

INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

William Paiva Marques Júnior*

RESUMO: O presente artigo trata dos influxos do neoconstitucionalismo no Direito Civil a partir da humanização do ordenamento jurídico-privado, verificada sob o prisma da mutação paradigmática consoante a qual o ser humano torna-se o centro protetivo da ordem descodificada e micronormatizada. Os antigos cânones privatistas cederam espaço aos novos paradigmas oriundos da constitucionalização das relações privadas. Um dos aportes mais contundentes do neoconstitucionalismo nas relações jurídico-privadas é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como base axiológica dos direitos fundamentais. O artigo pretende demonstrar o atual estágio do civilismo consoante o qual é verificada uma relação simbiótica entre público e privado plasmada na descodificação e micronormatização tendente à proteção normativa dos mais diversos grupos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Influxos. Neoconstitucionalismo. Descodificação. Humanização. Micronormatização.

INFLUXES OF NEO-CONSTITUTIONALISM IN DECODIFICATION, MICRO-NORMATIZATION AND HUMANIZATION OF CIVIL LAW

ABSTRACT: The present article deals with the influx of neo-constitutionalism in Civil Law from the humanization of private legal system, verified through the prism of the paradigmatic mutation according to which the human being becomes the center of the protective decoded and micro-normalized order. The ancient privatist canons lost ground to new paradigms derived from the constitutionalization of private relations. One of the most striking contributions of neo-constitutionalism in private legal relations is the recognition of the dignity of the human person as axiological basis of fundamental rights. The article intends to demonstrate the current state of Civil Law according to which it is verified a symbolic relationship between public and private molded in the decodification and micro-normalization aimed at legal protection of the various social groups.

KEYWORDS: Influxes. Neo-constitutionalism. Decodification. Humanization. Micro-normalization.

1 INTRODUÇÃO

Os influxos do neoconstitucionalismo reverberam sobremaneira nas transformações dos tradicionais paradigmas informativos das relações jurí-

* Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito pela UFC. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará e Universidade Federal do Ceará (Esmecc/UFC). Professor Assistente de Direito Civil (Obrigações) e Direito Agrário da Faculdade de Direito da UFC. Vice-Coordenador do Curso de Graduação em Direito da UFC. Bolsista da Capes. Foi Advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) de 2008 a 2011. E-mail: williamarques.jr@gmail.com

dico-privadas, em especial no atinente aos contratos, à propriedade e às famílias.

Diversos fatos sociais tais como: a emancipação feminina; o reconhecimento das relações homoafetivas; decadência dos valores religiosos; globalização cultural, econômica e social; as novas relações familiares; cultura hedonista; declínio do patriarcado; reconhecimento dos direitos das minorias étnico-raciais; sociedade sujeita aos riscos decorrentes dos danos ambientais; alterações na estrutura etária e o envelhecimento das sociedades; individualismo exacerbado imanente ao capitalismo e a valorização dos direitos humanos; crise econômica nos países europeus e Estados Unidos que implicou no desmonte dos pilares sobre os quais se assenta o Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), típico da visão eurocêntrica contemporânea, dentre vários outros são fatores sociais e jurídicos que contextualizam a necessidade de uma abordagem inovadora no campo das relações jurídico-privadas.

No Estado de Direito Liberal a Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese formaram a base metodológica do Direito Civil clássico, consoante o qual Código Civil ocupava a posição central no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo tradicional (de cunho liberal e absentista) verificava a Constituição como sendo o documento responsável pela organização estatal e proteção dos cidadãos ante os arbítrios estatais. A hermenêutica deste período menoscabava a função do intérprete à tarefa comezinha de subsunção formal do fato social à norma jurídica. Trata-se de um prisma reducionista uma vez que ignora a Constituição e transforma o Código Civil em centro irradiador exclusivo das soluções no âmbito jurídico-privado, acarretando a supervalorização de sua utilização na solução das relações travadas entre particulares.

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA: DA CIVILÍSTICA CLÁSSICA AO DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Na perspectiva tradicional a Ciência Jurídica divide-se em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O primeiro ocupa-se das relações travadas entre os cidadãos e o Estado ou dos Estados entre si (Direito Internacional Público, Direito Comunitário e Direito da Integração), ao passo que o segundo caracteriza-se pelo protagonismo dos particulares (Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Trabalho).

Consoante averbado por Vicente Ráo¹ *Direito Privado* é o conjunto sistemático de princípios e de normas que disciplinam as relações, desprovidas de natureza política ou jurisdicional, que os indivíduos mantêm entre si, ou com o Estado, ou com as entidades por ele criadas para a realização de seus fins próprios.

Desde o Direito Romano, o ramo privado da Ciência Jurídica era marcado pela ausência de intromissão do Estado, uma vez que em nome da autonomia da vontade ao particular tudo era permitido (desde que não houvesse lesão à normatização estatal de índole eminentemente liberal).

Segundo Philipp Heck² o Direito Privado é um direito jurisprudencial, no sentido de que tem sido amplamente induzido através de casos específicos por via de abstração e generalização. Tanto o *Digesto* como os *Year Books* são feitos de respostas ou soluções dadas em conexão com casos litigiosos concretamente planeados. A necessidade de responder aos novos casos obrigados a considerar a razão pela qual foi crucial para a solução do acima. Assim se formou, lentamente, um sistema de direito positivo, para a gestão das regras de certos conceitos e percepção cada vez mais clara, os princípios para responder com soluções.

Para Hans Kelsen³ o Direito Público é uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado — entre dois sujeitos, portanto, dos quais um tem, em face do outro, um valor jurídico superior. A relação típica de Direito Público é a que existe entre o Estado e o súdito.

Consoante o escólio de Gustav Radbruch⁴ para o *Liberalismo* o direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o direito público, pelo contrá-

¹ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 1º Volume. São Paulo: Max Limonad, 1960, pág. 249.

² HECK, Philipp. **El Problema de La Creación Del Derecho**. Versión castellana: Manuel Entenza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 13/14. Tradução livre: “*El derecho privado es un derecho jurisprudencial, en el sentido de que en gran medida ha sido inducido de casos concretos por vía de abstracción y generalización. Tanto el Digesto como los Year Books se componen de respuestas o soluciones dictadas con motivo de casos litigiosos concretamente planteados. La necesidad de atender a nuevos casos obligó a tener en cuenta la razón que fue decisiva para la solución de los anteriores. Así se formó, lentamente, un sistema de derecho positivo, con la ordenación de las reglas en torno a ciertos conceptos y con la percepción, cada vez más clara, de los principios a que responden las soluciones*”.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1.974, págs. 378 e 379.

⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1.974, págs. 253 e 254

rio, apenas uma leve moldura que deve servir de proteção ao primeiro e, particularmente, ao direito de propriedade. E na verdade, se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, via na Coroa apenas um poder revogável, delegado pela nação no interesse de todos e não no do monarca, via, por outro lado, na propriedade privada um direito natural, sagrado, inviolável e imprescritível. O soberano absoluto não fazia mais do que ceder o seu lugar no trono ao capital absoluto. Esta classificação do direito privado e o público nas suas mútuas relações, tal como fez o Liberalismo, começou por achar a sua melhor expressão conceitual na doutrina do *contrato social*. Pode-se dizer que esta não representou mais do que uma tentativa de mediação entre o direito privado e o direito público para fazer a paz entre eles, ou seja, uma tentativa para substituir as antigas desigualdades dentro do Estado por um acordo ou contrato entre os indivíduos originalmente iguais, de modo a dissolver, assim, ficticiamente, todo o direito público no privado. A forma mais exagerada do Liberalismo que se conhece, ou seja, o Anarquismo, pretende também dissolver, todo o direito público no privado. Não querendo reconhecer qualquer espécie de limitação ou de sujeição da liberdade individual que não seja querida pelo indivíduo, o anarquismo faz assim da doutrina do contrato social não só uma teoria do Estado como o princípio organizador de toda a vida em comum.

No cenário da ideologia liberal observa-se que esta influenciou não apenas as relações travadas entre Direito Público e Direito Privado, mas, sobremaneira serviu de fundamento para as Revoluções Burguesas que culminaram no movimento do constitucionalismo e no surgimento das primeiras Constituições. Sua interface no Direito Privado é plasmada através do movimento da codificação (que serve de supedâneo para a consagração da ideologia jurídica da segurança jurídica).

Na contemporaneidade, a ausência de identidade do Direito Civil com os tradicionais paradigmas positivistas, delineados pelo racionalismo dogmático-cartesiano (herança da cultura eurocêntrica) dos séculos passados, não é uma recusa para com a cientificidade do Direito, em verdade implica em um giro hermenêutico na medida em que rompe com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo* através da propriedade e do contrato numa visão eminentemente liberal) na percepção da interpretação constitucionalizada do Direito Civil.

A reconstrução da civilística à luz dos aportes emanados do neoconstitucionalismo faz-se presente na medida em que se verifica a inoperância do instrumental clássico, incompatível com a abertura oriunda do reconhecimento da humanização e dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Os direitos fundamentais, dotados de alta carga principiológica, constituem-se com o escopo de materializar a dignidade da pessoa humana; desiderato esse próprio da noção contemporânea de Estado e sua respectiva legitimidade, independente do caráter preponderantemente público ou privado das relações em análise, uma vez que se verifica uma verdadeira relação simbiótica, dialógica e dialética entre as esferas públicas e privadas, que implica na reconstrução da própria delimitação de conteúdo do Direito Privado.

A construção de um Estado Social e Democrático de Direito (imane ao neoconstitucionalismo) como modelo substitutivo do Estado Liberal de Direito (típico do constitucionalismo clássico), desde o sentido das normas infraconstitucionais remanescentes até o movimento impulsionador de intervenção do Estado nas relações jurídico-privadas, como fator exógeno do respectivo sistema normativo, resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de inclusão do sujeito com dignidade no centro protetivo do ordenamento.

Acerca do Estado de Direito e seus reflexos nas relações privadas preleciona Konrad Hesse⁵: o estado de direito, é na estrutura constitucional da Lei Fundamental, *forma de limitação do poder estatal*. Ele produz essa não pela exclusão de uma “esfera livre do Estado e do direito” do particular, porque essa esfera seria incapaz de ganhar realidade e de garantir um estado de liberdade real, que somente é importante para a Lei Fundamental. Senão, ele afiança liberdade por uma *ordem total liberal* que, por um lado, organiza vinculativamente e em uma forma coordena mutuamente os âmbitos da atividade estatal, exclui, no possível, o abuso do poder, por outro, assenta sobre um *status* liberal do particular juridicamente garantido, organizado e protegido.

⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 161.

O Código Civil de 2002 está permeado de uma estrutura principiológica oriunda da constitucionalização das relações privadas. Neste jaez, tem-se: (a) uma hermenêutica civilista contemporânea amalgamada pelo princípio da sociabilidade das relações privadas em seus mais diversos matizes; (b) a força cogente dos contratos apresenta uma liberdade contratual mitigada por matérias de ordem pública; (c) a propriedade e seus consectários (contrato e empresa) denotam o seu viés eminentemente permeado pela função social; (d) adoção dos postulados gerais da cooperação, solidariedade e boa-fé; (e) reconhecimento dos direitos da personalidade e a sua repercussão na responsabilização civil; (f) objetivação da responsabilização civil em situações cada vez mais numerosas; (g) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3 O CONSTITUCIONALISMO E O DIREITO CIVIL

O jus-positivismo dogmático e exegético não mais serve de suporte teórico para a consagração da autonomia da vontade como parâmetro informativo do Direito Civil. A textura aberta da autonomia da vontade na civilística clássica demonstra que não há como se falar de uma aplicação automática da lei que obrigaria mediante um só sentido que constringeria qualquer margem de liberdade.

Consoante averbado por Carlos Mouchet e Ricardo Zorraquin Becu⁶ sobre a origem e desenvolvimento do Direito Civil, tem-se que no direito romano a expressão *jus civile* não teve a mesma significação que tem atualmente direito civil. Significava o direito dos cidadãos romanos, o direito da cidade (*ius nostrae civitatis*) em oposição ao *jus gentium* (direito comum a todos os povos). Enquanto aquele compreendia todo o direito dos Romanos (público e privado), teve um caráter marcadamente político. O direito civil, na origem, foi baseado na qualidade de cidadão romano. Sob a in-

⁶ MOUCHET, Carlos. BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho**. Séptima Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970, p. 413. Tradução livre: “*En el derecho romano la expresión ius civile no tenía el mismo sentido que tiene actualmente derecho civil. Designaba el derecho de los ciudadanos romanos, el derecho de la ciudad (ius nostrae civitatis) por oposición al ius gentium (derecho común a todos los pueblos). Aunque comprendía todo el derecho de los romanos (público y privado), tenía un carácter marcadamente político. El derecho civil, en su origen, se basaba en la calidad de ciudadano romano. Bajo el influjo del ius gentium (que regulaba las transacciones con los extranjeros), con la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio en virtud del Edicto de Caracalla (año 212), comenzó la evolución del ius civile hacia su privatización*”.

fluência do *ius gentium* (que regulamentou transações com estrangeiros), com a extensão da cidadania a todos os habitantes do império sob o Édito de Caracalla (ano 212), começou o desenvolvimento do *ius civile* para a sua privatização.

O direito codificado do século XIX era majoritariamente resultante do direito costumeiro representando os códigos uma combinação de costumes locais, leis locais e subsidiariamente do direito romano. Mais ainda, operacionalmente, o direito civil prendia o juiz à lei. Isso é visto, em geral, como um instrumento para impor a legislação estatal, deixando de lado o fato de que, quando a lei previu normas supletivas, seu principal efeito era proteger a liberdade de contratar, porque impunha ao juiz respeitar a vontade das partes. Portanto, a lei protegia a ordem legal particular livremente criada pelas partes, enquanto, sob o sistema de maior discricionariedade judicial, essa ordem privada legal estaria em grande perigo. Esse temor leva os legisladores do século XIX a deixar de lado muitas normas dogmáticas de leis recebidas, frequentemente radicadas no direito canônico, contrárias à liberdade de contratar. Exemplo relevante é a liberalização de operações de crédito ainda sujeitas a restrições importantes, incluindo a proibição de juros e liquidação antecipada. Igualmente, de regra, proibiam o juiz de reduzir o montante da cláusula penal contratualmente estabelecida para punir o devedor inadimplente na devolução do empréstimo⁷. Muitos códigos também derogaram regras que permitiam que as cortes desconsiderassem algumas cláusulas contratuais “desiguais” (isto é, em que pudesse haver favorecimento de uma das partes em detrimento da outra), com base no princípio escolástico do “justo preço”, tendo como argumento a doutrina da “lesão”⁸.

Por seu turno Luigi Ferrajoli⁹ assevera que como uma clássica distinção civil, retomada e desenvolvida pela pandectística e compartilhada por

⁷ Ressalte-se que o Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de redução equitativa do valor da cláusula penal pelo magistrado: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

⁸ ARRUÑADA, Benito. ANDONOVA, Veneta. **Instituições de mercado e competência do Judiciário**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (organizadores). **Direito e Economia**. 1ª edição. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, págs. 208 e 209.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso

toda a doutrina civilista, pela qual os direitos econômicos estão divididos em duas classes, os direitos reais e direitos pessoais — para as duas principais classes que compõem a lógica com a qual são definidos os direitos subjetivos. São “direitos reais” os direitos patrimoniais absolutos (ou *erga omnes*) a não-violência (ao gozo e à disponibilidade) de um bem, por isso também chamado de “direitos sobre” bens por ela abrangidos. São “direitos pessoais” os relativos (ou *erga singulum*) para um benefício de outros, quer tenham ou não por objeto um bem. Correspondentemente, podem-se definir as obrigações civis como as obrigações de prestação (atribuída ao devedor), cujo desempenho atenda aos direitos pessoais correspondentes (atribuídos aos credores).

Segundo Jorge Miranda¹⁰ o Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade. As transformações registradas não se confinam ao campo da política, não nascem e também não se esgotam todas nesse domínio. As revoluções liberais são ainda de cunho social e, com os velhos governos, derrubam-se os velhos hábitos. Daí, o realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada junto das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios dos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que,

Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 724/725. Tradução livre: “*Según una clásica distinción romanista, retomada y desarrollada por la pandectística y compartida por toda la doctrina civilista, los derechos patrimoniales se dividen en dos clases- los derechos reales y los derechos personales - correspondientes a las dos grandes clases que componen la suma lógica con que he definido los derechos subjetivos. Son 'derechos reales' los derechos patrimoniales absolutos (o erga omnes) a la no lesión (del disfrute y de la disponibilidad) de un bien, por eso llamados también 'derechos sobre' los bienes que constituyen su objeto. Son 'derechos personales' los relativos (o erga singulum) a una prestación de otros, tenga o no por objeto un bien. Correlativamente, podremos definir las obligaciones civiles como las obligaciones de prestación (atribuidas a los 'deudores'), cuyo cumplimiento satisface los derechos personales correspondientes (atribuidos a los 'acreedores')*”.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais.** 8ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, págs. 92 a 95.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 313-353, jul./dez. 2013

tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário). Independentemente das fundamentações dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX, foram as Constituições que deles saíram e os regimes que depois se objetivaram que, pela primeira vez na história, introduziram a liberdade política, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à liberdade civil.

Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior¹¹ a contemporânea tradição jurídica de civil Law assenta-se em duas significativas influências: uma de matriz francesa, com a Revolução de 1789; e outra, de matriz alemã, com a Escola Histórica, cujo maior expoente foi Savigny, e, posteriormente, com o movimento pandectista. Essas duas forças que deram perfil e feição ao que se entende hoje por civil Law; desenvolveram-se paralelamente no século XIX e geraram consequências bastante simétricas e, mesmo quando se distanciaram, foram complementares.

Segundo Hans Kelsen¹² por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito Privado, criado pela via negocial do contrato, não é menos palco da atuação da dominação política do que o Direito Público, criado pela legislação e pela administração. Somente aquilo que se chama Direito Privado, o complexo de normas em cujo centro se encontra a instituição da propriedade privada, é, visto sob o aspecto da função que esta parte da ordem jurídica tem no contexto de todo jurídico, uma forma de produção de normas individuais adequada ao sistema econômico capitalista. Ela corresponde ao princípio da autodeterminação e tem, neste sentido, caráter democrático. Porém ao nível da produção em caráter geral, este sistema econômico tanto pode ter caráter democrático como autocrático. Os mais importantes Estados capitalistas têm, na verdade, Constituições democráticas, mas o instituto da propriedade privada e uma produção de normas jurídicas individuais baseada na autodeterminação também são possíveis nas monarquias absolutas.

¹¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de Civil Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios.** Revista Meritum. Revista de Direito da Universidade FUMEC. Belo Horizonte. Volume 05. Número 02, julho/dezembro de 2010, págs. 13 a 52.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra: Armênio Amado- Editor, Sucessor, 1.974, pág. 382.

A fórmula do Estado Constitucional surge com o escopo de compatibilizar o Estado de Direito ao Estado Social. Como consectário tem-se a constitucionalização do Direito (inclusive do Direito Privado) e o fortalecimento do Poder Judiciário. A ascensão do Poder Judiciário reverbera no âmbito do juspositivismo normativista uma vez que se abandona a crença de previsibilidade, certeza e seguranças forjadas pelo congêneres exegético e dogmático, admitindo-se uma discricionariedade do hermeneuta na aplicação do Direito ao caso concreto. Com o surgimento da ideologia pós-positivista observa-se o deslocamento para uma unidade e sistematicidade por meio dos valores constitucionais insculpidos no atinente aos Direitos Fundamentais. O parâmetro das decisões jurídicas migra da lei para a Constituição, que é tomada como o mecanismo adequado para expurgar do sistema o caráter cartesiano do positivismo normativista.

Sobre a Constituição averba Gustavo Zagrebelsky¹³: a legitimidade da Constituição depende então da legitimidade de quem a elaborou ou tem falado através dela, senão da capacidade de fornecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, a capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na Constituição.

Na sistemática constitucional do mundo ocidental, sejam os modelos de matriz anglo-saxã sejam os de tradição germânica com forte influência de seus pensadores ao redor do mundo — ou os de influência francesa — sendo a França, contudo, que apresentou maior resistência — todos apresentam a constitucionalização do Direito e conseqüente aumento do espaço do poder judicial. O fenômeno da constitucionalização é encarado como o mais adequado para a superação das crises. Neste jaez a constitucionalização é encarada como resposta à hipertrofia do Poder Executivo. A análise econômica do Direito também justifica o aumento do papel da Constituição no sistema jurídico como consequência das exigências econômicas de previsibilidade e certeza, a fim de assegurar o ambiente propício para a atuação do mercado. Como pressupostos para o desenvolvimento econômico têm-se: (1) a existência de normas previsíveis disciplinando o mercado e

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción: Miguel Carbonell. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 88. Tradução livre: “La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución”.

(2) um regime jurídico que proteja a formação de capital e garanta os direitos oriundos do contrato e da propriedade. Um Judiciário independente e compromissado com tais valores presentes em uma Constituição que não está à disposição dos humores dos governantes de ocasião nem do aparelho burocrático é, portanto, algo caro para o mercado, porquanto assegura a confiabilidade desejada pelo investidor (notadamente o capital transnacional).

Acerca da análise das tradições do Direito sob o prisma da Economia averbam Rachel Sztajn e Érica Gorga¹⁴ que a criação da *stare decisis* e o processo de codificação foram diferentes respostas dadas pelos sistemas jurídicos para o problema de consecução de maior previsibilidade e estabilidade. Entretanto, tais processos ensejam benefícios e custos, que devem ser sopesados de acordo com as particularidades de cada ambiente institucional, para avaliação da sua eficiência. A análise da eficiência das normas jurídicas deve englobar fatores jurídicos e extrajurídicos.

A constitucionalização, nesse âmbito materializa um reavivamento do papel exercido pelo primeiro momento do constitucionalismo que, assegurava um pacto de preservação das diversas realidades sociais que cederam espaço para criação dos Estados Nacionais. Nessa perspectiva, como agora, o constitucionalismo se propõe, ainda que por instrumentos absolutamente distintos, a mediar e conformar uma série de valores concorrentes em torno de uma unidade.

O termo constitucionalismo pode ser utilizado em um sentido mínimo e num sentido pleno. O primeiro (sentido mínimo) se refere tão-somente à exigência de uma *constituição* no ápice do ordenamento jurídico, ao passo que o segundo defende ter nascido o constitucionalismo propriamente dito somente com as cogitações iluministas acerca do Estado de Direito nos séculos XVII e XVIII. Caracteriza-se, só então, como um movimento jurídico-político definido e com propósitos bem alinhados às tendências sociais surgidas no contexto da modernidade.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵ *constitucionalismo* é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável

¹⁴ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. **Tradições do Direito** In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (organizadores). **Direito e Economia**. 1ª edição. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pág. 185.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 51.

à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

A evolução do constitucionalismo opõe-se ao juspositivismo normativista (de índole dogmática e cartesiana), especialmente no debate em torno dos princípios, da interpretação e da discricionariedade, com nítida repercussão na civilística clássica observando-se um maior influxo das normas constitucionais nas relações privadas. Neste jaez tem-se que as cortes constitucionais europeias (com destaque para o modelo germânico) apresentaram-se, para o fomento do debate com o legislador — com o escopo de controlar o conteúdo da legislação — e com os intérpretes com base nos casos concretos.

Gerardo Pisarello¹⁶ propõe que emerge com mais força do que nunca a necessidade de um constitucionalismo global garantista em nível mundial, capaz de coordenar suas demandas em diferentes níveis: planetárias, regionais, estatais e principalmente locais, sem sacrificar por isso nenhuma delas. Este não seria, obviamente, um mero cosmopolitismo fugitivo, direcionado para liquidar as diferenças nacionais ou os elementos clássicos do Estado constitucional, mas o lançamento de uma nova ideia do direito que permite que eventuais sobreposições entre os diferentes sistemas jurídicos, sem ter que assumir necessariamente uma subordinação rígida de uns sobre os outros, ou com relação a sistemas de terceiros. Isso, de fato, favoreceria

¹⁶ PISARELLO, Gerardo. **Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico** In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 171. Tradução livre: “...resurge con más fuerza que nunca la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, capaz de coordinar sus exigencias en diferentes instancias: planetarias, regionales, estatales y, sobre todo, locales, sin renunciar por eso a ninguna de ellas. No se trataría, claro está, de un mero cosmopolitismo fugitivo, dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos clásicos del Estado constitucional, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones dentre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o con respecto a terceros sistemas. Todo ello, precisamente, favorecería la convivencia multicultural a la vez que permitiría orientar las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en una dirección que pudiera ofrecer respuestas internacionales a problemas internacionales”.

a convivência multicultural, enquanto técnica de orientação permitiria o controle constitucional e os limites dos poderes em uma direção que poderia oferecer respostas internacionais para os problemas internacionais.

Consoante aduz Jane Reis Gonçalves Pereira¹⁷ já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o direito público e o privado. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações entre os indivíduos- ocupando, assim, posição central no sistema de fontes-, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito. A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil.

A concepção hodierna do fundamento do Estado Democrático de Direito perpassa pela legitimação da atuação dos interlocutores e reconhecimento que todos os cidadãos são participantes proativos no exercício da autonomia da vontade privada. A adoção do direito subjetivo como parâmetro de liberdades e proibições é possibilitar a convivência das diversas autonomias que se perfazem na sociedade pluralista.

O Direito Civil cedeu espaço ante a supremacia irradiada do constitucionalismo pós-positivista (neoconstitucionalismo inclusivo) e isso não lhe retira a importância para as relações sociais, ao revés, denota a sua dimensão e capacidade de adaptação a uma realidade mais humanista, democrática e participativa.

A segurança jurídica é ponderada pelos cânones da Nova Hermenêutica Constitucional fundada na isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, implicando em uma revisitação da autonomia da vontade (direito fundamental de liberdade nas relações privadas).

O Código Civil de 2002 abandonou a ideologia liberal que impregnava os institutos jurídicos consagrados pelo Código Civil de Clóvis Beviláqua em prol da adoção do princípio da sociabilidade. Eis que a noção de função

¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006, pág. 432.

social da propriedade, dos contratos e da empresa reverbera como corolário dessa dimensão socializante e solidária dos institutos de Direito Privado.

Diante do contexto do constitucionalismo em sua fase mais recente observa-se que o universo do Direito Civil deixa de suprir as expectativas das novas demandas sociais, substituindo-se o paradigma da codificação pela descodificação o que implica em uma eclosão de microssistemas normativos, como reflexo da constitucionalização das relações jurídico-privadas. A ideologia da normatização que representa a descodificação é a proteção das partes hipossuficientes das relações jurídico-privadas (o empregado, o consumidor, o menor, o agricultor dentre outras).

Neste jaez aduz Orlando Gomes¹⁸ que a autonomia privada, entendida como poder de autorregulação de interesses, retrai-se em relação à massa de consumidores e usuários e se expande, aumenta e reforça para os empresários, provocando a degeneração do contratualismo pela difusão crescente do contrato de adesão e pelo hibridismo de sua natureza pública e privada.

O redimensionamento normativo do Direito Privado, notadamente do Direito Civil deve-se à construção de um novo processo hermenêutico, influenciado por valores mais coerentes com a realidade social, política, econômica e ideológica do Estado Democrático de Direito. Observa-se que o Código Civil de 1916 era informado por matizes de índole patrimonial, ao passo que o Código Civil de 2002 consagrou a proteção da pessoa como o centro das relações jurídico-privadas, daí um processo de humanização na civilística.

Acerca da mutação paradigmática que envolve o princípio da dignidade da pessoa humana na autonomia privada, averba Luiz Edson Fachin¹⁹ que se operou, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo das preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Faz-se imprescindível blindar esse texto constitucional. Não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da

¹⁸ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 09.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 06.

pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

A perspectiva de humanização das relações jurídico-privadas é oriunda da consagração da fórmula do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição de 1988, que reverbera no plano hermenêutico ao estabelecer uma delimitação conceitual inovadora em torno da dignidade da pessoa humana como base axiológica dos direitos fundamentais.

Segundo Virgílio Afonso da Silva²⁰ ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder econômico ou social. Por diversos motivos, no entanto, é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são.

Aduz Luiz Edson Fachin²¹: partindo de titularidades absolutas, de definições insípidas, de dogmatismos inaceitáveis, de adjetivações perfunctórias, o Direito Civil brasileiro contemporâneo apresenta hoje mais que debate sobre limites exógenos da propriedade e do contrato, e sim teorização aprofundada dos limites internos, endógenos, a reclamar eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Neste conjunto de características verifica-se uma eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, fundada na constitucionalização, em especial no atinente às relações jurídico-privadas, que necessitam de uma reconstrução de seus institutos à luz dos mandamentos constitucionais. Como exemplos de constitucionalização dos tradicionais construtos fundantes do Direito Privado têm-se a função social da propriedade (incluindo a intelectual), bem como a funcionalização da empresa e dos contratos.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 18.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 19.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CARACTERES GERAIS

O contexto europeu após a Segunda Guerra Mundial com a decadência do nazi-fascismo fez florescer uma ordem constitucional baseada nos direitos humanos fundamentais e a inclusão das demandas oriundas dos grupos minoritários historicamente excluídos dos progressos econômicos, sociais, políticos e jurídicos.

Verifica-se como fator primordial para a consolidação do neoconstitucionalismo a promulgação de Constituições fundadas na democracia, força normativa dos princípios jurídicos e catálogo prolixo de direitos fundamentais.

Como exemplos do neoconstitucionalismo apresentam-se as constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), na superação de regimes autocráticos e na construção das bases de um arcabouço jurídico-institucional fundado nos direitos humanos fundamentais e na dignidade da pessoa humana que lhe subjaz.

Segundo afirmado por Luis Prieto Sanchís²² o constitucionalismo europeu do pós-guerra adquiriu uma singularidade tão pronunciada que, de acordo com alguns, não só incorpora uma forma política nova e sem precedentes peculiar no continente, mas foi mesmo dado o surgimento de uma nova cultura jurídica, o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo de matriz europeia (conformador do Estado Social e Democrático de Direito) que teve por gênese o processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra Mundial, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O neoconstitucionalismo serve de supedâneo para diversos temas do Direito Constitucional contemporâneo, quais sejam: ativismo judicial, judicialização das relações jurídico-privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), conformação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais (tema até então reservado com exclusivi-

²² SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 213. Tradução livre: “El constitucionalismo europeo de posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo”.

dade aos Poderes Executivo e Legislativo), uso dos princípios na construção de uma nova hermenêutica constitucional e utilização da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) na solução de casos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais.

No atinente à delimitação conceitual observa-se que não existe um modelo padronizado de Neoconstitucionalismo uma vez que existem várias facetas de entendimento e compreensão do aludido movimento que apresenta como contexto epistemológico o pós-positivismo.

Ao tratar acerca da teoria do direito como teoria formal e suas interpretações semânticas aduz Luigi Ferrajoli²³: no que se segue à autonomia da perspectiva crítica externa, porém, prejudicada pelo sinal oposto da confusão entre direito e moral presente em grande parte do atual "neoconstitucionalismo": a confusão do direito com a moral levada a cabo pelas diferentes versões do jusnaturalismo, e a confusão da moral com o direito de realizar diferentes versões do legalismo ético e em particular do constitucionalismo ético.

Para Daniel Sarmiento²⁴ o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido de modo cartesiano a partir de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da questão do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas. No neoconstitucionalismo, a

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 16. Tradução livre: "De lo que se sigue la autonomía del punto de vista crítico externo, impedida en cambio por las das confusiones de signo contrario entre derecho y moral presentes en gran parte del actual "neoconstitucionalismo": la confusión del derecho con la moral llevada a cabo por las diferentes versiones del iusnaturalismo; y la confusión de la moral con el derecho que llevan a cabo las distintas versiones del legalismo ético y en particular la del constitucionalismo ético".

²⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. Disponível em: < <http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção dos grupos minoritários, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. Em vez de uma teoria das fontes do Direito fundada nos códigos e nas leis formais, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo e transformador da jurisprudência.

Na contemporaneidade o constitucionalismo pós-positivista forneceu as bases do neoconstitucionalismo. A Constituição Federal, de 1988 (dentre várias outras de países latino-americanos) é um dos expoentes do neoconstitucionalismo, na medida em que contribuiu de forma proativa e estabeleceu um compromisso inquebrantável com os valores atinentes à democracia e à cidadania inclusiva, bem como abriu espaço ao ativismo judicial.

330 | Consoante averbado por Miguel Carbonell²⁵ o neoconstitucionalismo, entendido como o termo ou conceito que explica um fenômeno relativamente recente no Estado constitucional contemporâneo, parece ter mais adeptos a cada dia, especialmente no âmbito da cultura jurídica dos italianos e espanhóis, bem como em vários países da América Latina (particularmente nos grandes centros culturais em Argentina, Brasil, Colômbia e México). No entanto, estes fenômenos são pouco estudados, cuja compreensão abrangente é ainda suscetível de levar vários anos.

Para Luís Roberto Barroso²⁶ o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do

²⁵ CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 09. Tradução livre: “*El neoconstitucionalismo, entendido com el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia e México). Con todo, se trata de fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años*”.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.

século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Para Lenio Luiz Streck²⁷ fica claro que o neoconstitucionalismo representa apenas, a superação — no plano teórico-interpretativo- do paleo-juspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, a jurisprudência dos valores.

O pós-positivismo é apontado como o contexto epistemológico do desenvolvimento do neoconstitucionalismo, entretanto, não se abandona, ao contrário, se incrementa, uma das mais marcantes características do juspositivismo normativista, qual seja: a discricionariedade jurisdicional.

Afirma Luis Prieto Sanchís²⁸ que o neoconstitucionalismo reúne elementos dessas duas tradições ou destas duas maneiras de entender a função

851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo** In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pág. 62.

²⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 109/110. Tradução livre: “El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de

da lei fundamental: o forte conteúdo normativo e as garantias judiciais. Na primeira dessas tradições inclui a ideia de garantia judicial e uma correspondente desconfiança do legislador, podemos dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal do que democrática, de modo que se traduz na existência de limites contra das decisões tomadas pela maioria, e não a tomada do poder pela maioria para manter aberto o exercício da soberania popular através do legislador. Na segunda tradição é herdada, no entanto, uma agenda política ambiciosa que vai bem mais além da mera que exigiria a mera organização do poder, mediante o estabelecimento das regras do jogo. Em suma, o resultado pode ser resumido da seguinte forma: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, onde o papel principal é permanecer investido no legislador democrático, mas onde, inevitavelmente, a última palavra é confiada aos juízes.

Neste jaez dispõe Luigi Ferrajoli²⁹ que o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva- e não discricionária- da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidez por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no

esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces”.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pág. 53.

âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. Na verdade, a ilegitimidade da jurisdição se funda, na visão de Ferrajoli, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez- bem mais do que pela formulação como regra- do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz.

No mesmo sentido Lenio Luiz Streck³⁰ aduz que o neoconstitucionalismo, nos moldes em que se apresenta, apenas representa uma superação do paleojuspositivismo ou, quando pretende ir além, fragiliza a autonomia do direito mediante a aposta no judicialismo; na mesma linha, as concordâncias em relação às críticas à distinção estrutural regra-princípio, assim como o rechaço da ponderação de valores.

Ao analisar-se o modelo de neoconstitucionalismo desenvolvido no Brasil observa-se, no plano empírico, um generalizado grau de incerteza no Direito e um ativismo judicial sem um controle lógico-racional exauriente.

Para Mauro Cappelletti³¹ mesmo juízes naturalmente conservadores podem se tornar ativistas, se isto representa a maneira de exaltar a sua função jurisdicional; assim é que podem terminar por agir criativamente mesmo para a atuação de leis sociais ou de constituições programáticas.

Tomando-se como exemplo o caso brasileiro observa-se que, afora os fatores do ativismo judicial e da discricionariedade jurisdicional no acréscimo de força do Poder Judiciário a isso se soma a crise crônica do Poder Legislativo não só no plano técnico, mas, principalmente, por sua notória submissão às diretrizes políticas oriundas do Poder Executivo (historicamente hipertrofiado).

Quando da égide do constitucionalismo clássico vigorava o paradigma do juspositivismo legalista-cartesiano que tinha por escopo atribuir ao hermenêutica uma tarefa mecânica, materializada na subsunção do fato à norma,

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo** In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pág. 87.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pág. 91.

como numa atividade lógico-dedutiva, em especial no tocante às regras de Direito Privado.

O paradigma racional-cartesiano fundante do constitucionalismo clássico que estabelecia um padrão jurídico-hermenêutico estritamente legalista foi superado no contexto do neoconstitucionalismo.

O sistema alemão é emblemático dos influxos do neoconstitucionalismo nas relações privadas uma vez que, apresentava como desiderato a atribuição de legitimidade a uma lei fundamental que não fora democraticamente aprovada pelo povo alemão, mas imposta pelos aliados vencedores da Segunda Guerra. O caso Lüth é bastante representativo da mutação que construiu as bases do novo pensamento constitucional e de sua aplicabilidade nas relações jurídico-privadas. Nele, pela primeira vez, se fez referência à Constituição como uma ordem objetiva de valores a guiar a atividade interpretativa, estabeleceu também, um aumento da força jurídico-hermenêutica dos direitos fundamentais, que tem como ponto central a dignidade da pessoa humana. Desta forma, ele influencia o repensar dos fundamentos norteadores do Direito Civil clássico. A partir do caso Lüth estabeleceu-se a ideia consoante a qual nenhuma norma do Direito Civil pode contradizer o sistema de valores esposado pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana que campeia nas relações jurídicas. No aludido julgamento, é possível constatar as três características fundamentais do constitucionalismo contemporâneo: o compromisso moral, ao tomar o capítulo dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações jurídico-privadas regidas pelo Direito Civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos (Estado e particulares) por meio das disposições de direitos fundamentais.

5 DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como um dos paradigmas norteadores do constitucionalismo imanente ao Estado de Direito liberal apontam-se as três características básicas da codificação moderna (numa concepção que poderia ser denominada de clássica), quais sejam: (1) simplificação do sistema jurídico — com a nova concepção de formulação legislativa — genérica e abstrata —, diminui-se o número de disposições legais, que, além da redução, ficam também mais

claras, congruentes e precisas; além do reducionismo e simplificação do fenômeno jurídico, que fica adstrito ao direito codificado-normatizado, na busca de parâmetros objetivos de segurança jurídica, corolário do *paleo*-juspositivismo; (2) racionalização do sistema jurídico — este é visto como ordenação lógica e cartesiana dos preceitos enunciados na normatização codificada que é relacionada entre si por derivações provenientes da mesma lógica e (3) reducionismo do campo jurídico-hermenêutico ante a busca da exaustividade na regulação de um âmbito ou setor jurídico — todos os fatos sociais devem achar resposta no código, que busca regular de modo exaustivo a matéria que tem como objeto, com pretensão de estabelecimento do dogma da completude do ordenamento jurídico.

Conforme aduz Gustavo Tepedino³² essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o Código Civil Brasileiro de 1916, fruto de uma época designada “mundo da segurança”. Segurança não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao Direito Civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo.

Sobre os três grandes códigos aduz Orlando Gomes³³ que o *Code Napoleon* é reconhecidamente da burguesia. Apesar de sua aparente neutralidade, sua filosofia política era, antes da mutilação, expressão do liberalismo apesar de todo conservador. Implantou-se em ideias, como a de completude e monopólio da lei como fonte de direito, que permitiram encobrisse a sua dimensão ideológica. O Código Civil Alemão (B.G.B.) se caracterizou por sua perfeição técnica na expressão do modelo social adotado na época de sua promulgação, a refletir o panorama socioeconômico nos traços decisivos de sua textura. Já ao nascer, se apresentava antiquado e distanciado da realidade jurídica do sistema que estabelecera, dirigindo-se ao burguês

³² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 03.

³³ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 41 a 43.

336 | endinheirado, ao pequeno industrial e ao camponês e consagrando os ideais da sociedade burguesa. O alto grau de abstração dos seus parágrafos (artigos) e a rede de cláusulas gerais (*Generalklausern*) concebidos como inteligente previsão asseguraram, a abertura permanente do sistema às exigências mutáveis do comércio jurídico e permitiram o ingresso de novos fatores no ordenamento. Refletindo os pressupostos da nova situação jurídica, o Código Civil Italiano, de 1942, unificou o direito civil e o direito empresarial, tornando-se um Código de Direito Privado. Duas ordens de razões determinaram a unificação: a primeira, de caráter ideológico, a outra de natureza político-econômica, ambas conexas à experiência autoritária que o país vivia naquele período. A razão ideológica originava-se da denunciada natureza classista do Direito Comercial (o Código do Comércio de 1882), incompatível com as posições ideológicas do fascismo e a razão político-econômica nascia do atraso em que se encontrava, naquele país, o desenvolvimento do capitalismo. A comercialização do Código Civil, a atualização de muitos institutos e a promulgação de importantes leis especiais após o declínio do fascismo, lhe tiraram o valor de direito geral, de sede dos princípios, de tal modo que funciona como direito residual que disciplina os casos não regulados em leis especiais.

O contexto epistemológico no qual se desenvolvem os códigos é a ideologia jusracionalista, através da qual o Direito é analisado por um prisma reducionista e hermético de verdades da razão, corolário do conhecimento de verdades filosóficas, um sistema de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais, deduzidas por uma vertente fundada na racionalidade.

Para Orlando Gomes³⁴ sob o ponto de vista metodológico, o Código deve ser, por ter esses caracteres, um todo lógico e harmônico que facilite o conhecimento do direito positivo e sua aplicação. Seu conteúdo lógico-formal depende de três fatores: (a) os fins colimados pelo legislador; (b) o estado da ciência do direito; (c) o modo de pensar da época. Obedecem os Códigos a um destes três estilos: (1) o casuístico, (2) o abstrato-generalizante, (3) e o de linhas de orientação, tendo prevalecido o segundo a partir do código civil alemão (BGB), com a adoção do método pandectista e dos conceitos gerais e formulações dessa Escola. Não padece dúvida

³⁴ GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, pág. 122.

que os códigos refletiam as ideais dominantes na época histórica de sua ascensão e que essas ideias deixaram de orientar a direção política e cultural da sociedade. Do *Code Napoleon* ao *B.G.B.* e seus imitadores, a ideologia que a todos preside é o liberalismo, em política, a do capitalismo, em economia, e a do individualismo, em direito, traduzida em linguagem normativa num conjunto de técnicas sutis e conceitos gerais formulados mediante tendenciosas racionalizações expressas com termos abstratos. Códigos que começaram a vigor quando esse mundo desmoronava, como o Código Civil Brasileiro de 1.916, absorveram a ideologia agonizante com certa inocência, mas se preservaram, pelo atraso do país, de súbito envelhecimento.

No momento histórico de predomínio da codificação jurídica deve-se enfatizar a diferenciação estabelecida entre a compilação e a codificação. A primeira implica um conjunto de fontes, submetido a uma determinada ordenação (no Brasil é o que se deu com a CLT — Consolidação das Leis do Trabalho — Decreto-lei nº 5.452/1943 que não é um código, mas representa uma compilação das leis trabalhistas até então vigentes); ao passo que a codificação impende uma sujeição das fontes ao pensamento sistemático.

A ascensão do neoconstitucionalismo refletiu no plano normativo privado na medida em que surgiu a concepção da descodificação, representante de uma tendência geral da evolução do Direito que tem origem no contexto histórico do pós- Segunda Guerra Mundial e consiste num movimento de abandono do direito codificados, criando-se uma rejeição ideológica aos códigos.

Como corolário deste fenômeno observa-se a diversidade da legislação avulsa surgida no contexto histórico após a Segunda Guerra Mundial, isto é, leis especiais que colocam por terra o espírito sistematizador e orgânico das grandes codificações que marcaram o século XIX e o primeiro quartel do Século XX.

O neoconstitucionalismo refletiu na realidade infraconstitucional na medida em que a codificação cedeu espaço à descodificação, à micronormatização e à conseqüente humanização, fruto dos reclamos de grupos sociais minoritários que pressionam no sentido da formulação de leis particulares que lhes são favoráveis. No aspecto contextual desse movimento de descodificação e micronormatização observa-se a constitucionalização de institutos que outrora eram regulados exclusivamente pelo Direito Privado.

Na interface deste fenômeno também se fala em privatização do Direito Constitucional, uma vez que muitos dos institutos tradicionalmente tratados pelo Direito Civil (tais como a propriedade e as famílias, por exemplo) são assimilados pelo texto constitucional.

Para Orlando Gomes³⁵ os microsistemas são refratários à unidade sistemática dos códigos porque têm a sua própria filosofia e enraízam em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos.

Neste jaez as constituições que representam a ideologia do Neoconstitucionalismo passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamar as regras fundamentais da ordem jurídica (pública e privada), comuns aos vários ramos do Direito.

No momento histórico do pós-Segunda Guerra Mundial os horrores perpetrados pelos regimes nazifascistas implicaram na ascensão dos direitos humanos. No plano jurídico-normativo, a passagem do constitucionalismo clássico (Estado Liberal) para o neoconstitucionalismo contemporâneo (reconhecimento do Estado Social e Democrático de Direito) implicou na transformação do papel do Código Civil que até então definia os institutos básicos aplicáveis aos outros ramos jurídicos e assumia um papel de destaque que veio depois a ser ocupado pelas constituições.

Caracteriza-se a “era da descodificação”, portanto, pela perda da característica de centralidade no sistema de fontes jurídicas pelo Código Civil. A Constituição torna-se a salvaguarda do indivíduo. As leis especiais conformam seus próprios princípios gerais distintos daqueles que informam a normatização codificada.

A descodificação reconhece e legitima a diversidade de institutos que fogem da disciplina do Código Civil uma vez que atende aos clamores de grupos de indivíduos, cada vez mais, escapam à disciplina geral codificada, através da criação de leis especiais (“estatutos”).

Neste jaez aduz Orlando Gomes³⁶ que um Código é, em sua noção histórica, um sistema de regras jurídicas formuladas para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito. O Código Civil foi o

³⁵ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 47.

³⁶ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 45.

estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação dos particulares. Perdeu, com efeito, a generalidade e a completude. O cidadão indiferenciado, que o Código tomava por modelo, é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos, com estatuto próprio.

A contemporaneidade marcada pelo contexto epistemológico do pós-positivismo que reverbera no plano jurídico-normativo pelos fenômenos do neoconstitucionalismo e da descodificação não mais admite o Código Civil como centro do sistema, mas sim a criação de novas leis, delineando um microsistema, um microcosmo normativo com seus próprios princípios gerais e lógica autônoma, os quais não se coadunam com a principiologia geral disposta no plano codificado, que, portanto, não pode mais ser enquadrado como Direito geral.

Segundo Orlando Gomes³⁷ dentre as razões invocadas para demonstrar a passagem para a idade da descodificação, apontam-se: (a) a quotidiana e penetrante conquista do território do Código por leis avulsas, a ponto de este estar virando direito residual de estatutos que exprimem critérios gerais e autônomos (Irti); (b) a tendência para disciplinar as relações interprivadas como estatuto de grupos, tendo como destinatários, não o indivíduo, neutro e indiferenciado, mas a categoria ou o círculo a que pertence, no quadro do indistigável neocorporativismo em ascensão; (c) a perda do valor constitucional do código e a imigração para a Constituição de institutos básicos do direito privado no intento de resguardar importantes interesses privados contra os atentados da legislação ordinária e de defendê-los da “ameaça do totalitarismo tecnocrático” (Giorgianni, Cotta); (d) a proliferação de microsistemas ou pequenos universos legislativos, uma legislação setorial dotada de lógica própria e ditada para institutos isolados ou para uma classe de relações, formando uma cadeia florescente à margem do código a multiplicar derrogações implícitas (Irti), em suma, o retorno ao particularismo jurídico; (e) a caducidade dos termos ideais da codificação tais como a utopia de um direito traçado pela razão para todos os homens e a confiança na criatividade espontânea da consciência popular; (f) a tendência para o pluralismo jurídico e para o antiestatalismo em desdobramento nas coordena-

³⁷ GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, págs. 132 e 133.

340 |
nadas culturais do momento histórico ou na linha ideológico-política das democracias clássicas, de par com o pendor anti-individualista da legislação, mais inclinada para os deveres do que para os direitos; (g) a instabilidade e a precariedade das leis, decorrentes da velocidade das transformações determinadas pelo desenvolvimento do país, tão agudas que, mal publicadas, são modificadas, corrigidas ou substituídas; (h) a falta de uma ideia unitária em torno da qual se aglutinam os diversos institutos, como sucede com os códigos da área anticapitalista concentrados como são na propriedade socialista, sem a presença de “mutáveis, emergentes e contraditórios incitamentos” (Santoro Passarelli); (i) o esvaziamento do Código Civil a partir do momento em que deixou de ser o estatuto orgânico da vida privada — o breviário da vida civil, como disse Ripert —, desde que perdeu a generalidade, a completude e a imutabilidade; (j) a insubsistência do intento de insuflar nos ordenamentos jurídicos os esquemas e aspirações de um estilo de vida liberal-burguês e de normatizar um conjunto de determinados critérios econômicos (Diez Picazo), formalizado por tecnificação e racionalização, determinando o seu esgotamento a perda do valor e do alcance dos códigos; (l) em suma, a regressão dos motivos inspiradores da codificação, das razões ideais e das forças sociais que confluíram na formação dos códigos (P. Barcelona), e a conseqüente extinção do institucional dentro do qual atuaram com força total.

Observa-se, portanto que a relação entre Código e leis esparsas não pode mais ser enquadrada como “geral e especial”, mas sim sob o prisma de um novo paradigma, qual seja: “residual e geral”: ou seja, a micronorma representa o geral, e ao passo que o código materializa o plano normativo residual.

Conforme assevera Gustavo Tepedino³⁸ são as seguintes características dos estatutos oriundos da micronormatização: em primeiro lugar, nota-se uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuidam-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. O legislador fixa as diretrizes da política nacional de consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, págs. 08 a 11.

vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égi-de da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender de cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas. Em segundo lugar, verifica-se uma alteração radical na linguagem empregada pelo legislador. As leis passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, uma linguagem que, não obstante os protestos dos juristas, atende às exigências específicas, ora atinentes às questões da informática, ora relacionadas às inovações tecnológicas ou às novas operações contratuais, suscitando muitas vezes dificuldades para o intérprete. Em terceiro lugar, quanto aos objetivos das normas, o legislador, para além de coibir comportamentos indesejados- os atos ilícitos-, em atuação repressiva, age através de leis de incentivo, propõe vantagens ao destinatário, propõe vantagens ao destinatário da norma jurídica (“função promocional do direito”).

Em quarto lugar, como conseqüência da humanização tem-se que não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador sempre mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a óptica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Como quinto característico, nota-se o caráter contratual de tais estatutos. As associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulação dos respectivos setores da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a promulgação de normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas. Aquele legislador do Código Civil que atuava de maneira geral e abstrata, tendo em vista o cidadão comum, dá lugar a um *legislador-negociador*, com vocação para a *contratação*, que produz a normatização para determinados grupos — locador e locatário, fornecedores e consumidores, e assim por diante³⁹.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 10.

Acerca do influxo das normas de Direito Constitucional no Direito Civil afirma Orlando Gomes⁴⁰: hoje o Código Civil funciona como direito residual, a reger unicamente os casos não-regulados nas leis especiais, tendo perdido a sua função de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede da disciplina das relações entre particulares.

As leis oriundas do sistema descodificado e micronormatizado desmistificaram o papel desempenhado pelos códigos, qual seja a ideologia consoante a qual o código na visão dogmático-exegética serviria como norteador da regulação de todas as relações sociais, plasmando a ideia de completude do ordenamento jurídico.

Consoante assevera Gustavo Tepedino⁴¹: não há dúvida que a aludida relação entre o Código Civil e as leis especiais, tanto na fase de excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil de 1916 era o grande centro de referência e as demais leis especiais funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações ora relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias prescindindo do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados doutrinariamente como microssistemas, que funcionariam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil. O diploma legislativo referenciado passaria, portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais. Nesse estado de coisas, estar-se-ia diante de um Direito Civil fragmentado. Em face dos microssistemas, o Código Civil perderia cada vez mais a sua posição hegemônica, em nada servindo as propostas de uma nova codificação, vã tentativa de unificar interesses jurídicos múltiplos, díspares, insuscetíveis de recondução a um núcleo normativo monolítico. Afinal, a proliferação das leis especiais, seria o reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 47.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, págs. 11 e 12.

Atualmente a diminuição da força normativa dos códigos não significa que os mesmos tenham perdido a sua importância, ao revés, devem permanecer como um Código central na sistemática jurídico-privada (papel este compartilhado com a Constituição), isto é, responsável pela unidade de todo o sistema jurídico de Direito Privado, atualmente diluído nos diversos microsistemas sem qualquer elo entre si, servido a codificação privada como um liame da legislação nesta seara.

Sobre a passagem do monossistema ao polissistema aduz Natalino Irti⁴² que a Constituição estabelece os princípios unificantes, porque emanam fios de regras especiais, e por isso mesmo, ainda repetem a ocupar o posto mais alto na hierarquia das fontes. Não unidade estática, garantida por código imóvel, mas a unidade dinâmica, aberta ao futuro, cheia de conflitos e de antinomias, atravessado por lógicas conflitantes. A conformidade do sistema de acordo com os princípios constitucionais (o que significa que a fundação de uma nova sociedade) não pode seguir um processo de tortuoso e convulsivo. A clareza de um desenho racional, que é realizado por rotas seguras e claras, está impedida no nosso tempo: uma era preocupada com a ansiedade, o experimentalismo, a ansiedade, a pesquisa. A Constituição é chamada para assegurar que todos os segmentos estão entrelaçados numa trama unitária, e que o movimento das normas tem um significado total e global.

Conforme aduz Orlando Gomes⁴³ a mesma necessidade de garantia obtida através da técnica da codificação encontra hoje satisfação mais adequada e rarefeita na Constituição. Um Código seria, no desempenho dessa função, uma colcha de retalhos de todas as cores, mal costurados para facilitar substituições ou remendos, sem funcionalidade numa sociedade que,

⁴² IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 77. Tradução livre: "La Costituzione detta i principi unificanti: unificanti, perché da essi promanano filoni di norme speciali, e perché- giova ancora ripetere- occupano il grado più alto nella gerarchia delle fonti. Non unità statica, garantita da un codice fermo ed immoto, ma unità dinamica, aperta verso il futuro, densa di conflitti e di antinomie, percorsa da logiche contrastanti. Il conformarsi del sistema secondo i principi costituzionali (che poi significa la fondazione di una nuova società) non può non seguire un processo affannoso e convulso. La purezza di un disegno razionale, che si svolga per itinerari limpidi e certi, è preclusa al nostro tempo: età di inquietudini, di sperimentalismi, di angoscia, della ricerca. La Costituzione è chiamata a garantire che tutti i fili s'intreccino in una trama unitaria, e che il movimento delle norme trovi un significato totale e complessivo".

⁴³ GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 49.

na segunda metade do século XX, eliminou as condições políticas da codificação.

Sob a égide do constitucionalismo clássico observa-se a aparente neutralidade ideológica das codificações civis que tinha por escopo a manutenção do paradigma da segurança jurídica e o abstencionismo estatal no tocante aos atos e negócios jurídicos, de forma a isolar o Direito Civil dos demais ramos jurídicos, sob o manto de tornar absoluta a autonomia da vontade.

De acordo com Natalino Irti⁴⁴ a sensação de segurança vem das estruturas profundas da sociedade. A burguesia saiu vitoriosa da grande Revolução, é a nova classe dominante: elite portadora de uma tábua de valores, em que toda a sociedade é chamada a reconhecer-se. Este caráter distingue radicalmente a burguesia europeia de outras minorias históricas ou grupos hegemônicos: a fidelidade tenaz a uma visão geral da vida, a uma "filosofia" que sustenta e explica o exercício do poder. O valor original e fundamental é constituído em nível individual, da sua capacidade de expandir-se em coisas externas, para assumir o risco de sucesso ou fracasso, e assim para caber na continuidade movimentada de gerações. Em torno da fonte individual de iniciativas e centro de responsabilidade, são construídas todas as relações sociais. As inúmeras descobertas da ciência e tecnologia exaltam a criatividade e audácia do indivíduo: os sinais de que a fé no progresso, que instigam milhões de pessoas e tem a força interior e austera de uma religião.

A codificação fundada na ideia de sistema (ordem e unidade) iniciou-se atrelada ao dogma da completude do ordenamento jurídico (ideologia que propugnava pela ausência de lacunas na ordem normativa). A era das

⁴⁴ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 22. Tradução livre: "Il senso della sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande Rivoluzione, è la nuova classe dirigente: élite portatrice di una tavola di valori, in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi. Questo carattere distingue radicalmente la borghesia europea da altre minoranze storiche o gruppi egemoni: la tenace fedeltà ad una visione generale della vita, ad una 'filosofia' che sostiene e spiega l'esercizio del potere. Il valore originario e fondamentale è costituito dall'individuo, dalla sua capacità di espandersi sulle cose esterne, di correre il rischio del successo o dell'insuccesso, e così di inserirsi nell'operosa continuità delle generazioni. Intorno all'individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni sociali. Le innumerevoli scoperte della scienza e della tecnica esaltano l'ingegno e l'audacia dei singoli: segni di quella fiducia nel progresso, che sospinge milioni di uomini e che ha la forza intima ed austera di una religione".

codificações clássicas na qual as Constituições eram sintéticas (e, por vezes consuetudinárias), explica que neste momento histórico os códigos transformam-se em nítido elemento de criação do Estado Nacional, servindo para separar a sociedade civil do Estado, pois a codificação clássica, para além de apresentar-se como autossuficiente, conferia segurança por sua imutabilidade e se traduzia numa sequência ordenada de artigos temáticos como base em um sistema, definindo o âmbito da interpretação jurídica, além de servir como manual de Direito, acessível a todos.

A sistemática atinente à codificação substituiu com êxito às desvantagens das advindas com as consolidações legislativas que a antecederam, visto que a estrutura destas tornava difícil a sistematização normativa, ante a ausência de valores que pudessem ser utilizados como fundamento do ordenamento jurídico. Os paradigmas fundantes do emergente sistema de codificação eram: (1) o formalismo; (2) a garantia da segurança jurídica, da certeza e previsibilidade na regulamentação dos fatos sociais.

Para Natalino Irti⁴⁵ na projeção histórica, os textos únicos podem constituir ou um momento final (que seria ver — contra o código — uma constelação de outros núcleos legislativos), ou um estágio intermediário, se o processo de institucionalização é impelido para um novo código. O movimento puro, solicitado ora de interesses de grupos ora das utopias que refundam a sociedade inteira, devora e aniquila a si mesmo. No entanto, quando os critérios expressos e escolhas duráveis não são efêmeros, não pode deixar de voltar-se para a consolidação e formas sistemáticas, que não deixam dispersar os resultados mais evidentes.

A decadência da codificação implicou na micronormatização e na descodificação, bem como na humanização do Direito Civil. Consequentemente surge a “Era dos estatutos”. Tais diplomas normativos apresentam uma linguagem mais específica e menos formalista sob o viés técnico-jurídico, com um quadro multidisciplinar, que trazia novas diretrizes, conferia uma

⁴⁵ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 70. Tradução livre: “Nella proiezione storica, i testi unici potrebbero costituire o un momento finale (che vedrebbe - contro il codice - una costellazione di altri nuclei legislativi), o un momento intermedio, se il processo di istituzionalizzazione si spingesse verso un nuovo codice. Il puro movimento, sollecitato ora de interessi di gruppi ora da utopie rifondatrici dell'intera società, divora ed annichila se stesso. Quando invece esprime criteri durevoli e scelte non effimere, non può non volgersi verso forme consolidanti e sistematiche, che non ne lascino disperdere i risultati più cospicui”.

função promocional ao direito e representava a repersonalização do Direito Civil ao regular para além do patrimônio também as relações extrapatrimoniais. Neste sentido observam-se no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) diversos dispositivos relacionados à efetividade dos direitos fundamentais, como, por exemplo saúde, educação, assistência e trabalho, de forma a superar o tratamento normativo somente pelo plano de questões do direito de propriedade. O Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013), a título exemplificativo, estabelece em seu Art. 2º⁴⁶ que alguns de seus princípios informativos são: promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem, respeito à identidade e à diversidade individual e coletiva da juventude e promoção da vida segura, da cultura da paz, da solidariedade e da não discriminação.

Para Luiz Edson Fachin⁴⁷: daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da ideia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos linguísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

Trata-se de corolário do processo de constitucionalização marcado pela crescente intervenção estatal na órbita até então destinada apenas aos particulares, visando à redução do âmbito da autonomia privada. A evolução do fenômeno abordado revela que a unidade do sistema codificado entrou em processo de decadência, fracionando-o mediante a criação de microsistemas jurídicos. O código único, até então autossuficiente, já não

⁴⁶ “Art. 2º O disposto nesta Lei e as políticas públicas de juventude são regidos pelos seguintes princípios: I - promoção da autonomia e emancipação dos jovens; II - valorização e promoção da participação social e política, de forma direta e por meio de suas representações; III - promoção da criatividade e da participação no desenvolvimento do País; IV - reconhecimento do jovem como sujeito de direitos universais, geracionais e singulares; V - promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem; VI - respeito à identidade e à diversidade individual e coletiva da juventude; VII - promoção da vida segura, da cultura da paz, da solidariedade e da não discriminação; e VIII - valorização do diálogo e convívio do jovem com as demais gerações. Parágrafo único. A emancipação dos jovens a que se refere o inciso I do caput refere-se à trajetória de inclusão, liberdade e participação do jovem na vida em sociedade, e não ao instituto da emancipação disciplinado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil”.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 15.

fornecia as soluções esperadas, o que tornou decisiva a atividade hermenêutica, bem como a busca de normas alternativas de orientação do ordenamento.

Sobre os microsistemas aduz Natalino Irti⁴⁸ que as leis especiais, apropriando-se de dados materiais e classes de relações, esvaziaram o conteúdo da disciplina codificada e os princípios expressos que assumem um resultado muito geral. Atingiu um alto grau de consolidação, as leis especiais, que apareceram uma vez como uma mera realização de disciplinas gerais, revelaram uma lógica autônoma e princípios orgânicos, que a princípio se opunham aos previstos nos códigos civis e, em seguida, acabam suplantando-os por completo. A uma fase de conflito segue, portanto, uma fase final da prevalência e da substituição. Caminhamos para este ciclo histórico, não é mais permitido desenhar os princípios gerais do Código Civil, ou a emissão de uma interpretação sistemática e da analogia *juris* em termos clássicos.

A legislação setORIZADA oriunda da micronormatização demonstra por vezes a existência de vícios legislativos que implicam em redundâncias que tornam a lei um mero símbolo vazio ou marco normativo inócuo e destituído de aplicabilidade prática sem a repercussão social efetiva que é almejada do sistema legislativo. Tome-se como exemplo o disposto no Art. 34 do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013): “Art. 34. O jovem tem direito à sustentabilidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações” quando vislumbrado em cotejo com o Art. 225 da CF/88 *caput*: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público

⁴⁸ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 39. Tradução livre: “Le leggi speciali, appropriandosi di date materie e classi di rapporti, svuotano di contenuto la disciplina codificata, ed esprimono principi che assumono una portata decisamente generale. Giunte ad un alto grado di consolidazione, le leggi speciali, apparse un tempo come mero svolgimento di discipline generali, rivelano logiche autonome e principi organici, che dapprima si contrappongono a quelli fissati nel codici civile e poi finiscono per soppiantarli del tutto. Ad una fase di conflitto segue così una fase definitiva di prevalenza e di sostituzione. Entrati in questo ciclo storico, non è piu lecito attingere i principi generali dal codice civile, o ragionare il problema dell'interpretazione sistemática e dell'analogia *juris* nei termini classici.”.

e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

De acordo com Natalino Irti⁴⁹ o sistema, pequeno ou grande, é regido por uma lógica que explica os momentos individuais e traça o desenvolvimento do futuro. A lógica do microsistema (ou lógica do setor) marca a direção do movimento, e domina o caminho a partir do código às leis consolidadas ou textos únicos. Na velocidade de consolidação e orgânica expressa a energia de que a lógica, em interromper, ou fazer fragmentada, a sua pobreza intrínseca. O critério de disciplina, surgiu em uma regra especial, ou se esgota e declina, ou se expande para outras normas, e assume a força de uma nova lógica. Isto é o que irá reger a interpretação e aplicação das normas do microsistema.

A realidade contemporânea extremamente influenciada pela economia na arena internacional transformou o contrato em eficaz mecanismo de exercício de poder, contrapondo-se ao monopólio legislativo estatal. As empresas multinacionais criaram uma normatização específica que por vezes revelaram nítida codificação privada, impostos pelas grandes empresas aos consumidores privados. Eis que muitas arbitrariedades, ilegalidades e até mesmo inconstitucionalidades são justificadas com base nas "normas internas das empresas", como se a autonomia da vontade privada pudesse sobrepujar a normatização estatal.

Ao longo do Século XX a passagem do Estado Liberal ao Estado Social implicou em uma atuação dirigida e intervencionista do legislador que substituiu em diversos assunto a normatização do Código Civil de Clóvis Beviláqua, para a legislação extravagante, na instituição de diplomas normativos independentes, dotados de princípios específicos, fundamentados nos paradigmas consagrados pelo neoconstitucionalismo inclusivo, na proteção de diversas minorias (mulheres, consumidores, idosos, crianças, ado-

⁴⁹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 71. Tradução livre: "Il sistema, piccolo o grande che sia, è retto da una logica, che ne spiega i singoli momenti e ne traccia lo sviluppo futuro. La logica del micro-sistema (o logica di settore) segna la direzione del movimento, e domina il cammino dal codice verso le leggi consolidatrici od i testi unici. Nella rapidità ed organicità della consolidazione si esprime l'energia di quella logica; nelle soste o nel procedere frammentario, la sua intrinseca povertà. Il criterio di disciplina, emerso in una norma speciale, o si esaurisce e declina; o si espande ad altre norme, ed assume il vigore di una nuova logica. Sarà questa a governare l'interpretazione e l'applicazione delle norme del microsistema”.

348

lescentes, dentre outros) em atendimento às necessidades sociais que a legislação liberal não foi capaz de atender.

A passagem do constitucionalismo clássico para o neoconstitucionalismo implicou na substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da regulação jurídico-normativa da sociedade civil. Neste jaez observa-se a humanização do Direito que, sob o fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana confere uma gleba de novos direitos e deveres aos cidadãos. Observa-se ainda que o valor “segurança jurídica” da codificação cede espaço ao caráter instrumental da “justiça” (corolário da ascensão do pós-positivismo na Ciência do Direito).

De acordo com Leonardo Mattietto⁵⁰ não se deve temer, por outro lado, a “constitucionalização do direito civil” ou de outros ramos do direito, pois a constitucionalização do direito significa não somente uma exigência da unitariedade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, mas também a via praticável para evitar o risco da degeneração do Estado Democrático de Direito. Cabe entrever que a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais – entendida no duplo sentido, por um lado, de interpretação a partir dos princípios constitucionais e, por outro, de justificação da normativa ordinária, sob o perfil funcional, com base na normativa constitucional – consiste em uma metodologia útil e para perseguir constantemente.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo⁵¹, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno Direito Civil.

Dentro do contexto apresentado observa-se que o Direito Civil não mais é o marco normativo-regulatório da ordem jurídico-privada e o hermeneuta utiliza-se de modo crescente dos princípios constitucionais como elemento unificador do sistema, na eliminação das antinomias.

⁵⁰ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15411-15412-1-PB.pdf>> Acesso em: 23 de Julho 2013.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

350

Consoante aduz Natalino Irti⁵², os fenômenos de descodificação e de consolidação, o nascimento dos microssistemas e da lógica setorial, a multiplicação dos estatutos de grupos e todos esses elementos tendem (ou deveria visar) para o centro regulador do universo normativo: a Constituição, que é o elo de unificação do ordenamento jurídico. A necessidade de unidade encontra-se com a mesma hierarquia das fontes que, colocando no topo uma Constituição rica de conteúdo programático, os subordinados e conecta-se o Código Civil e as inúmeras leis especiais. Os limites do sistema já não coincidem com os do Código Civil, mas estão dilatadas à extrema expansão dos princípios constitucionais.

Observa-se portanto um giro humanista no Direito Civil na medida em que abandona o seu papel secular de mecanismo protetivo da propriedade e a adoção da dignidade da pessoa humana como base axiológica da interpretação civil-constitucional.

Na realidade contemporânea observa-se que o paradigma fundante do Direito Civil não é apenas conferir segurança jurídica aos atos negociais, mas, para além disso, a promoção da dignidade da pessoa humana, notadamente com a adoção dos direitos da personalidade (normatizados pelos Arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva contemporânea pelo Direito Civil sob os influxos do neoinstitucionalismo inclusivo abandonou o seu caráter liberal, individualista e patrimonialista rumo à concretização de valores mais nobres como a solidariedade, cooperação, isonomia e dignidade humana.

Hodiernamente verifica-se uma nova fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, apli-

⁵² IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 118/119. Tradução livre: “*I fenomeni di decodificazione e di consolidazione; la nascita dei micro-sistemi e delle logiche settoriali; il moltiplicarsi degli statuti di gruppo; tutti questi elementi tendono (o dovrebbero tendere) al centro dell'universo normativo: alla Costituzione, che è resa garante dell'unità dell'ordenamento. L'esigenza dell'unità è soddisfatta dalla stessa gerarchia delle fonti, che ponendo al vertice una Costituzione ricca di contenuti programmatici, le subordina e le raccorda il codice civile e le innumerevoli leggi speciali. I confini del sistema non coincidono più con quelli del codice civili, ma si dilatano fino all'estrema espansione dei principi costituzionali*”.

cável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante (oriunda da micronormatização, da humanização e da descodificação) que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização, formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil. Através de tais normas, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista. A Constituição de 1988 serviu de freio ao ímpeto liberal de tudo permitir e regular minimamente as obrigações estabelecidas entre particulares.

Como um dos influxos do neoconstitucionalismo no Direito Civil tem-se a humanização e sociabilidade dos institutos tradicionais, impregnada de proteção jurídica à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARRUÑADA, Benito. ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do Judiciário. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (organizadores). **Direito e Economia**. 1ª edição. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

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

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HECK, Philipp. **El Problema de La Creación Del Derecho**. Versión castellana: Manuel Entenza. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra: Arménio Amado- Editor, Sucessor, 1974.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15411-15412-1-PB.pdf>> Acesso em: 23 de Julho 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 8ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOUCHET, Carlos. BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al Derecho**. Séptima Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Moncada. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 313-353, jul./dez. 2013

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 1º Volume. São Paulo: Max Limonad, 1960.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**. Revista de Direito da Universidade FUMEC. Belo Horizonte. Volume 05. Número 02, julho/dezembro de 2010, págs. 13 a 52.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

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

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (organizadores). **Direito e Economia**. 1ª edição. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción: Miguel Carbonell. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011.