todo esse constructo feito nos parágrafos precedentes não é entendido pelos juristas que ainda promanam a divisão rechaçada neste trabalho, reiterando que ainda existem dois mundos apartados embasados em “conceitos fundamentais”, ditados esses pelo código civil, ressaltando os conceitos com práticas envolvidas em um paradigma que não existe mais: aqueles praticados no século XIX. Os paradigmas daquela época ruíram tanto no campo filosófico como no campo jurídico. No entanto, o século XIX é trazido a todo momento aos nossos tribunais, faculdades e na sociedade como um todo, ignorando o novo paradigma filosófico, sustentando de forma reiterada a filosofia da consciência, acreditando em uma essência das coisas que existe a partir dessa existência⁴⁶⁶.

Num outro giro, há que ressaltar que não há, por parte dos juristas, crítica aos modos de produção do direito, ou seja, na linha que se fixou páginas atrás a respeito de realidade normativa e realidade social, não há como se manter a produção do direito, bem como de sua sustentação, embasados no normativismo-individualista-patrimonialista do século XIX, pois o código civil, assim como a divisão neste trabalho impugnada, são fruto desse paradigma

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 273.

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 264.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio. *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 188 e seguintes.

reprodutivo não só do Brasil mas de grande parte da europa, que evidentemente não podem ser aplicados nos dias que correm.

Dessa forma, o direito passa, pelo discurso dogmático dos juristas embebidos por esse licor do século XIX, vendando-os de qualquer que seja a crítica do sistema, a ser fetichizado pelo discurso⁴⁶⁷, ou seja, parte-se na formulação de uma resolução jurídica diretamente para a realidade de aplicação da lei, ou diretamente para a lei. Assim, forma-se um processo de ocultamento das condições de formação daquele determinado texto jurídico, em vista tanto da concepção do jurista que ainda está na filosofia da consciência, acreditando ferrenhamente que há uma lei com um sentido próprio, um sentido primeiro que é a verdade de fato, a-crítica por sinal, de modo que, como se disse, o processo de interpretação, entendido nos processos que aqui se analisaram, estão intrincados com as concepções das condições de produção daquele determinado texto jurídico, e escondendo-o, não há a possibilidade de praticá-lo, como é o caso da divisão aqui contida. Ora, trata-se de divisão provinda do século XIX na europa, e que chegou ao Brasil já com vicissitudes, de modo que após a carta de 88 perdemos o paradigma formal para a produção de direito da maneira em que a divisão impugnada foi produzida, fazendo por assentar a perda formal e material de sustentação, olhando para o legislador que reproduz normas desse jaez (errado também, em face de não promover a filtragem constitucional⁴⁶⁸) como se fosse um nomoteta grego⁴⁶⁹.

Logo após a exposição e compreensão da dificuldade hermenêutica que se noticiou anteriormente, tem-se a conclusão de que o código civil, com toda a sua carga axiológica, pertence ao século XIX, tanto no que atine ao primado de cunho filosófico (impregnado de realismo filosófico e filosofia da consciência) como no primado jurídico (embasado nas concepções do positivismo jurídico francês). Ao passo que a carta de 88 inaugura outro paradigma a ser sustentado, de modo a incutir no âmbito filosófico o rompimento do que vivíamos (certa conjunção da filosofia da consciência com o realismo filosófico), bem como o ambiente jurídico. Assim, são diplomas, bem como pensamentos que pertencem a locais distintos, de modo que a classificação que nesse trabalho adversada pertence a um paradigma do século XIX, que é trazido a todo momento no dia a dia, impossível de ser

⁴⁶⁷ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 117.

⁴⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013. P. 390.

⁴⁶⁹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. P. 179.

sustentado e coadunado com o paradigma atual, o que demandará de nós a superação por meio de algumas reflexões filosóficas que se apresentarão a seguir.

Dada a dificuldade tremenda de conciliar dois paradigmas filosóficos distintos⁴⁷⁰ com produção documental marcadora de cada época (código e constituição) há de se primar pela nova tipologia de paradigma, bem como da cultura jurídica que se sustenta nos dias que correm. Assim, podemos chegar a dois verbos que poderiam representar o processo que ocorre nos dias atuais: (i) expansão; (ii) releitura.

A expansão, referida aqui da carta constitucional em face do sistema que anteriormente se denominava de privado, pode-se entender que expandir é, no caso em tela, sobrepor um ao outro, ou seja, as premissas da própria codificação civil iriam se tornar algo inaplicável a sociedade atual, ficando descartada, valendo, nesse particular, a carta constitucional. Isso se dá em razão de que a carta constitucional, documento monumental da sociedade brasileira, foi encartada provinda de várias ideologias distintas, marcando uma radical mudança no Brasil.

Portanto, sustentando a expansão, pode-se pensar da seguinte maneira: o sistema denominado privado em tempos atuais deve ser declarado de fato obsoleto em face da nova sociedade, isso em razão da mudança de paradigma no que se refere a carta constitucional, pois na época da elaboração do sistema denominado privado, concentrado no âmbito de 70, a carta que vigia a época ainda tinha a sua nomenclatura referida a política, é dizer, a sua propensão política, malgrado já tínhamos importado o melhor do constitucionalismo, era prevalente em face de sua dimensão jurídica, portanto, a radicalização de mundos, passando do privado (regulador de situações dos indivíduos entre si) ao público (regulador de situações do Estado entre si e entre os outros Estados), fazia todo sentido. No entanto, com a passagem por um período de anulação constitucional na ditadura e o renascimento triunfante da democracia, do Estado e do direito, passamos a prenciar a carta de 88, promotora de um verdadeiro estado de direitos fundamentais, quebrando com todas as forças a dualidade público e privado sustentada nos rincões em que vigorava o paradigma filosófico do realismo filosófico, o paradigma jurídico do positivismo jurídico, e o paradigma constitucional à brasileira de constitucionalismo ineficaz.

Destarte, de acordo com esse pensamento, o sistema civil, positivado pelo código civil e toda a sua carga teórica, deveria ser anulado em face da sociedade, da carta e de

⁴⁷⁰ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma*. Ijuí. Unijuí, 2004. P. 127.

todos os paradigmas antes citados, de modo que a sustentação da dualidade impugnada neste estudo deveria ser aniquilada como uma doença mortal em uma sociedade plural, que se propaga tentando acabar com avanços tidos na medicina daquela sociedade.

As conclusões anteriores fazem por resultar em uma mudança de paradigma de forma muito forte, isso em vista de que após a passagem dos paradigmas que vigoravam a época de criação do atual sistema civil tivemos uma mudança cada vez mais expressiva da própria matéria do ramo civil. Ora, antes havia a concepção de que o sistema civil era formado somente por regulações patrimoniais, contudo, como demonstrado nesse estudo, não se pode sustentar isso nos dias que correm, sobretudo pela incursão, na seara civil, de direitos de personalidade, que não abrangem a sistemática patrimonial de sustentação de direitos na seara privada. A incursão dos direitos de personalidade na seara antes denominada privada faz por modificar cada sub-ramo do direito civil, fazendo com que a interpretação seja outra, bem com as disposições gerais de cada sub-ramo.

Mesmo que essa forma de pensar possa ser excelente, deve-se atentar ao fato de que a expansão do sistema constitucional atual sobre todo o regulamento civil faria por surgir algumas dificuldades técnicas, como é o caso da anulação de um diploma de forma abrupta em razão de algum fato específico ocorrido na vida forense, isso mesmo sem haver atividade do poder legislativo.

Do outro lado da moeda, sustentando a ideia promada pela releitura, deve-se ter em mente que o código de 2002, cujo projeto data da época de 70, foi elaborado com a previsão de várias cláusulas gerais, tidas essas, em suma, dentro do que se chama de parte geral do código. Tais cláusulas gerais permitem ao intérprete do sistema civil uma releitura do sistema a partir dos paradigmas que atuam durante aquela época dominante. No entanto, o sistema se mantém íntegro em sua gênese, demandando somente uma readequação ou releitura dos rincões daquele sistema e seus caracteres.

Essa tipologia de análise é por demais lovável, tendo em vista a sua racionalidade, mantendo o sistema, mundando totalmente a racionalidade de pensamento de acordo com o andar da sociedade, conseguindo conciliar paradigmas, isso por meio das nomeadas cláusulas gerais contidas no sistema civil e a porosidade do novo sistema constitucional. No entanto, é de se ter em mente que essa forma de sustentação do fenômeno da constitucionalização sob a roupagem da releitura é insuficiente, isso em vista de que dizer que o sistema deve ser relido à luz da carta de fato pode ser excelente sob um ponto de vista interno, pois mantém íntegro os caracteres fundantes de cada sistema e ainda possibilita a incursão de

cada paradigma da época atual. Mas essa forma de pensar ignora o fato de que a mudança de paradigma muda por completo o próprio sistema, a própria divisão neste trabalho impugnada faz parte da sustentação do sistema como um todo, de modo que passamos de um paradigma da filosofia da consciência, expelhado na interpretação por parte da teoria geral da hermenêutica, que encartava a hermenêutica através de um método posto, e de um direito produzido no século XIX em que a carta era denominada de política, prevalendo a sua ausência de força normativa de fato, quase que deserta de direitos fundamentais efetivos, ou de sua real efetividade, para um paradigma filosófico espelhado na filosofia da linguagem, que com o advento da doutrina de Heidegger e de sua hermenêutica fundamental passou a dar importância, no processo hermenêutico, ao próprio “ser”, de modo que a interpretação ficara condicionada a compreensão do mundo e do próprio “ser”, o que fez por mudar totalmente a forma de se interpretar, uma vez que o próprio indivíduo e sua historicidade passaram a fazer parte do processo, o que, máxime, já vinha acontecendo ao final do período de sustentação da teoria geral da hermenêutica, sendo que ainda a carta constitucional, o local de produção do direito, muda de forma concreta, passando de uma carta política para uma carta promotora de direitos fundamentais, expungindo a sua concepção prevelente como política.

Por isso, se mostra incompleta a sustentação da releitura, tendo em vista que a superação de paradigma, notadamente daquele sustentado no século XIX que a classificação do direito em público e privado faz parte, é expressiva, de modo que a manutenção de qualquer pontuação desse paradigma, mesmo que seja permitida a sua releitura, ainda manterá várias de suas pontuações fundamentais, o que de fato não coaduna com o novo sistema constitucional.

Destarte, as duas interpretações da concepção que a constitucionalização, a aposição da matéria social constante da carta constitucional, em um novo paradigma filosófico, de um novo tipo de pensamento, devem ter, possuem vícios, demandando uma certa reflexão mais aprofundada na espécie.

Dessa forma, com o constructo histórico que aqui se noticiou, deve-se ter em conclusão que o advento da matéria social, contidos em suma na carta constitucional, (que compõe o substrato material da constitucionalização) faz por mudar o paradigma de cunho filosófico, jurídico e histórico da sociedade brasileira. No entanto, o nosso diploma civil, malgrado tenha tido o seu advento em 2002, possui inspirações e regulações do século XIX de acordo com a notícia histórica que aqui se pontuou, dado o seu trânsito histórico truncado. No entanto, há de se ter como conclusão que quando do advento da carta de 88, marcando a mudança de paradigma que aqui se noticia, todo o sistema teve de se modificar, trata-se de uma

modificação *de per si*, de modo que a não mudança do novo diploma civil foi uma omissão no que atine ao nosso órgão máximo do legislativo federal, o que ocasionou na replicação do século XIX nos tempos que correm.

Portanto, a existência de um diploma civil que traz de volta o século XIX faz acontecer essas peripécias de cunho hermenêutico, de modo que a solução na verdade, no que atine a constitucionalização, é olhar o novo com os olhos do novo, é dizer, não se pode ter um diploma que caracterizadamente exala os odores do século XIX regulando um sistema que não mais se pauta naquele paradigma liberal. Isso se dá pelo advento da carta de 88, com a aposição de direitos fundamentais das mais variadas ordens, bem como, e conjuntamente, da modificação da teoria das fontes jurídicas, que ao tempo liberal, tinha a carta constitucional apenas como uma carta política, o que foi terminantemente modificado com o novo paradigma que foi introduzido com a carta de 88.

Conclui-se assim que nem a expansão, nem a releitura devem ser a nova concepção que deve prevalecer, mas reconhecer, entender, que o século XIX já foi a muito tempo sepultado, já está em estado de putrefação relembrando de seus momentos de glória do passado em seu caixão entalhado de escrituras frascosas, em vista de que foi o seu local de maior desenvolvimento. Assim, reconhecendo a sua morte, o olhar do jurista deve ser pontuado do momento atual deixando para trás as outras concepções que não fazem mais sentido atualmente, de modo que a releitura, nessa dança que não anuncia logo o seu fim, se envolve com a expansão para que haja uma confluência entre ambas a fazer nascer a compreensão, isso de acordo com o pensamento que se fixou naquilo que se convencionou na filosofia da linguagem, em que nada possui um conceito mas um sentido.

Assim, o que ocorre seria uma conjunção entre a releitura e a expansão, uma vez que a releitura faz com que os cânones, que regularam o anterior sistema liberal brasileiro, sejam trasitados para o paradigma atual para aqui serem dilacerados de forma lenta e completa, se amoldando ao atual paradigma filosófico, jurídico e histórico, como prenuncia o processo que é externado pela expansão, de modo que com essa mistura há uma certa homogeneidade na formação do processo, que vem a expor a “superação compreensiva” do antigo sistema sem que haja um colapso da sociedade como já externado no processo que há somente com a expansão.

CONCLUSÃO

Falou-se inicialmente no local de origem da classificação que se combateu nesse estudo, de modo a trazer, antropológicamente, o momento em que se manifestou as balizas que definiram a classificação, aparando arestas dos momentos históricos que foram noticiados em Roma. Nesse mesmo passo, externou-se que a classificação, em sua origem, não possui aplicação nos dias que correm, isso em vista de que no momento em que surgiu, em Roma, algumas concepções não existiam, é dizer, não só haviam questões com sentidos distintos dos dias atuais, mas questões que não surgiram à época, como era o sentido de Estado.

Após os apontamentos fundantes da classificação de direito em público e privado, externou-se o momento em que a classificação se aperfeiçou, e que, nesse sentido, foi a classificação que nesse trabalho se guerreou, tendo em vista que a mesma ainda é replicada nos dias que correm como sendo um pedaço do século XIX nas partições práticas do século XXI. Dessa forma, foi necessário, para solidificar a classificação dita “reciclada” do direito público e privado fundada do século XIX, explicitar os fundamentos do que era entendido como direito na época, bem como, com esteio naquilo que era o entendimento anterior, demonstrar os fundamentos que fizeram um paradigma passar adiante. Assim, explicitou-se os os cânones do jusnaturalismo e do positivismo, isso com as teorias que permearam esses grandes pensamentos históricos, como o caso do jusracionalismo e as mais variadas formas que o jusnaturalismo assumiu. Dentro do pensamento positivista (que foi o local específico do nascimento da classificação que nesse trabalho se combateu), houve certa peculiaridade para as premissas tanto históricas como teóricas do positivismo exegético, surgido na França, pois foi naquele país Europeu que a classificação do direito em público e privado dita “reciclada” ganhara peso extremo. Portanto, nesse mesmo movimento, fixou-se as balizas da atual controvérsia do direito público e privado, conflitando o seu fundamento “reciclado”, provindo do século XIX, com as atuais pontuações do mundo do século XXI em seu caractere histórico e teórico, tentando, assim como a filosofia o faz, pontuar os madados práticos de operação daquele conhecimento.

Após a formulação atual da controvérsia, colocou-se, sob a questão regional, o desenvolvimento do direito denominado privado e público no Brasil, tendo em vista que a crítica aqui apresentada, embora tenha pontuações estrangeiras no que respeita aos seus fundamentos principais, é regional e direcionada ao Brasil. Nesse passo, desenvolveu-se de forma substancial os cânones históricos do nosso direito denominado privado, bem como o

público, direcionando, ao fim, uma contextualização do momento vivido pelo Brasil em seus acontecimentos principais, traçando algumas características que infelizmente o país carrega até os tempos atuais.

Ao final do primeiro capítulo, delimitando as bases sob o cunho teórico, filosófico, histórico e antropológico do presente trabalho, demonstrou-se as pontuações que atinem aos critérios que durante a história mundial foram sendo utilizados para distinguir o que seria direito público e direito privado.

No segundo capítulo do presente estudo, analisando as matérias de cunho histórico-teórico que evidenciaram a superação do paradigma da classificação do direito em público e privado confeccionada no século XIX, foram expostos os cânones antropológicos do nascimento, no Brasil, do direito privado, bem como o direito público, pontuando as questões que nortearam o nascimento do principal diploma privado brasileiro, bem como as inspirações que o fizeram, de modo a promover as mesmas pontuações no campo de nascimento do direito público brasileiro. No meio da exposição foi pontuado que o interesse social foi o combustível promotor das superações na sociedade brasileira.

Após tais pontuações de cunho antropológico a respeito do desenvolvimento do direito denominado público e privado no Brasil há, no segundo ponto do segundo capítulo, o desenvolvimento dos caracteres de cunho filosófico atinentes ao debate, evidenciando, sob o cunho teórico, a superação do paradigma que construiu a classificação do direito em público e privado promovido no século XIX.

Portanto, por esse breve resumo do trabalho, há uma conclusão maior que possui as suas premissas estruturais, resultando em algumas premissas conclusivas. Essas premissas serão a seguir explicitadas.

Inicialmente cabe assentar a conclusão maior, qual seja, o paradigma do século XIX, pontuando um positivismo-normativista sob o cunho teórico, e uma codificação intensa sob o cunho antropológico, resultando na classificação do direito em público e privado, não pode mais subsistir nos tempos que correm, isso em face de algumas premissas estruturais que foram explicitadas no trabalho e que serão resumidas nesse capítulo.

O século XIX não pode mais ser sustentado nos dias que correm sob a roupagem da classificação do direito público e privado por pelo menos três razões: (i) primeira delas, sob a roupagem teórica-antropológica, é a incompatibilidade do diploma que sustenta o direito denominado privado da constituição atual, evidenciando casos em que a classificação

formada fica em uma penumbra em razão de não ter sido pensada para o sistema atual, de modo a externar, mais uma vez, a não existência de fundamento para que a presente classificação subsista; (ii) segunda pontuação, sob o cunho social-histórico, é no sentido de que a sociedade, assim como o próprio sistema jurídico, evolui, de modo que a sustentação da classificação nesse trabalho vergastada não possui, de acordo com o desenvolvimento do presente trabalho, respaldo na sociedade atual, evidenciando a descolagem social que há entre o diploma denominado privado, bem como a classificação que é formada apartando mundos; (iii) em uma última premissa há de se expor que a passagem de paradigmas de cunho filosófico, jurídico e sociológico faz com que o surjam novas formas de pensamento no Brasil, de modo a fazer nascer os novos sentidos de direitos fundamentais, o que faz por quebrar, sob a roupagem filosófica, a classificação do direito em privado e público de forma mais expressiva.

A primeira pontuação exposta pode ser aprofundada expondo os cânones de nascimento do direito denominado privado no direito brasileiro, de modo que este, nos dias que correm, é regulado por um diploma criado em 1889, mas que só teve a sua aprovação e propulsão nos dias que correm, datado de 2002. Portanto, há uma descolagem do diploma que regula o direito denominado privado das inspirações atuais que regulam o sistema jurídico, de modo a promover um sistema que é denominado patrimonial, normativo, e aparta o mundo do Direito privado do público, enquanto que o desenvolvimnto do direito público, evidenciado pela carta de 88, teve a promoção de direitos fundamentais das mais variadas ordens, fazendo com que um dos maiores caracterizadores do regime denominado de direito privado seja modificado, qual seja, o contrato, que antes era regulado por uma justiça comutativa, antevendo as partes de modo igual, passando, com a superação de paradigmas, a demandar uma justiça distributiva, com medidas corretivas e retributivas, fazendo com que o Estado analise de fato a igualdade das partes, qual seja, a igualdade material.

Além dessas pontuações há de se trazer à colação o entendimento de que o paradigma vivido a época da produção intelectual do código civil – representante primeiro do direito denominado privado – era totalmente diferente dos dias que correm, passando por ditaduras e momentos de supressão de direito de cunho fundamental, desembocando na carta de 88, documento que marca o início e o final de um paradigma nas terras brasileiras.

Assim, de acordo com essa premissa conclusiva-estrutural de pensamento, não há razão para que a divisão dicotômica entre direito público e privado, promotora do século XIX, seja sustentada nos dias que correm, isso em face da disfunção fundante, é dizer, do local

intersubjetivo de produção de conhecimento, de modo a limitar ou modificar os limites de atribuição de sentido dos indivíduos que naquele paradigma viviam, impedindo o progresso.

Na segunda premissa estrutural-conclusiva que aqui deve ser sustentada, há de se trazer à colação a questão social, é dizer, é necessário que seja pontuadas as condições sociais em que a classificação aqui impugnada foi criada, expondo as dissonâncias e peculiaridades das épocas em que assim foram feitas.

Primeira questão é entender que a noção de patrimonialismo, normativismo, codificação e a própria noção de direito público e privado não é brasileira, assim como o nosso primeiro diploma de direito privado. O primeiro diploma de direito privado brasileiro, quando o país havia se tornado uma república, eram as ordenações do reino de Portugal (em suas multifacetadas formações), que de acordo com a história portuguesa, possuiu grande inspiração no positivismo exegético francês, que basicamente marcou, no século XIX, o que poderia ser chamado de modernidade no direito, qual seja, a compilação de legislações em um documento totalitário, impedindo uma incursão de qualquer que seja o abalo externo. Essa noção possuía, evidentemente, os contornos do direito português, que posteriormente foi sendo adaptado para as práticas brasileira – o que não pode ser caracterizado como sendo algo bom, uma vez que essas adaptações causaram a corrupção no Brasil em suas várias pontuações atuais⁴⁷¹. Assim, importa salientar que o direito privado português possuiu fundamento no direito francês da época do século XIX, reproduzindo os seus cânones e a sociedade subjacente a produção daquele pensamento, bem como a quadra filosófica e o assentamento político das épocas em que haviam as condições de produção para tanto.

A sociedade francesa, na época do nascimento da classificação nesse trabalho rechaçada, vivia em um contexto jurídico-filosófico em que o direito poderia ser delineado como sendo um “jusnaturalismo-aperfeiçoado”, em que a escola ibérica do direito natural começava a questionar as pontuações do que era entendido o direito natural pelos tomistas, isso em vista das barbáries que aconteciam no entendimento do que seria de fato o direito natural. Essa concepção fazia surgir uma insegurança do que seria direito, promovendo um campo propício para que os reis pudessem desenvolver o autoritarismo, ditando o que era direito. Assim, uma das concepções que a revolução francesa – contexto em que o sentido da classificação nesse trabalho adversada nasceu – sustentou foi a certeza do direito, de modo a

⁴⁷¹ A afirmação aqui é somente para que o contorno da argumentação seja fechado, tendo em vista que uma das questões mais fundantes do nascimento da corrupção nas terras brasileiras, de acordo com Faoro, foi a trazida, por parte da coroa portuguesa, das práticas que faziam o patrimonialismo português.

não ficar ao mero dissabor dos indivíduos no poder, bem como a laicização do Estado, não conjugando o que se tinha por direito aos cânones da fé de uma só religião. Passando para o cânone português, há de se pontuar que houve peculiaridade para a formação do direito, uma vez que Portugal vivia uma demanda pela modernização de seu direito, vez que também passava por uma incerteza do direito. No entanto, no direito português não haviam as peculiaridades das terras brasileiras, além disso, as ordenações que foram no Brasil aplicadas já poderiam ser tidas, em Portugal, como ruins, tendo em vista o seu texto truncado e incerto.

Dessa maneira, percebe-se que as condições de produção de conhecimento, bem como as práticas sociais da sociedade francesa e portuguesa, se distinguem de modo substancial entre si, bem como do contexto social brasileiro, tanto no século XIX como atualmente, assentando assim que não há possibilidade de aplicação de diplomas que foram produzidos para outros países em outros que não eles próprios, bem como de suas ideologias formadas naquele campo de produção social em razão de não levar em conta as pontuações sociais do país que se está regulando.

Nesse mesmo passo, há de se pontuar que as próprias sociedades evoluem, superando paradigmas através do conhecimento produzido em condições intersubjetivas particulares. Portanto, com ambas as pontuações que se fizeram, é possível concluir que a classificação impugnada nesse trabalho deve ser expungida do nosso atual sistema, isso em vista de que a mesma, embora seja de fato de produção nacional e regional, tenta reviver um século já a muito superado, tanto em suas premissas filosóficas (com a filosofia da consciência e o realismo filosófico), como em suas premissas sociais-jurídicas (com a passagem do junaturalismo-jusracionalismo-positivismo-pós positivismo e a superação da supressão de direitos fundamentais, confluenciando em terras brasileiras um quantitativo variado e multiforme de direitos de cunho fundamental, isso em razão da demanda expressiva da sociedade e das condições sociais de formação da sociedade brasileira).

Terceira e última premissa conclusiva a ser aqui exposta é uma conjugação das anteriores. Assim, há de ser formada, com a superação dos paradigmas de cunho jurídico, social e filosófico, um nascimento, um produto dessa passagem e repassagem de conteúdo, superando cânones e trazendo cânones, instituindo e desestituindo questões, qual seja, os direitos de cunho fundamental em mais de uma geração.

Assim como o interesse social no âmbito social, tivemos, no âmbito jurídico, uma superação bastante importante para que a classificação em direito público e privado caísse. Trata-se do advento das mais variadas noções de direito fundamental, com uma novidade

evolutiva: os direitos sociais. Os direitos sociais, na quadra evolutiva do direito no âmbito mundial, foi de fato uma mudança paradigmática no âmbito do direito, uma vez que pôs termo a divisão de direito em público e privado no que concerne a conotação de cunho jurídico, uma vez que o nascimento dos direitos sociais, no Brasil, é produto de movimentação social, portanto, a movimentação social veio a prover a superação de paradigma filosófico e jurídico. A divisão suprarrelatada é, como já se disse, produto do século XIX, sendo que naquele século havia uma produção bastante expressiva do sentido do liberalismo como já se disse, promovendo os direitos de cunho individual, impedindo que houvesse uma incursão do Estado nos negócios privados dos indivíduos, fazendo com que a noção de direitos fundamentais tivesse somente o sentido de terem o indivíduo privado como titular e o Estado como sujeito passivo. Dessa forma, como já foi afirmado nesse trabalho, o século XIX, no que atine a produção dos direitos fundamentais, faz por produzir uma noção de justiça comutativa, é dizer, o Estado, nos negócios privados, não deve adentrar, ou seja, o Estado não deve ali se intrometer em razão de que os indivíduos negociantes estão em perfeita igualdade, em igualdade formal, sendo que a intromissão do Estado naquele local seria tida como sendo ilegal e ilegítima.

Com o nascimento do sentido de direitos fundamentais sociais houve uma superação dos sentidos que norteavam a aplicação do direito, uma vez que após na agenda do Estado algumas pontuações necessárias, como a elaboração e aplicação de políticas públicas e a sua demanda de modo distinto. Os direitos sociais, na quadra que vem sendo fixada nesse trabalho, podem ser formulados como uma demanda por parte do Estado por “estados de coisas”, ou seja, possíveis problemas que não adentravam na agenda política em razão de alguns entraves de cunho conveniente ou de cunho cultural. Portanto, esses “estados de coisas” acabam virando verdadeiros problemas políticos, uma vez que os custos de não atendê-los se tornam maiores de atender aos entraves que os paralisam, demandando de fato alguma ação por parte do Estado, e não a sua ausência como era a sua existência na época do liberalismo “à brasileira”⁴⁷².

Os direitos sociais, em seu fundamento estrutural-histórico, tiveram dois momentos: o primeiro se relacionara a compressão por parte do Estado de que os direitos até então tidos como fundamentais individuais poderiam ser descompridos em searas privadas, é dizer, não só o Estado poderia ser sujeito passivo dos direitos ditos até então como sendo

⁴⁷² Assim promana, por exemplo, a professora Maria das Graças Rua, analisando o contexto de formação de uma política pública, bem como os conceitos fundamentais relacionados a formação de fato de uma política pública.

individuais, mas também os indivíduos particulares. Evidência disso é o nascimento do direito do consumidor, direito do trabalho, e outras medidas e ramos que podem ser assim assentados. Em um segundo momento há de ser pontuado uma demanda, por parte do cidadão, de direitos que podem ser considerados como mínimos para que a vida seja seguida, portanto, direitos que propiciam um campo para que o cidadão possa exercer os seus demais direitos. Cria-se assim, na sociedade brasileira, o sentido de mínimo existencial como sendo uma partição do direito a dignidade da pessoa humana desenvolvida em seu viés jurídico. Portanto, a previdência social, a saúde, a educação, um meio ambiente equilibrado, bem como o atendimento de direitos de minorias que possuem alguma barreira para atingir os bens da vida em igualdade com as demais pessoas, são exemplos de direitos sociais que nasceram no segundo momento e racionalidade relacionado ao pensamentos dos direitos fundamentais sociais.

Destarte, percebe-se que o nascimento dos direitos sociais, em seus dois momentos anteriormente citados, são produtos de pensamentos históricos e antropológicos distintos no Brasil, trazendo, como produto dessas práticas, pensamentos distintos que resultam em diplomas jurídicos espelhando esses pensamentos e essas práticas, como é o caso da carta de 88, produzida com uma carga histórica bastante forte como foi demonstrado nesse trabalho. Os direitos sociais, portanto, são uma evidência mais acurada da dissonância paradigmática que existe entre o século XIX e o momento atual, assentando que não há a possibilidade científica, de acordo com as pontuações que foram feitas no presente trabalho, de replicar a classificação de direito público e privado nos dias que correm, pois a classificação nesse trabalho vergastada foi criada somente com a concepção do direito fundamental individual, uma vez que fazia com que houvesse o mundo privado e o público, em que o Estado não era bem vindo, ao passo que os direitos sociais promovem uma intervenção acurada do Estado nesses locais, permitindo que haja controle efetivo em partições que poderiam ser antes assentadas como sendo privadas, como é o caso do contrato, família e propriedade, pilares do que se chama de direito privado. Por isso, sob essa premissa conclusiva, não pode haver a sustentação do direito classificado em público e privado.

Ainda em uma estruturação-fundamental dessa conclusão, é possível que haja uma demonstração tricotômica das superações que o novo paradigma trouxe para todos nós e porque essa superação termina por enterrar a noção de direito público e privado questionada nesse trabalho. Assim, há a possibilidade de se concluir em três superações paradigmáticas-fundantes que permeiam a discussão e envolvem a classificação nesse trabalho testilhada: (i) a

superação de cunho filosófico; (ii) a superação de cunho jurídico; (iii) a superação de cunho social-antropológico.

Na primeira premissa, a superação de cunho filosófico envolve a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ultrapassando os preceitos de resolução de problemas filosóficos através do paradigma sujeito-objeto, em que a essência das coisas era sucitada como sendo o que distinguiu-a das outras, de modo a dar a linguagem um papel dispensável, escondendo também o “ser” nas interloucuções subjetivas dos indivíduos. Tudo isso permeado pelas ideias estruturadas da metafísica, inalgurada por Platão e aperfeiçoada por Aristóteles. Esse pensamento foi responsável por guiar toda a formulação teórica do século XIX, sobretudo os ordenamentos jurídicos. Com a passagem de paradigma para os séculos seguintes a resolução de problemas por meio da filosofia da consciência e pela estrutura sujeito-objeto deixou de ter razão, uma vez que a linguagem ganhara peso bastante expressivo na resolução de tais impasses, sobretudo pelas doutrinas de Jean Paul Sartre, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Portanto, as resoluções de problemas, no que atine ao paradigma filosófico, ficaram sendo permeadas pela filosofia da linguagem, que reconheceu que as coisas não tem conceitos mas sentidos, de modo a trazer ao ordenamento conflitos que definem o que significa algo, isto é, os limites de atribuição de sentido estão convencionados pelos indivíduos pelos pactos escritos que o fazem, sendo, na sociedade atual, as cartas constitucionais, no que toca aos institutos jurídicos, tais limites. No entanto, há a possibilidade de modificação dos mesmos desde que haja um *a priori* compartilhado entre aquele determinado conjunto de pessoas que concluem em determinado sentido. Assim, o direito público e privado ficou no caminho, uma vez que quando concluído que o limite de atribuição de sentido da sociedade brasileira atual é o seu pacto constitucional (no que toca aos sentidos das instituições jurídicas) não se pode dizer que há um direito que é excetuado de observar esse pacto – aqui fala-se do direito que se denomina de privado. Ora, não se pode alegar, a pretexto de excetuar direito de cunho fundamental social, a autonomia da vontade em um contrato, ou na propriedade por exemplo. Assim, não se faz mais correto, sob o paradigma filosófico, sustentar a classificação do direito entre privado e público.

No que atine a superação jurídica há que se trazer, de modo sucinto, as concepções jurídicas que eram sustentadas quando da criação do modelo classificatório combatido nesse trabalho, e a sua superação. Na época em que o direito ficara sendo dividido em público e privado o paradigma jurídico devidamente sustentado era o positivismo jurídico,

pensamento caracterizador do século XIX. De acordo com esse pensamento – que inclusive pode ser um efeito da filosofia da consciência – o direito ficaria sendo resumido na aplicação de sua previsão legal, isto é, não se pode ou deve buscar absolutamente nenhum fundamento exterior, de modo a deixar o direito de forma autônoma, sem respaldo na filosofia e também na sociologia. Além disso, o pensamento positivista era extremamente permeado pelo pensamento metafísico, uma vez que os pensamentos positivistas buscavam um “fundamento primeiro” dos institutos jurídicos, como se os institutos tivessem uma essência fundada específica.

Com o tempo, ultrapassamos o pensamento positivista com a passagem por uma ideia constitucional fundamental, isto é, pela concepção de constituição dirigente e pela concepção do estado democrático de direito, fazendo com que o direito seja a linguagem, e o direito constitucional passe a ser o norteador de todo o ordenamento jurídico como se sustentou nesse trabalho. Dessa forma, atingiu-se um não preciosismo pelo texto legal, no entanto, estabeleceu-se, como dito na superação de cunho filosófico, um pacto pelos limites de atribuição de sentido, de modo que esse pacto é constituído pela carta constitucional e suas pontuações, somente podendo ser modificada quando o *a priori* compartilhado naquela sociedade tenha se modificado, de modo que essa mudança tem de se submeter, também, ao processo para tanto pelos cidadãos convencionado nesse mesmo documento. Seria assim uma certa “observância suprema ao pacto”, o que expressa a supremacia da constituição.

O direito público e privado, nascido como classificação, passam a não mais se expressar nesse momento, tendo em vista que com o pacto fundante da população no que atine aos limites de atribuição de sentido, não se pode dizer que há a possibilidade de existir um determinado “ramo” – direito privado – que não é atingido pelas limitações de sentido contidas na carta-pacto expressada, sob pena de declarar dois mundos que não existem em confluência, acabando por quebrar toda a evolução teórica-filosófica que o mundo percorreu.

A superação de cunho social-antropológica é o fundamento das outras duas, uma vez que o sentido das coisas é modificado pelas condições intersubjetivas de produção de conhecimento, ou seja, pelas condições sociais do sentido que é compartilhado por aquela parcela da sociedade. Por isso que hoje tanto se controverte no âmbito internacional se algumas práticas devem ser proibidas em razão de atentar contra a vida humana, no entanto, tais práticas são culturalmente aceitas e sagradas, de modo a demandar uma certa análise mais acurada dos limites de atribuição de sentido, ou seja, se optarmos pelo universalismo estariamos por concordar com Kant e estabelecer uma moral universal do certo e do errado independente das condições intersubjetivas, regredindo assim a era da metafísica já a muito superada. Contudo, o

relativismo (pensamento contraposto) faz com que nós nos impeçamos de promover uma crítica externa e, por exemplo, assentar que o nazismo era errado. Ao fim e ao cabo regrediremos a controvérsia de Sócrates em crátilo, quando houve a discussão com um sofista sobre a nomeação das coisas.

A conclusão que aqui quer se sustentar é que sociedade, as condições intersubjetivas para que seja atribuído um sentido, para que se possa dizer “isto é...” mudam com o tempo, e as condições do século XIX de atribuição do sentido de Estado, direitos fundamentais, e constituição – para dizer somente o mínimo – modificaram de forma assente atualmente, de modo a impossibilitar que a paradigma criado no século XIX da classificação do direito em público e privado seja replicado, tendo em vista que as condições intersubjetivas de produção de conhecimento se modificaram de forma superlativa, evidenciando outro paradigma, notadamente no Brasil, em que temos direitos de cunho fundamental das mais variadas ordens assegurados em nossa carta constitucional.

Portanto, como se pode ver nessa síntese fundamental, a classificação do direito em público e privado não pode ser sustentada nos tempos que correm, demandando, por parte de todas as instâncias de poder do Estado brasileiro, a cooperação juntamente com a academia para que todo o século XIX seja deixado para trás, renovando os diplomas jurídicos, bem como a forma de ensino nas universidades. O século XIX no mundo de fato foi um século marcante, pois fez com que a força motriz dos cidadãos se multiplicasse produzindo conhecimento do mais elevado grau, notadamente no âmbito jurídico. Contudo, há de se assentar, de acordo com as razões que se elencaram neste estudo, que os tempos mudaram, e com ele se modifica o conhecimento, acabando por ter os fundamentos do século XIX somente como um fato histórico e que pode contribuir para que a sociedade não cometa erros nos demais passos que irá dar.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Bruce Ackerman; tradução de Mauro Raposo de Mello; coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. 3. ed. Milão. Giuffrè Editore. 1960.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. José Carlos Moreira Alves. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Luís Roberto Barroso. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. Cezar Roberto Bitencourt. 2. ed. rev. São Paulo. Saraiva, 2005.

BOFANTE. Storia del Diritto Romano. Vol. 1 (ristampa della IV edizione).

BRASIL. Lei 9.099 de 25 de setembro de 95. Dispõe sobre o juizados especiais cíveis e criminais e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº: 10.406 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de jun. 2017.

CALAFATE, Pedro. A escola ibérica da paz na Universidades de Coimbra e Évora (século XVI). Teocomunicações. Revista de Teologia da PUCRS. Porto Alegre. V.44. n.1. jan-abr. 2014.

CAPILONGO, Celso. O desafios do judiciário. Um enquadramento teórico. In. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 2. Tiragem. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998.

CARVALHO, Moreira. Da revisão geral e coficação das leis civis e do processo, no Brasil. Rio de Janeiro. 1846. Revista do instituto dos Advogados.,

CASTRO, Celso. O golpe de 1964 e a instauração do regime militar. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 01/05/2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade civil. Sergio Cavaliere Filho. 11.ed. São Paulo. Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. Fábio Ulhoa Coelho. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. História do direito português. 3. ed. Coimbra. Almedina, 2005.

David A. Strauss. Common Law constitutional interpretation, *University of Chicago Law Review*, 63:877 e 879, 1996; Cass Sustein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, 1999.

DE CICCIO, Maria Cristina. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. In. *Revista dos Tribunais*. Vol. 747, janeiro de 1998.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello. 14 edição, 2001. Malheiros Editores LTDA. São Paulo.

DESCARTES, René. Discurso do Método. René Descartes. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Clássicos).

DIDIER, Fredie. Artigo 190. In *.Comentários ao código de processo civil*. Organizadores, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Loenardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo. Saraiva.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Recordação da casa dos mortos. Tradução José Geraldo Vieira. São Paulo. Martin Claret, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Ronald Dworkin; tradução Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gilda Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo. Martins Fontes. 2007. (justiça e direito).

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes. 2000. (justiça e direito).

FACHIN, Luiz Edson. O direito civil exilado. Revista de Estudos Jurídicos. Curitiba. v. 3, nº 1, p. 115-116, ago., 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2012.

FEITOSA, Samara. Da Revolução Francesa até os nossos dias: um olhar histórico [livro eletrônico]/ Samara Feitosa. Curitiba. InterSaberes. 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. Orlando Gomes. São Paulo. Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

GRESPLAN, Jorge. Revolução Francesa e Iluminismo. Jorge Gresplan. 2. ed. 1 reimpressão. São Paulo. Contexto. 2014.

HABERMAS Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e a validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Martin Heidegger. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis. Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco. 2006.

HESPANHA, António Manuel. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In. FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (org.). Na trama das redes: política e negócios no império português. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio. 3. ed. Portugal. Forum da História. 2003.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

Intorno ala faormazione del Codice Teodosiano, in *Bulletino dell’Istituto de Diritto Romano*, Terza serie, vol. XXII (1980).

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro – introdução*. Siegfried Kümpel. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. Paulo Lôbo. 2. Ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Orga. Igor Cezar. F. A. Gomes. Distribuição Clube do Livro Liberal. Editora Vozes.

MEIRA, Silvio. *O direito vivo*. Goiânia. UFG, 1984.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: *Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2017. (Série IDP).

MIRANDA, Pontes de, 1892. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Pontes de Miranda. 2. ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1981.

MONTEIRO, Hamilton de Mattos. *Da república velha ao estado novo*. In: *Linhares, Maria Yedda (org.). História geral do Brasil*.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Montesquieu. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Paidéia).

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. André Franco Montoro. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Lira. *Castello: a marcha para a ditadura*. Lira Neto. São Paulo. Contexto. 2004.

PEIXOTO, Matos. *Curso de Direito Romano*. I, 4. ed. n 11.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direitos civil. Tradução de Maria Cristina De Cicco 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do direito civil. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.

POLETTI, Ronaldo. Elementos de direito romano público e privado. Ronaldo Poletti. 1. ed. Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In. Repesando Fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Carmem Lucia Silveira Ramos. et. al. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

REIS, Daniel Aarão. Ditadura e democracia no Brasil: Do Golpe de 1964 à Constituição de 1988. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil. In. Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Jean-Jacques Rosseau. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3. Ed. São Paulo. Martins Fontes. 1996. (Clássicos).

SARLET, INGO. Curso de direito constitucional. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo. Saraiva, 2015.

STEIN, Ernildo, Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger. Injuí, Unijuí, 2011.

STEIN, Ernildo. Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma. Ijuí. Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio. Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014.

SURGIK, Aloysio. O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil. In SCHIPANI, Sandro (org.) Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova: Cedam, 1988.

TARTUCE, Flávio Direito civil, v. 5. Direito de Família. Flávio Tartuce. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. In: Manual de teoria geral do direito civil. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, coordenadores. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (e seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). In. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 306, p. 77 abr-ju. 1989.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In. TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil. estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Gustavo Tepedino. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil, imobiliário Agrário e Empresarial. São Paulo, a. 17, nº 65, p. 21-22, jul./set., 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. Fernando da Costa Tourinho Filho. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

TRIBE, L.H. The puzzling persistence of process-based Constitutional Theories. In. The yale law journal, vol. 89, 1073, 1980.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. Revista da Faculdade de direito da universidade de São Paulo. v. 89. 1994.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre. Fabris, 1994.

ZIZEK, Slavoj. A visão em paralaxe. São Paulo. Boitempo, 2008.