



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**DEISE ARAÚJO BARBOSA**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A MICRONORMATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES  
PRIVADAS EM PROL DA ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO**

**FORTALEZA**  
**2013**

DEISE ARAUJO BARBOSA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A MICRONORMATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES  
PRIVADAS EM PRÓL DA ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA  
2013

**DEISE ARAÚJO BARBOSA**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A MICRONORMATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES  
PRIVADAS EM PROL DA ABERTURA DO SISTEMA JURÍDICO**

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Direito, da Universidade Federal  
do Ceará (UFC), como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior (orientador).

Universidade Federal do Ceará – UFC.

---

Mestranda Tainah Simões Sales.

Universidade Federal do Ceará – UFC.

---

Mestranda Fernanda Castelo Branco Araújo.

Universidade Federal do Ceará – UFC.

“A justiça engrandece a nação,  
mas o pecado é uma vergonha para  
qualquer povo” (Provérbios,  
14:34). A todos os juristas cristãos,  
que não cessem suas vozes.

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, fonte de toda sabedoria, por abrir sonhos na minha vida maiores do que os meus próprios.

Aos meus pais **José Viana Barbosa Filho** e **Clotilde Maria Araújo Barbosa**, por terem priorizado sempre meu futuro acima de qualquer dificuldade e me ensinado que a perseverança e a determinação são essenciais para se alcançar projetos.

Ao meu irmão **Daniel Araújo Barbosa**, pelo exemplo como ser humano e profissional e por mostrar com suas experiências o que vem pela frente.

Ao professor **William Paiva Marques Júnior**, pela dedicação exemplar que dispensa a todo o corpo discente da Universidade Federal do Ceará, e pela atenção e solicitude prestada a este trabalho.

Às mestrandas **Tainah Simões Sales** e **Fernanda Castelo Branco Araújo**, pela gentileza e disponibilidade em compor a banca de apresentação desta monografia.

Ao **CEDIC** – Centro de Estudos em Direito Constitucional – pela preciosa contribuição para o enriquecimento deste trabalho por meio das valorosas discussões.

Ao **Mateus Albuquerque Mourão**, ainda presente na minha vida, pela companhia, momentos de apoio incondicional diante de todas as dificuldades desta fase e por seu amor que me motivou e me deu serenidade para seguir em frente.

Enfim, a todos os amigos e colegas, em especial **Maryane Cavalcante Mendese Naiara Santarém**, que servem de exemplo e cuja presença em minha vida se faz essencial; à **G.A.F.**, espelho do meu sucesso; e ao **Grupo Família**, onde sempre encontro paz e renovação.

## RESUMO

A constitucionalização e a micronormatização do Direito Civil em prol da abertura do sistema jurídico consiste, em primeiro lugar, em rever o fenômeno fático hodierno que se reveste de relevância por ser uma tendência internacional que, paradoxalmente, vem encontrando resistência no mundo jurídico, tendo em vista a tradição clássica da proeminência do uso da metodologia de codificação notadamente juriscivilística, a partir, e.g., do *Code Civil* francês de 1804. O trabalho visa descrever e refletir juridicamente como este fenômeno legiferante mundial repercute na abertura do sistema jurídico. A repercussão sobredita pode ser examinada de várias facetas. Primeiramente, e.g., a unificação do ordenamento jurídico em torno da supremacia constitucional. Em seguida, na diminuição progressiva da dicotomia secular existente entre as searas pública e privada. Por fim, na harmonização do sistema jurídico no que se refere à centralização da Constituição, tanto no sentido da aplicação do direito positivo dito infraconstitucional como na hermenêutica jurídico-constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Microsistemas. Constitucionalização. Sistema aberto.

## **ABSTRACT**

The constitutionalization and micronormatization of Civil Law in favor of the opening of the legal system is, at first, to review the factual today's phenomenon which is of relevance because it is an international trend that, paradoxically, has encountered resistance in the legal world, considering the classical tradition of the prominence of the codification's methodology notably juriscivilist, from, eg, the French Civil Code of 1804. The work aims to describe and juridically reflect how this phenomenon affects the global opening of the legal system. The aforesaid repercussions can be examined in many facets .Firstly, eg, the unification of law around the constitutional supremacy. Then, the progressive decrease in the secular dichotomy between the public and private cornfields. Finally, harmonization of the legal system in relation to the centralization of the Constitution, both in the sense of the application of positive law as stated infra-constitutional legal hermeneutics.

**KEYWORDS:** Microsystems. Constitutionalization. Open system.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2</b>	<b>O CONSTITUCIONALISMO E AS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	10
2.1	O constitucionalismo clássico e as codificações oitocentistas.....	10
2.2	O movimento codificador oitocentista.....	11
2.3	Neoconstitucionalismo e a descodificação das relações privadas .....	13
2.4	O movimento descodificador do século XX.....	14
<b>3</b>	<b>A MICRONORMATIZAÇÃO E A ABERTURA DE SISTEMAS COMO REFLEXO DA DESCODIFICAÇÃO</b> .....	18
3.1	A noção de sistema jurídico.....	18
3.2	A abertura do sistema jurídico.....	19
<b>4</b>	<b>A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	22
4.1	O conceito de constitucionalização.....	23
4.2	Institutos civis constitucionalizados.....	27
4.3	A constitucionalização como unificação do sistema.....	30
4.4	Propostas na mutação da codificação civilística.....	34
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	36
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	38

## 1. INTRODUÇÃO

As primeiras legislações civis modernas correspondiam ao movimento de codificação desenvolvido ao longo do século XIX na Europa, materializado no precursor Código Civil de Napoleão e na sistemática da *civil law*. Tais legislações buscavam regular, de forma completa e exaustiva, as relações sociais, de modo a garantir segurança jurídica à classe protagonista do ideal codificador - a burguesia -, tendo em vista que tal se fazia essencial ao desenvolvimento da economia capitalista.

Essas codificações tiveram ampla relação com o constitucionalismo moderno que à época se desenhava, buscando uma mais precisa delimitação do Estado mínimo aos moldes liberalista, em oposição ao regime absolutista que ora se impunha. Ambos mantinham forte correlação pela aspiração a um sistema de leis que protegesse o indivíduo das arbitrariedades do Estado e, em contrapartida, lhes possibilitasse uma autonomia privada, característica do modelo político-econômico neoliberal que se instalava.

No entanto, a partir do nascimento do *WelfareState* na Europa, no início do séc. XX, observou-se, em resultado a um intervencionismo estatal crescente, a multiplicação cada vez mais intensa das legislações especiais paralelamente aos direitos consagrados nos Códigos Civis, manifestando uma tendência de afastamento destes, uma vez que consagravam valores muitas vezes opostos àqueles outrora positivados.

No Brasil, observa-se um movimento codificador tardio, concretizado apenas em 1916, com a edição do Código Civil. De qualquer forma, já na década de 1930 se observa a instauração do Estado Social, com criação de diversas normas paralelas à legislação codificada, fazendo surgir os chamados microssistemas.

Tal processo foi consentâneo do movimento neoconstitucionalista que se iniciou no contexto do Pós-Guerra, instaurando uma ordem constitucional baseada na tutela preponderante dos direitos fundamentais individuais e coletivos, na irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico e na repersonalização de todo o sistema.

Ademais, dessas transformações resultou a constitucionalização das legislações reguladoras das relações privadas, movimento este compreendido tanto pela incidência das normas constitucionais no Direito Privado, em limite à atuação do legislador, como pelos efeitos hermenêuticos que aquelas projetam no campo infraconstitucional, tornando-se um norte orientador da interpretação e da aplicação do direito no caso concreto.

Tal processo embasa a abertura do sistema jurídico, assim compreendida como a incompletude proposital do ordenamento, de forma a permitir uma maior mobilidade e adaptação do Direito às novas situações que constantemente se renovam.

Busca-se, como objetivo primordial e geral, demonstrar como esta tendência atual, inevitável por si só, pode ser entendida como favorável tanto à sociedade quanto ao Direito Brasileiro, sob três aspectos: a unificação do ordenamento, a mobilidade do sistema e a simplificação da ordem constitucional.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO E AS RELAÇÕES PRIVADAS

Sabe-se que o constitucionalismo, assim definido como a teoria que ergue o princípio do governo limitado, tem origem nas mais remotas sociedades civis, personificado nas primitivas lutas pela positivação de regras de atuação do Poder Público. Porém, ganhou mais força e atingiu sua maior expressão, impondo-se como movimento político, apenas a partir do século XVIII, quando, instaurando o Estado Constitucional, buscou limitar a autoridade do Poder Público perante seus súditos, de forma a livrar as nações ocidentais do exercício arbitrário do poder estatal que até então se sobrepujava aos reais interesses sociais, aos moldes absolutistas.

### 2.1 O constitucionalismo clássico e as codificações oitocentistas

Nessa esteira, como aduz Cesar Luiz Pasold<sup>1</sup>, o Constitucionalismo clássico constrói sua doutrina sobre três pilares: o iluminismo como proposta filosófica, o liberalismo econômico, repelindo a intervenção estatal, e o liberalismo político como forma de consagrar os direitos fundamentais primeiros dos cidadãos.

Também sofreu aquele influência do jusnaturalismo, cujo ideário inspirou movimentos precursores do nascimento da atual concepção de Direito Constitucional, tais como as Revoluções Inglesas e Francesas. Luís Roberto Barroso<sup>2</sup> explica que a crença de que o homem possui direitos naturais, qual seja, um espaço de liberdade e integridade a ser preservado com força *erga omnes*, influenciou fortemente as revoluções liberais e fermentou as doutrinas políticas de cunho individualista que se contrapuseram à monarquia absoluta.

Note-se que, nesse viés, o movimento constitucionalista clássico em grande parte é vislumbrado como precursor das codificações civis que sobrevieram no decorrer do século XIX. Como afirma Paulo Netto Lôbo<sup>3</sup>, tanto o constitucionalismo como as codificações são

---

<sup>1</sup>PASOLD, César L. **O constitucionalismo e a contemporaneidade**. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, ano 2, n. 1, p. 55-59, jan./jul. 1996, pág. 33.

<sup>2</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral, pág. 361.

<sup>3</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil** in Rev. de Informação Legislativa 141/109, Brasília, 1999, pág. 101.

contemporâneos do advento do Estado liberal, bem como da afirmação do individualismo jurídico. Ambos se entrelaçam e se completam: um limita profundamente o Estado e o poder político, escrevendo normas públicas cogentes; a outra, na seara privada, assegura o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo patrimonial.

Para Barroso<sup>4</sup>, o jusnaturalismo racionalista também se fez presente no Código Civil francês de 1804 e na tradição juriscivilísticaromano-germânica, ocasião em que o direito natural foi “domesticado e ensinado dogmaticamente”, de forma a promover a identificação entre direito e lei. Nesse jaez, o início do Estado Liberal marcou, em se consolidando em textos escritos os ideais constitucionais e a regulamentação da vida privada, o apogeu da doutrina jusnaturalista.

#### 5.1 O movimento codificador oitocentista

A origem das codificações civis ocidentais modernas remete ao contexto da Revolução Francesa, em que, imbuída do espírito libertador das correntes opressoras do Estado Moderno absolutista, a sociedade francesa reivindicou a edição de uma legislação protetora dos arbítrios praticados pelos governantes. Tinha-se implícito no ideal de “igualdade” defendido pelos revolucionários o rompimento com os alvedrios praticados pela magistratura francesa, a qual, baseada no casuísmo, decidia, na maioria das vezes, a favor da manutenção dos privilégios danobreza em detrimento dos interesses dos mais pobres.

Além disso, buscava-se impor limites à intervenção do Estado nas relações privadas, que, supremo e absoluto, atuava perante os particulares de forma opressiva e autoritária, proibindo ou permitindo operações conforme melhor lhe conviesse. Dessarte, notou-se necessária a criação de um sistema legal único, capaz de limitar de forma legítima a atuação estatal, além de submeter toda a sociedade à observância das normas impostas, igualmente e coercitivamente.

Nesse contexto, nasce o Código Civil Napoleônico em 1804, o qual, impregnado de ideais libertários, refletia a ânsia do povo francês em consolidar os direitos fundamentais reconhecidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

---

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral, pág. 362.

Tal Código, analisado formalmente, correspondeu a um antigo desejo de unidade legislativa, dividido em três livros principais, dando enfoque a dois valores fundamentais: propriedade e contrato. Nota-se, nesse ínterim, uma forte influência do *Code Civil* francês sobre as legislações civis que se seguiram, tais como os códigos civis suíço e austríaco.

Na construção histórica observa-se a promulgação do Código Civil Alemão (conhecido como BGB), em 1896, fruto da unificação política e da instalação do então império em 1871. É considerado por muitos um marco para o Direito Civil no nosso sistema, tendo em vista ter sido o primeiro código orgânico, isto é, dividido parte geral e livros especiais. Trata-se, destarte, de uma forte influência ao Código Civil brasileiro de 1916 e de todas as codificações subsequentes do século XX.

Note-se que essas codificações, embora promulgadas em tempos tão esparsos, conservam a mesmas características: pode-se dizer que constituem uma verdadeira “constituição da vida privada”, tendo o intuito de abranger todos os aspectos das relações entre particulares. De fato, como bem afirma Maria Celina Bodin de Moraes<sup>5</sup> em explanação: o Direito Civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual.

Dessa forma, estabeleciam uma rígida dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, vez que era visível a delimitação do campo de atuação de cada esfera: ao primeiro, caberia a regulação da organização do Estado, bem como a tutela de interesses gerais, ao passo que, ao segundo, restaria a regulamentação de todos os aspectos da vida do homem na sociedade.

Por fim, consagravam o que Paulo Bonavides<sup>6</sup> chamou de “direitos fundamentais de primeira geração”, os quais podem ser caracterizados como direitos do indivíduo exercitáveis em face do Estado, funcionando como uma esfera negativa de proteção perante aquele. As Constituições, portanto, eram marcadas pela grande concessão de liberdades, sobretudo em relação ao direito de propriedade, de forma a estabelecer uma ampla autonomia econômica aos indivíduos.

---

<sup>5</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, 1991.

<sup>6</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 562-564

## 5.2 Neoconstitucionalismo e a descodificação das relações privadas

O jusnaturalismo encontrou seu apogeu nas consolidações constitucionais e civis do século XIX, mas, em contraposição, também seu esgotamento. Considerado anticientífico, restou à margem da ideologia jurídica até a segunda metade do século XX, quando foi novamente resgatado pelos juristas<sup>7</sup>.

Nesse período, ascendeu a teoria doutrinária do positivismo jurídico, a qual defendia a cientificização do direito, tornando-a palpável e real, com características análogas às ciências exatas e naturais. Rejeitavam-se as especulações abstratas próprias da filosofia jusnaturalista, reduzindo o Direito a um conjunto formal de normas, puramente estatal<sup>8</sup>.

Segundo Luigi Ferrajoli<sup>9</sup>, foi no contexto após a Segunda Guerra que entendeu-se por uma superação do juspositivismo, promovendo-se uma reaproximação entre Direito e ética, dando origem a um novo movimento constitucionalista, com aspirações jusnaturalistas de sujeitar as leis a normas superiores consideradas inderrogáveis.

Esse constitucionalismo contemporâneo denominou-se neoconstitucionalismo, o qual veio a extinguir a separação entre direito e moral característica do positivismo jurídico, através da inserção nas Constituições de princípios de caráter essencialmente ético, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade social<sup>10</sup>. Por outro lado, Daniel Sarmento<sup>11</sup> aduz que:

as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios torna-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério”

<sup>7</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral, págs. 362-363.

<sup>8</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral, págs. 364 e 365.

<sup>9</sup>FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Traduzido por André Karam Trindade. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, maio 2010, pág. 96.

<sup>10</sup>FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Traduzido por André Karam Trindade. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, maio 2010, pág. 96.

<sup>11</sup>SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 114

Como explica Daniel Sarmiento<sup>12</sup>, também a percepção da capacidade de manipulação das maiorias políticas, tal como no nazismo alemão, provocou uma criação e um fortalecimento das jurisdições constitucionais, de modo a instituir mecanismos eficazes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Por conseguinte, a concepção de Constituição na Europa passou a compreender a autêntica norma jurídica, limitando o exercício do Poder Legislativo e justificando a invalidação de leis.

Nesse ínterim, note-se grande correlação entre esse movimento e aquele descodificador que ocorreu a partir do advento do Estado Social – ambos são eminentemente impregnados de valores sociais. Mantêm ambos intrínseca relação com a constitucionalização das relações privadas, o primeiro de causa, o segundo como consequência.

### 5.3 O movimento descodificador do século XX

A Era das Codificações enquadra-se perfeitamente no modelo político-econômico liberal daquela época, tendo em vista que consagrava autonomia e segurança ao indivíduo perante o Estado, garantindo uma limitação na intervenção deste nas relações econômicas.

Observe-se que, como ressalta Netto Lôbo<sup>13</sup>, esse período trouxe, não obstante as consequências desastrosas que o modelo político-econômico liberal provocou nas sociedades ocidentais, como legado, relevantes avanços jurídicos, tal como a liberdade e igualdade entre indivíduos, que, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos das relações jurídicas. Além disso, os códigos civis cristalizaram a igualdade formal também de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*.

No entanto, nota-se seu declínio a partir do século XX, quando concorreram vários fatores para fazer surgir a necessidade de uma assistência social do Estado, tais como os problemas remanescentes da Primeira Guerra Mundial, as crescentes disparidades sociais surgidas da exploração do trabalho assalariado, o fortalecimento do socialismo, entre outros.

---

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel coord.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág 144.

<sup>13</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil** in Rev. de Informação Legislativa 141/109, Brasília, 1999, pág. 101.

Surgem, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos fundamentais sociais), caracterizados por uma prestação positiva do Estado, de forma a intervir nas relações entre particulares, em nome da Justiça Social.

Diante desta nova realidade, o Estado passa a se movimentar por meio de leis extravagantes, atendendo às demandas sociais emergentes na proteção jurídica aos novos direitos, dando a esse processo o nome de "descodificação". A princípio, tais legislações tratavam de meras leis de emergência, excepcionais, incapazes de alterar a auto-suficiência do Código Civil. Aos poucos, no entanto, diante da constante mobilidade do Direito Civil, cresce cada vez mais o número de institutos tutelados pelas leis extracodificadas, passando estes a constituírem microssistemas, independentes e paralelos ao Código central.

No Brasil, o primeiro Código Civil, de 1916, nasceu bem depois das primeiras codificações europeias, quando estas já estavam em processo de descodificação, e já na década de 1930 sofreu os impactos do advento do Estado Social, com o surgimento de leis especiais, como o Código de Menores (1927) e posteriormente a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1934.

Como explica Gustavo Tepedino<sup>14</sup> :

assim é que se contabiliza, a partir dos anos 1930, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil. Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador.

Orlando Gomes<sup>15</sup>, por sua vez, ensina que, nesse período, houve o desencadeamento de um movimento revisionista, de índole essencialmente solidarista, que tinha o escopo de redirecionar a produção jurídica em vista da sobreposição do interesse geral ao interesse particular que outrora se impunha. Em se limitando a autonomia privada, fez-se surgir leis especiais, de *emergência*, destinadas a promover uma efetiva tutela estatal das classes hipossuficientes.

Adverte ainda o autor<sup>16</sup> que inútil se faria uma tentativa de justaposição de tais leis extravagantes à codificação: algumas leis especiais, como o estatuto da mulher casada e o

---

<sup>14</sup>TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: Temas de Direito Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 5.

<sup>15</sup>GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, pág. 18.

<sup>16</sup>GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 45.

regime do inquilinato, poderiam ser enxertadas no corpo de um novo Código Civil, mas de duas, uma: ou seriam alteradas para ajustamento ao sistema, provavelmente com retrocesso, ou seriam transplantadas na íntegra, reduzindo o novo Código a simples e inútil consolidação com outro nome e com a mesma função coagulante.

A partir da década de 1960, com a evolução desse fenômeno micronormatizador, já não se falava mais de leis reguladoras de um direito especial. Cuidava-se do surgimento de estatutos, que passaram a cingir inteiras matérias que surgiam com o desenvolvimento das relações privadas. A esse novo período, Gustavo Tepedino<sup>17</sup> denomina de “a era dos estatutos”.

Paralelamente, observa-se, em decorrência de uma maior intervenção assistencialista do *WelfareState* que se solidificava, um movimento no sentido de publicizar os institutos jurídicos civis, introduzindo nas Cartas Constitucionais os direitos sociais emergentes. O legislador ordinário, ao prestar uma maior importância aos direitos assistenciais, passa a regular institutos até então próprios do Direito Privado, tanto em relação às relações verticais, quanto naquelas ditas horizontais, muitas vezes limitando a autonomia da vontade individual, outras relativizando a propriedade privada com a consagração da noção de sua função social.

Natalino Irti<sup>18</sup> explica, portanto, que a perda da centralidade do Código Civil no ordenamento jurídico privado é a grande consequência da Era da Descodificação, sendo aquele substituído aquele pelas leis especiais e assumindo a função de regular apenas residualmente a vida civil.

Caracteriza-se a Era da Descodificação, portanto, pela perda do Código Civil da centralidade do ordenamento jurídico civil, passando este a se relacionar, segundo Natalino Irti, de forma geral e residual com a micronorma.

Consoante aduz Pietro Perlingieri<sup>19</sup> a Constitucionalização do Direito Italiano alcançou, de modo especial, o Direito Civil Italiano, em questões como: o adultério; o uso do nome do marido; o direito sucessório dos filhos ilegítimos dentre outros.

---

<sup>17</sup>TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**, in Problemas de Direito Civil Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pág. 04.

<sup>18</sup>Cf. IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1999.

<sup>19</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1-5.

Neste jaez tem-se que muitas matérias atinentes às relações privadas foram revistas à luz dos comandos constitucionais, o que ensejou o processo denominado de ‘descodificação do Direito Civil’.

## 6 A MICRONORMATIZAÇÃO E A ABERTURA DE SISTEMAS COMO REFLEXO DA DESCODIFICAÇÃO

Com o advento do Estado Moderno verificou-se a gênese da noção de sistema jurídico e o surgimento do modelo capitalista de economia, a partir da noção de necessidade de se proporcionar ao ordenamento jurídico existente (assim entendido tão somente como o conjunto de normas vigentes) uma maior articulação e harmonia. Ainda hoje, porém, são múltiplas as concepções de sistema jurídico adotadas pelos doutrinadores.

### 6.1 A noção de sistema jurídico

Para Claus-Wilhelm Canaris<sup>20</sup>, o conceito de sistema jurídico ainda é determinado pela definição estabelecida por Immanuel Kant, o qual o analisa sob a ótica de duas características a ele inerentes: a ordenação e a unidade. Quanto à primeira, explica o doutrinador que exprime "um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade"; dessa forma, a ordenação encontra-se respaldada a partir do momento em que seja possível enquadrar o caso concreto na prescrição normativa, fornecendo-lhe eficácia *erga omnes*. O segundo elemento, por sua vez, impede a "dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais". Ou seja, trata-se, segundo o autor, de uma decorrência da própria ordenação, vez que determina seja eliminada qualquer contradição entre os sentidos extraídos das normas.

Analisa Canaris<sup>21</sup>, por outro lado, a noção de sistema sob dois prismas, adotando outra definição de sistema, concebida por Eisler: o sistema objetivo, também denominado real, assim entendido como aquele que constitui a própria fonte de onde emana o direito subjetivo; e o sistema científico ou lógico, que se ocupa em compreender o primeiro. De forma que "ambos estão, de fato, em conexão estreita, devendo o primeiro ser o correspondente o mais

---

<sup>20</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 12-13.

<sup>21</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 13.

fiel possível do último, de modo a que a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade".

## 6.2 A abertura do sistema jurídico

Além destas definições, apresenta também o autor as noções de sistema jurídico *aberto e fechado*, as quais mostrar-se-ão essenciais ao desenvolvimento do presente trabalho. Entende-se como sistema jurídico fechado aquele contextualizado com a Era das Codificações do século XIX, as quais, influenciadas pelo jusracionalismo, que encontra-se intimamente concatenado ao Estado Moderno, tinham por aspiração a completude do ordenamento jurídico, constituído por normas imutáveis, absolutamente claras, de modo a não restar margem a ampla interpretação. O sistema jurídico aberto, por outro lado, fundamenta-se na ideia de incompletude do ordenamento jurídico e na sua mutabilidade, permitindo a sua constante evolução.

O sistema fechado, de acordo com Eduardo dos Santos<sup>22</sup>, nasce no contexto do advento do positivismo jurídico. Em decorrência do enfraquecimento da justiça pelo arbítrio e interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais, a burguesia revolucionária intencionou instaurar um sistema de Direito baseado na previsibilidade e segurança jurídica. A Escola da Exegese teve importante papel nesse processo, limitando o direito à lei e a tarefa do jurista à mera aplicação da lei.

A Era das Codificações, portanto, consagrou os sistemas jurídicos *fechados*, uma vez que os códigos se propunham a conter todas as soluções para os possíveis conflitos, bastando-se e esgotando-se em si mesmo. Adotou, dessarte, uma auto-suficiência normativa, de forma a limitar a atuação hermenêutica do aplicador do direito. Em nome da segurança jurídica tão almejada, revestiu-se o ordenamento de uma proteção contra o arbítrio do poder estatal, fosse ele no sentido de criar novas fontes normativas, fosse ele para, diante do caso concreto, decidir casuisticamente.

A ideia de completude do ordenamento jurídico, típica do sistema fechado do século XIX, sofreu forte influência do juspositivismo, que, aproximando quase plenamente o

---

<sup>22</sup>SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

Direito da norma, buscou preenchê-lo de conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso concreto que se impusesse, negando a existência de lacunas<sup>23</sup>.

Inicia-se, dessarte, o processo de abertura do sistema jurídico, o qual se reveste de uma maior mobilidade, acompanhando as novas demandas sociais que se impõem.

Como ensina Luis Roberto Barroso<sup>24</sup>, o século XXI se inicia com uma noção de sistema jurídico aberto de valores, o qual, em se comunicando com a Constituição, traduz-se pela permeabilidade a elementos externos e pela renúncia à pretensão de se esgotar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas no mundo real.

Nesse sentido Canaris<sup>25</sup> explica que entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; por conseguinte, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto, pois é um fato geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra em mudança permanente.

Para o autor, portanto, as ideias de incompletude e modificabilidade do sistema se somam na conquista de um sistema aberto, vez que apenas se admite a possibilidade de formulação constante do ordenamento contanto se admita sua complementaridade.

Ademais, divide Canaris<sup>26</sup> a abertura em dois sentidos. Por um lado, há que se impulsionar constantemente a abertura do *sistema científico*, mediante a aceitação de provisoriedade do conhecimento científico. Necessita esse trabalho de elaboração de constantes projetos transitórios, de modo a evitar a fixação da ciência jurídica. De outra feita, abre-se também o *sistema objetivo*, de modo a aperfeiçoá-lo sempre com a introdução de novos institutos, princípios e entendimentos jurisprudenciais.

---

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral.

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral, pág. 373.

<sup>25</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 104.

<sup>26</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 105.

### 6.3 As cláusulas gerais e a mobilidade do sistema

As primeiras codificações, em se enquadrando em um sistema fechado, utilizavam a técnica da casuística nos textos normativos, almejando fixar de modo exaustivo os critérios para enquadrar as situações nos casos normados. Por conseguinte, explica Judith Martins-Costa<sup>27</sup> que, em decorrência da pretensão de completude da tipicidade, configurou-se uma situação de forte rigidez e imutabilidade ao sistema, provocando um natural envelhecimento dos Códigos Civis.

O atual Código Civil, como se expôs, não tem a pretensão de se definir em um modelo fechado tal qual as codificações oitocentistas. Ao contrário, encontra inspiração na estrutura aberta, móvel. Nesse ínterim, entende-se que as cláusulas gerais, técnica legislativa de integração das micronormas, constituem instrumento de tal flexibilidade, tendo em vista viabilizar a sistematização de normas metajurídicas no ordenamento positivo, possibilitando a sua concreção no mundo jurídico.

Essa nova fonte jurídica é caracterizada por possuir conteúdo de cunho intencionalmente vago e restar imprecisos os termos da *fattispecie*, empregando os denominados “*conceitos jurídicos indeterminados*” e rejeitando uma precisa tipificação. Atuam tecnicamente, pois, como *metanormas*, cujo objetivo é tão somente fornecer ao juiz comandos de aplicação *in casue* permitir à jurisprudência formular as respostas aos problemas da sociedade.

Explica Perlingieri<sup>28</sup> que legislar por meio de cláusulas gerais significa deixar ao juiz, intérprete da lei, uma maior possibilidade de adequar a norma às situações de fato. Certas expressões, tais como boa-fé e equidade passam a assumir diferentes significados de acordo com a visão global do ordenamento na qual se insere.

Dessa forma, afasta-se o imobilismo pela possibilidade de criação e complementação constantes de normas jurídicas sob sua observância.

---

<sup>27</sup>MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 15, 1998.

<sup>28</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359 p. Tradução de: Maria Cristina de Cicco, pág. 27.

## 7 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Sabe-se que a origem da Constitucionalização das instituições do Direito Privado e Público remonta ao movimento neoconstitucionalista ocorrido a partir da segunda metade do século XX, no contexto histórico do Pós - 2ª Guerra, a partir do qual se verificou a necessidade de um redirecionamento do constitucionalismo de grande parte das nações ocidentais.

Anteriormente, o constitucionalismo regente das criações constitucionais mantinha a Constituição tão somente como norte para a atuação legiferante, tendo como conseguinte o fato de que apenas a aplicação legislativa poderia ser invocada diante do caso concreto. Esta, por sua vez, em sendo formalmente legítima, muitas vezes servia de instrumento para fundamentar inúmeras atrocidades e violações aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse íterim, uma das maiores inovações impostas pelo movimento neoconstitucionalista foi o reconhecimento da força normativa das Leis Fundamentais às novas ordens constitucionais que se impunham. Luís Roberto Barroso<sup>29</sup> explica que a partir de então atribuiu-se à norma constitucional o condição de norma jurídica, vale dizer, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, passando a ser dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas.

Dessa forma, sobreveio, no campo da realização do direito, uma expansão da jurisdição constitucional, em detrimento da supremacia do Poder Legislativo que antes vigorava, fazendo sobrevirem cada vez mais mecanismos de controle de constitucionalidade. De acordo com Barroso<sup>30</sup>, as novas ordens envolviam:

a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

---

<sup>29</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007, pág. 06.

<sup>30</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007, pág. 06.

Ademais, adotou-se uma nova interpretação do Direito: a interpretação de acordo com a vontade constitucional. Conseqüentemente, conflitos jurídicos passaram a ser resolvidos mais *in caso* do que abstratamente, em se analisando, através de maior ativismo judicial, a situação no caso concreto e se aplicando a solução mais constitucional possível.

Por fim, note-se uma intensificação quantitativa de princípios no ordenamento constitucional, os quais passaram a se infiltrar também no sistema infraconstitucional como forma de efetivação da força normativa da Constituição, dando maior aplicação à forma de solução de conflitos ponderativa. Como observa Humberto Ávila<sup>31</sup> :

As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandaram uma participação maior do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação.

O novo constitucionalismo, portanto, instaurou diversas mudanças que, intrinsecamente relacionadas, direcionariam a elaboração das novas constituições ocidentais.

## 7.1 O conceito de constitucionalização

Acerca das teorias de Constitucionalização do Direito, Virgílio Afonso da Silva<sup>32</sup> apresenta duas análises: a de Schuppert e Bumke e aquela de Louis Favoreu.

Para os primeiros doutrinadores<sup>33</sup>, o principal atuante do processo constitucionalizador é o próprio legislador, o qual realiza a reforma legislativa, através da qual

---

<sup>31</sup>ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”; *in: Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 17, jan-mar de 2009, Salvador, Bahia, pág. 2.

<sup>32</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 38-49.

<sup>33</sup>SCHUPPERT, Gunnar Folke, e BUMKE, Christian. **Die Koonstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts**. Baden-Baden, Nomos, 2000, págs. 9-23 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

se emenda constantemente o ordenamento, adaptando-o aos novos paradigmas constitucionais. Note-se que, para se obter um eficaz acompanhamento das legislações ordinárias às mudanças constitucionais, deve o legislador mover-se com celeridade.

Deve-se considerar, também, o papel do Poder Judiciário nesta prática, cabendo a este a aplicação e interpretação da norma infraconstitucional conforme a Carta Maior. A chamada *interpretação conforme a Constituição*, importante ferramenta constitucionalizadora do ordenamento, determina que, diante de normas de múltiplos significados, deve o aplicador da norma buscar o sentido axiológico que se revele mais compatível com o texto constitucional, gerando, dessarte, em não se observando pura e simplesmente a letra da lei, um melhor aproveitamento do texto constitucional. É no âmbito jurisdicional, portanto, que se revelam com maior clareza a influência da norma suprema sobre a resolução dos litígios.

Sobre o tema, não obstante a importância desta técnica, Gustavo Tepedino<sup>34</sup> atenta para a existência, no presente, de uma tendência doutrinária que rumo para uma espécie de técnica de interpretação conforme *às avessas*, a qual se forma a partir do ponto em que certos doutrinadores, imbuídos pela maior especificidade da norma infraconstitucional, e por isso maior concretude, são tentados a adaptar os preceitos constitucionais aos comandos pormenorizados da regra raquítica, invertendo involuntariamente a supremacia do ordenamento jurídico. Observa o autor que a fundamentação hermenêutica, sendo axiológica e não lógica, deve ser manifestada em um único sentido: partindo-se do núcleo constitucional, em direção aos julgados e às elaborações legislativas.

Além disso, ambos os poderes devem concentrar sua atuação de forma a proporcionar o que os doutrinadores tipificam de *irradiação das normas constitucionais*, isto é, a infiltração dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, proporcionando uma constante revisão dos institutos em desconformidade.

Para ilustrar, Luiz Edson Fachin<sup>35</sup> explica que o princípio da dignidade da pessoa humana deve incidir direta e imediatamente sobre as relações privadas, não mais tendo que se

---

<sup>34</sup>TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil-constitucional e suas perspectivas constitucionais**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 31.

<sup>35</sup>FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, 2008, pág. 113.

falar na barreira dogmática que remotamente se ergueu entre Constituição e Direito Civil, pela qual apenas se justificava a incidência das normas constitucionais sobre as relações interparticulares mediante adequação destas às normas e princípios próprios do daquele.

Dessa forma, tem-se hoje a repercussão do princípio da dignidade da pessoa humana nos três principais pilares do Direito Civil: a propriedade, o contrato e a família. Quanto ao primeiro, pode-se citar a submissão a que lhe impõe a função social, tendo em vista constituir esta um instrumento concretizador da dignidade, determinando uma funcionalização das situações subjetivas patrimoniais àquelas existenciais. Como consequência, explica o autor a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da tutela de um *patrimônio mínimo personalíssimo*, princípio que se propõe a assegurar a qualquer indivíduo um mínimo patrimonial capaz de propiciá-lo um livre desenvolvimento de capacidades individuais<sup>36</sup>.

Ademais, quanto à liberdade contratual, como instrumento de trânsito jurídico por excelência, a qual também se submete a uma funcionalização por força do artigo 170 da Constituição, que expressamente prevê que a livre iniciativa deverá ser exercida em função da existência digna e da justiça social. Também sob a ótica contratual, tem-se que o princípio civil da boa-fé, em se juridicalizando um espírito ético de alteridade e de solidariedade, pode ser considerado corolário do mandamento constitucional de dignidade.

Ainda, o direito civil, relativamente ao regramento familiar, perdeu grande parte de seu caráter patrimonial que prevalecia quando da codificação anterior, o que se dá pelo fato de ter o legislador hodierno outro foco: preservar a entidade familiar no seu aspecto afetivo, de forma que esta sirva de instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade de seus componentes. Como defende Fachin<sup>37</sup>: trata-se de proteger um espaço de afeto e, simultaneamente, oferecer meios de tutela da dignidade dos componentes da família quando aquele se extingue e os vínculos se rompem.

Por fim, há que se falar da doutrina como parte, atuando como alicerce teórico que baseia e fundamenta o processo constitucionalizador, embora tal transformação no Direito

---

<sup>36</sup>FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, 2008, pág. 113.

<sup>37</sup>FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, 2008, pág. 117.

Civil possa encontrar alguma resistência, tendo em vista a inevitável submissão deste sob o Direito Constitucional.

Por outro lado, Louis Favoreu<sup>38</sup> atribui um enfoque diverso à constitucionalização do direito, dividindo-a em três espécies. A primeira, constitucionalização-juridicização, constitui um meio de aplicação direta da Constituição sobre o caso concreto, configurando um processo de juridicização da própria norma constitucional. Tal teoria, não obstante a resistência prática encontrada quando diante do caso concreto, vem ganhando adesão por parte da melhor doutrina, a qual defende a possibilidade de a norma constitucional ser fonte de disciplina das relações jurídicas sem a necessidade da concomitante incidência de uma norma ordinária privada, aos moldes da aplicabilidade indireta.

A constituição-elevação, por outro lado, trata-se de um processo de ascensão na definição das competências legislativas, tendo como consequência uma absorção cada vez maior de matérias ordinárias pelo texto constitucional. De fato, nota-se uma efetiva catalogação da Constituição Federal acerca de inúmeras matérias infraconstitucionais dos principais ramos do direito. Como explica Luís Roberto Barroso<sup>39</sup>:

Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

Por fim, a constituição-transformação é a mais observada na nossa realidade, que consiste na incidência, nos diversos ramos do direito, de direitos e liberdades constitucionalmente previstos, transformando-os. Desse modo, a Constituição, irradiando sua força normativa, reveste-se em um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, assimilado também como uma *filtragem constitucional*, impõe em

---

<sup>38</sup>FAVOREU, Louis. **La constitutionnalisation du droit**, in Jean-Bernard Aubert al., *L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris, Economica, 1996, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>39</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007, pág. 19.

que toda a ordem jurídica seja lida e apreendida sob a ótica constitucional, de modo a realizar os valores nela consagrados.

## 7.2 Institutos civis constitucionalizados

Hodiernamente, verificam-se diversos institutos que, não obstante sua origem pré-constitucional, foram recepcionados pela nova ordem que em 1988 se instaurou, vindo, porém, a sofrer mutações em prol de uma constitucionalização dos seus aspectos.

A proclamação de uma Carta democrática e solidária, assecuratória das garantias fundamentais da pessoa humana, gerou uma nova compreensão da importância do homem, este visto a partir de então pelo seu simples *ser*.

O indivíduo passou a ser tratado como o centro do valor da tutela, de forma a fazer penetrar no meio jurídico um caráter antropocêntrico normativo, no qual o homem seja o centro do valor da tutela. Tal movimento constitui a chamada *repersonalização* das relações privadas, consentânea com o reposicionamento do indivíduo no ordenamento jurídico, de forma a valorizá-lo como pessoa humana e sujeito de direitos.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em evidente inovação em relação ao estatuto de 1916 e aderindo à tendência repersonalizadora, dedica especial zelo no tratamento dos direitos da personalidade, reflexos diretos dos direitos fundamentais constitucionais na seara privada. Esses direitos, como esclarece Filippo<sup>40</sup>, têm por objeto, devido ao seu caráter não patrimonial, bens integrantes da interioridade da pessoa, isto é, inerentes ao ser, sendo, por isso mesmo, absolutos, intransmissíveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, vitalícios e necessários.

Ademais, outra decorrência das novas tendências neoconstitucionais foi o redirecionamento do Direito Privado em direção à ótica humanista, até então essencialmente patrimonialista e proprietário. Como explica Ana Cecília Parodi<sup>41</sup>, os ordenamentos jurídicos modernos, como reflexo da inclinação firmada pelos ideais revolucionários da Revolução

---

<sup>40</sup>FILIPPO, Thiago Baldani. **Os direitos da personalidade em seus aspectos gerais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10161-10160-1-PB.pdf>, pág. 01. Acesso em 05/11/2013.

<sup>41</sup>PARODI, Ana Cecília; POPP, Carlyle. Resignificação do patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea. *In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília: 2008, pág. 6573.

Francesa, refletiam puramente uma visão patrimonializada do Direito, assegurando a melhor tutela aos bens propriamente ditos e não à pessoa humana diretamente, de forma a ceder exacerbado protecionismo aos valores patrimoniais, relegando menor interesse àqueles extrapatrimoniais ou imateriais do ser humano.

As codificações contemporâneas, por sua vez, entranhadas de aspirações constitucionais, em centralizando as necessidades do Homem afora seus aspectos economicamente apreciáveis, vieram a desconstituir a chamada *coisificação do Homem*, em prol de uma revalorização dos seus direitos subjetivos, de forma a ceder-lhe maior identidade normativa.

Consoante Gustavo Tepedino<sup>42</sup>, em se pondo a pessoa humana no centro do ordenamento, passa-se a conferir tratamento diferenciado aos direitos patrimoniais e aos existenciais, devendo aqueles ser funcionalizados a estes.

Ambos os movimentos repersonalizador e despatrimonializador, complementando-se e interagindo entre si, contribuíram para significativas mudanças nas regulamentações civis, dentre elas, a proteção do dano moral, com a conseqüente responsabilização não apenas daquele que comete ato ilícito contra o patrimônio de outrem, mas também contra sua honra, imagem, intimidade e equilíbrio emocional.

Também fez-se surgir a chamada função social, cláusula geral que perpassa diversos institutos civis com o intuito de imprimir-lhes nova leitura jurídica, ancorada no solidarismo ético. Nesse jaez, pode-se citar inicialmente a noção de propriedade extraída do Código Civil de 1916, insculpida no seu art. 544: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”. Note-se que o advento da Constituição de 1988 e a influência hermenêutica neoconstitucionalista requereram uma adaptação daquele instituto aos novos anseios do Constituinte: a obediência à função social da propriedade, consagrada no art. 5º, inciso XXIII da Carta Política, perdendo, pois, seu caráter absoluto. Bem é verdade que o atual Código Civil, em consequência à irradiação das normas constitucionais repersonalizadas e despatrimonializadoras por todo ordenamento infraconstitucional, tratou de dar novo enfoque ao direito de propriedade, impondo ao proprietário, em seu art. 1.228, §1º, a condição de exercê-lo “em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo a serem preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as

---

<sup>42</sup>TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil-constitucional e suas perspectivas constitucionais**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 32.

belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Por sua vez, a sistemática contratual também sofreu significativas modificações a partir da recepção sofrida. Como explica Orlando Gomes<sup>43</sup>, o antigo Código Civil cuidou de tratar dos contratos compreensivelmente, no seu Livro mais extenso, como a principal fonte de obrigações e a mais importante expressão da autonomia privada. Apoiou o seu tratamento em dois princípios basilares: a liberdade de contratar e a igualdade formal entre as partes.

A partir na nova concepção tomada com a evolução natural das relações privadas, passou aquele a assumir novo papel, com fundamento na intervenção cada vez maior do Estado Social emergente na vida econômica, de forma a limitar a autonomia privada dos contratantes.

Orlando Gomes<sup>44</sup> esclarece que, no decorrer da história do Estado Social, este incumbiu-se de impor restrições à liberdade de contratar, as quais se revelam pela criação de valores éticos ao plano jurídico, como o princípio da boa-fé e a noção de abuso de direito, a ideia de função social e, sob forma encoberta, pela aplicação dos conceitos da teoria objetiva da causa e pela quebra do princípio da força obrigatória do contrato.

A liberdade de contratar, destarte, atualmente se limita basicamente à faculdade de estipulá-los ou de se abster de fazê-los, de traçar seu conteúdo, de celebrá-los sob forma não especificada em lei e de escolher a outra parte contratante.

Nessa esteira, assevera William Marques<sup>45</sup> que o pagamento como forma de extinção das obrigações civis sofre os mais diversos influxos emanados da constitucionalização do direito civil, a cobrança não pode ser vexatória, a responsabilidade patrimonial do devedor é limitada ao montante que não afete a dignidade da pessoa humana como forma de assegurar o mínimo existencial. Não se extinguem mais as obrigações a todo custo, uma vez que os direitos fundamentais informam a conduta dos particulares.

---

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 34.

<sup>44</sup> GOMES, O. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, pág.18.

<sup>45</sup> MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Mutações do Direito Civil das Obrigações na Perspectiva da Constitucionalização das Relações Privadas**. Fortaleza: DIN.CE, 2012, pág. 30.

### 7.3 A constitucionalização como unificação do sistema

Conforme afirma Luiz Edson Fachin<sup>46</sup>: o princípio democrático e a dimensão material do texto constitucional é o atestado de que o aferir da *validade* do Direito Civil contemporâneo, do ponto de vista de sua legitimação, revela a coerência da construção que recolhe a força criadora dos fatos por meio da porosidade constitucional.

Gustavo Tepedino<sup>47</sup>, nesse ponto, adverte para uma possível fragmentação do Direito Civil, em face do surgimento de microssistemas paralelos ao código, tendo em vista que este perderia cada vez mais a sua posição hegemônica central, fazendo surgir conflitos normativos entre os múltiplos e díspares universos legislativos. A intensificação da produção legiferante, aliada à perda de um centro normativo, outrora ocupado pelo Código Civil, poderia conduzir a um patamar de insegurança nas relações jurídicas, seja ela no âmbito privado ou dos próprios particulares com o Estado.

A solução que o autor propõe é uma busca pela unidade do sistema, pondo a Constituição Federal no lugar central anteriormente ocupado pelo Código Civil. Em se admitindo uma nova ótica sobre o Direito Civil, observando-o sempre em consonância com os preceitos constitucionais, inevitável será uma maior integralização entre o Código e tais legislações orbitais, posto que o sentido constitucional mostrar-se-á capaz de sanar as antinomias que possam sobressair.

Expõe, ainda, que um dos efeitos da constitucionalização, como já defendido neste trabalho, é a *unificação da ordem jurídica*. Esta pode ser observada pela conversão progressiva das normas constitucionais em fundamento comum dos diversos ramos do direito, lugar antes ocupado pelos princípios gerais do Direito, que tendem a perder a importância perante aquelas.

Tal unificação admitiria a existência, segundo Gustavo Tepedino<sup>48</sup>, em torno da Constituição, de uma pluralidade de fontes normativas, harmonizando-as, sem que resulte disso a fragmentação jurídica. Posto isto, não há que se falar em coexistência de centros de

---

<sup>46</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 17.

<sup>47</sup>TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: Temas de Direito Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 12.

<sup>48</sup>TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil-constitucional e suas perspectivas constitucionais**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, págs. 28-29

gravidade autônomos, denominados por muitos *microsistemas*, tendo em vista que as diversas fontes normativas devem conviver com a unidade axiológica sob a influência constitucional.

Além disso, Pietro Perlingieri<sup>49</sup> explica que a descodificação não implica absolutamente a perda do funcionamento unitário do ordenamento, mas deve ser aquele identificado no incessante e tenaz trabalho do intérprete, de forma a reconduzir este os princípios da legislação descodificada em direção à unidade, tendo por meio a observância dos valores e princípios constitucionais, os quais se incumbirão de realizar uma eficaz relação entre o poder do Estado e o poder dos grupos, entre maioria e minoria.

Por outro lado, a unificação do sistema, em especial quando se fala na irradiação dos preceitos constitucionais, é vista sob o enfoque de relativizar ainda mais a distinção entre o direito público e o direito privado, porquanto tenha o condão de impregnar o sistema infraconstitucional dos valores superiores consagrados na Constituição. Desta feita, a diferenciação entre as esferas pública e privada baseia-se tão somente na prevalência de regulamentação das relações particulares ou coletivas, abandonando a rígida dicotomia outrora estabelecida desde a sistemática vigente no Direito Romano, a qual inseria o segundo no plano dos direitos individuais e relegava ao primeiro a tutela de interesses gerais.

Nesse ponto, verifica-se um grande embasamento na teoria de Kelsen<sup>50</sup> quanto à capacidade de unificação do sistema que a norma constitucional possui. De fato, Kelsen reveste a norma fundamental de grande relevância ao ordenamento, tendo em vista sua capacidade de validar todas as outras a ela inferiores e subsequentes. Posto isto, segundo Maria Celina Bodin de Moraes<sup>51</sup>:

A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade de revalidar a ordem jurídica.

---

<sup>49</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359 p. Tradução de: Maria Cristina de Cicco., pág. 6.

<sup>50</sup>KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>51</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, 1991.

Por outro lado, note-se que a Constituição, como norma suprema no nosso ordenamento, tem o poder de, submetendo o intérprete à sua vontade, revalidar institutos jurídicos civis, revigorando-os à sua luz, os quais, muitas vezes, encontram-se em desuso por estarem à margem da nova realidade contemporânea.

Outro efeito produzido pelo fenômeno constitucionalizador, segundo Favoreu, é a simplificação da ordem jurídica, vez que a Constituição colocar-se-ia como norma de referência e eixo essencial daquela. Dessarte, mediante principalmente uma interpretação conforme a Constituição, obter-se-ia uma hermenêutica única dos textos infraconstitucionais, do que se extrai inevitável a redução de antinomias e complexidade do sistema.

Por fim, convém destacar os efeitos incidentes sobre o Direito Privado, especificamente. Primeiramente, pode-se mencionar intensificação do fenômeno *repersonalizadore* despatrimonializador anteriormente definidos, este relegando a propriedade à margem dos interesses tutelados pelo ordenamento, impondo-lhes limites e estabelecendo uma função social, aquele, adotando a perspectiva da pessoa humana como centro do sistema jurídico, compreendendo que ela está acima da dimensão patrimonial, em razão da sua dignidade essencial. Ambos podem ser compreendidos, portanto, como decorrência da influência da Constituição sobre aquele consagrando o Estado Democrático de Direito, o qual instituiu princípios fundamentais e sociais da pessoa humana como regra a ser primordialmente perquirida pelos operadores do Direito.

Ante as mutações verificadas, a Constituição passou a ocupar uma posição de destaque no centro das relações de Direito Privado, outrora preenchido pelo Código Civil, o que ocorre a partir de uma consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas. Com a nova hermenêutica jurídico-constitucional foi reconhecida doutrinariamente a incidência dos princípios constitucionais nas relações de Direito Privado. Consoante a novel ordem jurídico-axiológica, os valores humanistas passaram a prevalecer sobre os patrimoniais e, conseqüentemente, diversos institutos sofreram limitações ante o reconhecimento e consagração de sua funcionalização ao atendimento do interesse público. Neste jaez eis que a propriedade e seus consectários (o contrato e a empresa) encontram-se intrinsecamente concatenadas à função social.

Em consequência, Pietro Perlingieri<sup>52</sup> que a unidade do ordenamento jurídico põe em crise a distinção usual entre direito público e privado, tendo em vista a dificuldade atual em individuar um interesse particular que seja absolutamente desvinculado daquele dito geral. Observa-se que, mais do que nunca, técnicas e institutos essencialmente do campo do direito privado tradicional são utilizados no direito público e vice-versa.

Perlingieri<sup>53</sup> cita o exemplo do instituto jurídico da desapropriação, a qual, não obstante parecer típico do direito administrativo, e, portanto, utilizado apenas para fins de interesse público, passou a ser utilizado pelo atual legislador como forma de intervenção do Poder Judiciário na propriedade particular em favor de outros particulares por meio de reforma agrária, a exemplo da desapropriação imposta no artigo 184 da Constituição Federal:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Dessarte, no contexto de constitucionalização em que se vive hoje, tal distinção deixa de ser qualitativa para ser meramente quantitativa, sendo enquadrado seja de acordo com o aspecto predominantemente: se coletivo ou individual<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359 p. Tradução de: Maria Cristina de Cicco, pág. 53.

<sup>53</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359 p. Tradução de: Maria Cristina de Cicco, pág. 53.

<sup>54</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359 p. Tradução de: Maria Cristina de Cicco, pág. 54.

#### 7.4 Propostas na mutação da codificação civilística

Orlando Gomes<sup>55</sup>, ainda no século passado, atentava para o esvaziamento do Código Civil da vida privada, o qual decorre especificadamente da constitucionalização de muitos institutos civis, os quais migraram para o plano constitucional, tais como a propriedade e a família. Protestava o autor que nenhuma nação de grande influência na cultura jurídica dos povos do oeste promoveu na segunda metade daquele século a reforma geral de seu Código, daí porque se fazia oportuna também à normatividade brasileira uma erosão natural da codificação civilista, resultado de uma conscientização por parte do legislador da impraticabilidade de sua reforma geral e compreensão de que a codificação é uma ideia ultrapassada.

Note-se, portanto, que o Código Civil, que se propõe estatuto orgânico da vida privada, formado com intuito de resolver todos os problemas da vida particular, já não lhe é eficaz, tendo em vista que o cidadão indiferenciado que se visualizava, tratado antigamente de forma abstrata, sofre a necessidade de ser qualificado e analisado concretamente, incluindo-seem categorias e estatutos próprios.

No contexto atual, todavia, já se reconhece o Código Civil como importante ferramenta de compilação das normas de Direito Privado, porquanto facilita o manejo dos conteúdos e proporciona maior segurança jurídica. Não se tem o fim de cogitar, outrossim, no presente trabalho, a sua extinção, em oposição à crítica de muitos doutrinadores acerca da intempestividade daquele.

Renan Lotufo<sup>56</sup> defende a tese de que, embora a Constituição Federal venha cada vez mais tomar o centro do sistema jurídico: nunca se pode deixar de lado que o Código também apresenta uma função participativa, intermédia entre a Constituição e os Microsistemas. Esta atual tendência do direito em criar microsistemas não pode deixar de lado regras gerais, que nem sempre são reguladas por estas leis especiais, e que muitas vezes se amparam nos Códigos para regular situações específicas.

Não obstante, para que se enquadre melhor na realidade constitucionalizadora do Direito Privado, há que se reconhecer a necessidade de uma reestruturação do ordenamento civil, a fim de posicionar o Código de forma a regular cada vez mais residualmente as

---

<sup>55</sup> GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 29.

<sup>56</sup> LOTUFO, Renan. **Da oportunidade de codificação e a Constituição**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pág. 23.

relações privadas, como um corpo normativo composto de cláusulas gerais e abertas, deixando sobressaírem lacunas propositais, a serem preenchidas pelas legislações especiais. Nesse sentido, o Código Civil atua como instrumento intermediário entre as micronormas e a Constituição, aplicável diretamente ou analogicamente nos casos que aquelas não abrangessem.

Por outro lado, ele também poderia regular os institutos mais duradouros em nosso ordenamento, como a parte obrigacional e alguns institutos da sucessão hereditária, deixando restar às microlegislações aqueles mais efêmeros e mutáveis, a exemplo dos direitos do consumidor e da criança e do adolescente tutelados no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que tais matérias não podem se manter presas a um sistema de difícil alteração.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto da descodificação do sistema jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição Federal passou a assumir o centro de todo o ordenamento, permitindo a integração das normas hierarquicamente inferiores, já que os microssistemas surgidos nesse meio assumiram uma independência em relação ao Código Civil.

Nesse ínterim, teve origem, nas últimas décadas, a expressão “Direito Civil Constitucional”, a qual remete especificamente a uma nova forma de interpretação do Direito Civil Brasileiro, o qual teria sua hermenêutica voltada à ótica orientadora dos princípios Constitucionais, promovendo maior unicidade no sistema jurídico.

Este fenômeno, que vem adentrando o século XXI, pode ser observado em grande parte das nações ocidentais, possibilitando o que Claus Wilhelm Canaris chamou de “abertura do sistema jurídico”.

Nesse sentido, em vez de um ordenamento descentralizado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, melhor harmonizado e atualizado, o qual tem como centro a Lei Maior. A unidade do ordenamento permanece recomposta, pois a Constituição costura e serve de fundamento para todo o conjunto de normas do conflitante ordenamento jurídico contemporâneo. Tem-se, por conseguinte, um sistema móvel, em constante evolução e flexível as demandas atuais.

Note-se que, resistindo à tendência descodificadora internacional, o Brasil teve editado o Código Civil de 2002, colocando-se este como um contra-senso no contexto da “Era da Descodificação”. Se, por um lado, a contemporaneidade instável em que vivemos torna impossível qualquer diploma que se proponha a regular toda a matéria civil social, por outro, visualiza-se a necessidade de se dar maior centralidade à Constituição, fundamento único de validade e coerência.

Dessarte, em que pese os pontuais avanços técnicos do Novo Código Civil com relação ao Código de 1916, e os esforços do grupo de elaboradores e revisores, percebe-se que o novo diploma padece de um lado de uma incongruência temporal, deixando de atender às novas demandas sociais e aos novos direitos surgidos da complexidade do contexto epistemológico do pós-positivismo.

Não se tem a pretensão de extinção do Código Civil, porquanto entenda ser este importante instrumento de compilação das normas privadas, mas de adaptá-lo às novas

demandas do Direito Civil Contemporâneo, que se enquadra em contexto de constitucionalização e micronormatização do Direito Privado, de forma a intermediar os microssistemas e a Constituição, fornecendo maior unidade e coesão ao sistema jurídico.

Para tanto, faz-se necessária também uma Constituição irradiante que possibilite a unificação do ordenamento, como exposto, impedindo a fragmentação deste, bem como o uso constante da técnica de interpretação conforme.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”; *in: Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 17, jan-mar de 2009, Salvador, Bahia.

BARROSO, Luís Roberto et al. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n.2, p.345-383, 2002. Semestral.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, p. 101-119, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Traduzido por André Karam Trindade. **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, maio 2010.

FILIPPO, Thiago Baldani. **Os direitos da personalidade em seus aspectos gerais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10161-10160-1-PB.pdf>, pág. 01. Acesso em 05/11/2013.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983

\_\_\_\_\_. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986

IRTI, Natalino. **L'état de la décodification**. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOTUFO, Renan. **Da oportunidade de codificação e a Constituição**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil** in Rev. de Informação Legislativa 141/109, Brasília, 1999.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Mutações do Direito Civil das Obrigações na Perspectiva da Constitucionalização das Relações Privadas**. Fortaleza: DIN.CE, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 15, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, V. 1, 1991.

PARODI, Ana Cecília; POPP, Carlyle. **Ressignificação do patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea**. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: 2008.

PASOLD, César L. **O constitucionalismo e a contemporaneidade**. Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, ano 2, n. 1, p. 55-59, jan./jul. 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel coord.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHUPPERT, Gunnar Folke, e BUMKE, Christian. **Die Koonstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts**. Baden-Baden, Nomos, 2000, págs. 9-23 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**, in Problemas de Direito Civil Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

\_\_\_\_\_. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: Temas de Direito Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Direito civil-constitucional e suas perspectivas constitucionais**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.