Revista VIDERE
v. 12, n. 25
Set/Dez, 2020
p. 252 a 276
ISSN: 2177-7837

A PASSAGEM DO DIREITO CIVIL "TRADICIONAL" PARA O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: UMA REVISÃO DE LITERATURA

FROM THE TRADITIONAL CIVIL LAW TO THE CONSTITUTIONAL-CIVIL LAW: A LITERATURE REVIEW

LA PASAGE DEL DERECHO CIVIL "TRADICIONAL" AL DERECHO CIVIL CONSTITTUCIONAL: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA

Raphael Rego Borges Ribeiro
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal do Oeste da Bahia
raphael.ribeiro@ufob.edu.br
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1253-3205

Resumo: No presente artigo, descrevemos a passagem da teoria oitocentista do Direito Civil para a contemporânea metodologia do Direito Civil-Constitucional. Procedemos a uma densa revisão de literatura, com doutrina nacional e internacional. Observamos as origens liberais do Direito Civil "tradicional", em especial o exegetismo francês e o cientificismo alemão, bem como os seus reflexos no Código Civil de 1916. Compreendemos as origens e as consequências da crise do modelo clássico. Notamos os reflexos do neoconstitucionalismo no Direito Privado, em especial a constitucionalização do Direito Civil. Dentre as dimensões desse fenômeno, depreendemos a metodologia civil-constitucional como a adequada maneira de se pensar o Direito Civil na atualidade.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. direito civil clássico. neoconstitucionalismo

Abstract: In this paper, I described the passage from the nineteenth-century Civil Law theory to the current civil-constitutional methodology. I conducted a thorough literature review surveying both national and international secondary sources. I noticed the liberal origins of the traditional Civil Law, specifically the French exegetism and the German scientificism, as well as its impacts on the Brazilian 1916 Civil Code. I understood both the origins and consequences of the crisis of that classic model. I noticed the impacts of neoconstitutionalism on Private Law, especially the constitutionalization of Civil Law. Amidst all the dimensions of this phenomenon, I argued that currently the civil-constitutional methodology is the proper way of thinking Civil Law.

Keywords: Civil-constitutional law. classic civil law. Neoconstitutionalism

Resumen: En este artículo describimos la transición de la teoria del Derecho Civil del siglo XIX a la metodologia contemporânea del Derecho Civil-Constitucional. Se procedió a una densa revisión bibliográfica, con doctrina nacional e internacional. Examinamos los orígenes liberales del derecho civil "tradicional", en particular el exégeismo francés y el cientificismo alemán, así como sus reflejos en el Código Civil de 1916. Entendemos los orígenes y consecuencias de la crisis del modelo clásico. Notamos los reflejos del neoconstitucionalismo en el Derecho Privado, especialmente la constitucionalización del Derecho Civil. Entre las dimensiones de este fenómeno, entendemos la metodología civil-constitucional como la forma adecuada de pensar el Derecho Civil hoy.

Palabras clave: Derecho civil constitucional; derecho civil clásico; neoconstitucionalismo

1 Introdução

No presente artigo, descreveremos a transição do pensamento civilista oitocentista, designado pelos autores mais conservadores como o Direito Civil "tradicional", para o Direito Civil-Constitucional. Nossa pesquisa tem caráter exploratório, descritivo, com base em ampla revisão de literatura, bebendo em doutrina nacional e estrangeira.

Na realidade, podemos identificar quatro diferentes marcos históricos do Direito Civil: o *jus civile* romano; o direito comum da Idade Média; o liberalismo burguês da modernidade ocidental; e a fase do Direito Civil-Constitucional (CORTIANO JUNIOR, 2011, p.99). Para evitar uma divagação *ad infinitum*, restringiremos nossa análise à transição da penúltima fase para a mais recente. Reconhecemos que muitos elementos e instituições de Direito Privado têm sua origem particularmente relacionada à época romana, e o período medieval foi significativo para a releitura de institutos tradicionais, bem como para a criação de ficções jurídicas. Ocorre que, muito mais do que pelo surgimento de novas instituições jurídicas, a fase liberal-burguesa foi marcada por uma transformação na metodologia de pensamento a respeito do Direito, notadamente do Direito Civil. Os fundamentos teóricos desenvolvidos neste período formaram a base de sustentação sobre a qual o pensamento jurídico contemporâneo foi construído, com reflexos que ainda se manifestam atualmente – mitigados em alguns aspectos, gravemente anacrônicos em outros.

Nossa pesquisa parte de um problema ainda persistente na dogmática civilista contemporânea. O modo jurídico-liberal de compreender o Direito, desenvolvido em especial a partir do começo do século XIX, era à época justificado pelos valores dominantes e objetivos perseguidos naquele momento histórico. O processo de substituição da nobreza pela burguesia no papel de camada social proeminente, no contexto de desenvolvimento do

capitalismo, pressupôs a consagração da igualdade formal, da liberdade individual, do direito de propriedade e da abstenção estatal nos interesses privados (SARMENTO, 2008 p.11). Entretanto, as suas consequências – notadamente no que diz respeito ao entendimento quanto ao papel do Estado e à interpretação e aplicação das normas jurídicas – se revelam no mínimo problemáticas em relação às demandas sociais e jurídicas da atualidade. Ainda assim, a assim chamada "teoria tradicional" ou "clássica" do Direito (Civil) ainda é repetida, de forma implícita ou explícita, nos argumentos doutrinários, na elaboração de leis, na tomada de decisões judiciais. Conforme ressaltado por Luiz Edson Fachin (1992, p.49), "a doutrina e a prática do direito, ao responderem as novas exigências sociais, ainda se valem da inspiração no valor supremo da segurança jurídica e do purismo conceitual". E, como bem apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1999, p.96), isso é feito sem que se leve em consideração que esse sistema "tradicional" foi cunhado em um contexto diferente ou até mesmo oposto ao existente na atualidade. Focaremos, portanto, na transição do Direito Civil clássico para o Direito Civil-Constitucional, buscando dessa maneira ressaltar a necessidade de superar os tradicionais (melhor dizendo, arcaicos) alicerces teórico-metodológicos do pensamento civilista.

Nosso primeiro objetivo é compreender as bases do civilismo oitocentista, em especial o exegetismo francês e o cientificismo alemão, bem como observar seus reflexos no Código Civil brasileiro de 1916. Nosso segundo objetivo é reconhecer as causas e as consequências da crise do assim chamado Direito Civil "tradicional". Nosso terceiro objetivo é identificar as consequências específicas no Direito Civil do fenômeno mais amplo de constitucionalização do ordenamento jurídico. Por fim, nosso quarto objetivo é depreender as diferentes dimensões de um Direito Civil constitucionalizado e identificar as características da metodologia civil-constitucional.

2 As bases do Direito Civil "tradicional"

Duas tradições jurídicas que se desenvolveram em paralelo no século XIX definiram o perfil da chamada teoria clássica do Direito Civil. De um lado, a tendência codificadora francesa, que desembocou no positivismo exegético. Por outro lado, o movimento alemão por uma análise científica do Direito – refletido nas Escolas Histórica e (principalmente) Pandectista –, do qual se herdou "a força dos conceitos jurídicos como categorias centrais do sistema sobre o qual se organizam os currículos acadêmicos e se estrutura o pensamento dos juristas até hoje" (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p.43-44).

Cada qual à sua maneira, ambas contribuíram para que o Direito Privado, em especial o Direito Civil, fosse encarado como um sistema fechado e autossuficiente, centrado no conceito abstrato de autonomia individual. Nas seções seguintes, analisaremos primeiramente o exegetismo francês e, na sequência, o cientificismo alemão. Por fim, veremos os reflexos do civilismo oitocentista na primeira codificação civil brasileira.

2.1 O exegetismo francês

No despertar dos anos 1800, pós-revoluções do final do século XVIII, o mundo ocidental testemunhou o triunfo do liberalismo jurídico, com raízes no Iluminismo. Tal movimento foi fruto dos anseios da ascendente burguesia no sentido de romper com os até então presentes elementos feudais e absolutistas. Desse modo, os juristas de então se preocuparam particularmente em solucionar duas questões: os privilégios do Absolutismo e o caráter dispersivo e inseguro do direito medieval. Para resolver o problema dos privilégios, o paradigma liberal se baseou em um ordenamento jurídico neutro, estruturado a partir de uma visão abstrata do sujeito de direito, aplicando a todos o regime de tratamento formalmente igualitário. Para eliminar a insegurança decorrente da pluralidade de fontes do direito, o Estado liberal se impôs como a única fonte de produção normativa, cuja autoridade provinha da vontade popular (RAMOS, 1998, p.04). Os juristas de então viam na lei o Direito; para haver segurança, a norma jurídica deveria ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência, abstrata e universal; o papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1999, p.06).

Uma das estruturas fundamentais do pensamento de então era a importância dada à *summa divisio* do ordenamento jurídico entre Direito Público e Direito Privado, distinção esta que Norberto Bobbio (2007, p.143) considera a mais marcante dicotomia da ciência jurídica. Articularam-se como dois sistemas distintos de proteção da liberdade humana, cada um com sua lógica própria: no primeiro, os direitos fundamentais eram vetor de separação e proteção do indivíduo em relação ao Estado; no segundo, a autonomia da vontade fundamentava a disciplina das relações entre sujeitos formalmente iguais (SARMENTO, 2008, p.13). Tradicionalmente, havia uma distinção bem definida entre ambos, que se mantinham praticamente incomunicáveis. De um lado, a ordem política entre Estado e cidadão e, de outro, a ordem privada entre particulares; respectivamente, a esfera pública do *citoyen* e a

espera privada do *bourgeois*, cada uma com o seu próprio centro de gravidade (LÔBO, 2008, p.19).

O Direito Público do início do século XIX gravitava em torno da noção de Constituição. Tratava-se da fórmula iluminista para, em oposição ao despotismo absolutista, racionalizar e legitimar o exercício do poder, separando e contendo os Poderes, assim como garantindo os direitos inatos do cidadão, oponíveis em face do Estado (SARMENTO, 2008, p.09). Acontece que, no então neonato constitucionalismo moderno, a Constituição era entendida como uma carta política desprovida de força normativa própria e, portanto, sem aplicabilidade direta e imediata (BARROSO, 2008, p.257). As normas constitucionais se dirigiam ao legislador ordinário; este, por sua vez tinha o dever de disciplinar as relações particulares travadas dentro da sociedade, o que era feito com a elaboração das leis civis (TEPEDINO, 2001a, p.01).

No tocante ao Direito Privado, seu centro era o Código. A já mencionada busca liberal-burguesa por conferir clareza, harmonia e ordem ao direito acabou marcando o período com o advento das grandes codificações. Na codificação, os diferentes temas pertinentes à vida do indivíduo eram apresentados de forma racional e sistemática (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p.87). Codificar o Direito Civil – ou seja, sistematizar – significava torná-lo mais simples e seguro, o que beneficiava o desenvolvimento do capitalismo, em especial com a proteção à propriedade, à autonomia e à segurança do tráfico jurídico (SARMENTO, 2008, p.68). Quando mencionamos segurança, referimo-nos à ideia de que ao Código cumpria disciplinar a atividade privada, garantindo "a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas" (TEPEDINO, 2004a, p.03).

A principal obra legislativa do período foi o *Code Civil des Français* (*Code Napoléon*), promulgado em 1804. O Direito Civil passou a ser identificado com o próprio Código Civil – cujo conteúdo, delimitado com base na obra de Jean Domat, referia-se às relações entre particulares, "seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual" (MORAES, 1991). Conforme John Gilissen (2003, p.536) ressalta, o Código de Napoleão constituiu uma ode ao bom pai de família, que é dotado de razão, previdente e diligente, que faz livremente (e, portanto, bem) os seus negócios e, juntando uma fortuna, destina-a à sua família. Assim, identificamos que a assim chamada "teoria clássica" do Direito Privado se assentou em três pilares fundamentais, apontados por Luiz Edson Fachin (2012, p.13): o contrato, os modos de apropriação e a família.

Identificamos no movimento codificador francês dois desdobramentos – um formal e um material – que moldaram a teoria tradicional do Direito Civil. Do ponto de vista formal, o período foi marcado por uma tendência de endeusamento da codificação francesa; isso possivelmente em razão de ser, na ordem privada, a consagração legislativa dos ideais triunfantes da Revolução, bem como por prover o fundamento normativo adequado para as necessidades da nova ordem econômica e social (GOMES, 1955, p.123). Podemos identificar como uma das principais consequências desse fenômeno a consolidação da noção de um sistema fechado de Direito Privado (TEPEDINO, 2001a, p.02). Aqui usamos "sistema fechado" na concepção de Norberto Bobbio (2007, p.38): "aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial".

Para o pensamento civilista "tradicional", o Código seria autossuficiente e exclusivo, supostamente marcado por precisão, univocidade, coerência, completude (LORENZETTI, 1998, p.59). Forjou-se assim um sistema de Direito Privado fechado, no sentido de que ele mesmo se bastava para a sua interpretação, sem necessidade de se recorrer a outras referências normativas para solucionar os conflitos entre os particulares. Em razão desta pretensão exclusivista, o civilista praticamente não precisava utilizar a Constituição em sua atividade, até mesmo porque, como já acentuamos, a norma constitucional se dirigia ao legislador e não ao cidadão comum. Na verdade, o Código Civil tinha verdadeiro significado constitucional para o Direito Privado, na medida em que inexistia norma jurídica alheia à codificação que lhe fosse superior hierarquicamente em questões patrimoniais (TEPEDINO, 2001a, p.02). Daí surge a ideia de o *Code* ser a "Constituição do cidadão comum".

O endeusamento do Código Civil se refletiu no florescimento da Escola da Exegese, de origem francesa. Marcado pelo culto ao texto da lei, à *mens legislatoris* e à onipotência jurídica do legislador, o pensamento exegético acabou por difundir a crença em que a função do jurista nada mais é do que interpretar a lei respeitando o texto legal e buscando a vontade de um legislador supostamente infalível (GOMES, 1955, p.124).

Do mesmo modo, em harmonia com o paradigma legalista então dominante, o Código pretendia esgotar, de forma sistemática, a disciplina de todas as relações privadas juridicamente relevantes. Consequentemente, desenvolveu-se na cultura jurídica a convicção de que não havia bom direito sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva (TEPEDINO, 2001a, p.02). Conforme ressaltado por Luiz Edson Fachin (1992, p.53), isso significava que ficava fora do sistema aquilo a que ao sistema não interessava, como, por

exemplo, o modo de apropriação não exclusivo dos bens e a vida familiar que não se adapte ao modelo positivado.

Encontramos aqui o paradoxo do movimento de codificação do século XIX, apontado por Luís Roberto Barroso (2015, p.271-272). A elaboração de Códigos, a sistematização do Direito como forma de promover segurança jurídica, foi uma decorrência direta do jusnaturalismo racionalista, considerada mesmo o apogeu do Direito Natural. Apesar disso, o jusnaturalismo passou a ser considerado demasiado anticientífico pelos juristas oitocentistas, que abraçaram a doutrina juspositivista: o Direito se reduzia ao conjunto das normas em vigor, que se justificava exclusivamente por ser posto pelo legislador. Neste contexto, o papel da teoria jurídica era desenvolver ideias e conceitos doutrinários com pretensão de cientificidade – o que chegou a extremos na Alemanha, como veremos adiante.

Do ponto de vista material, em íntima relação com as pretensões juspositivistas de objetividade e neutralidade, a grande influência do *Code Napóleon* contribuiu para que a teoria tradicional do Direito Civil se fundamentasse no individualismo, no voluntarismo e no patrimonialismo. A pretensão, com o Código, era ordenar de forma neutra e igualitária, sem privilégios, as condutas privadas dos indivíduos. Para alcançar a igualdade formal entre todos (consequentemente para suprimir as distinções entre nobreza e classes inferiores), desenvolveu-se um conceito abstrato e único de sujeito de direito, ao qual se aplicavam todas as consequências jurídicas, independentemente das singularidades (LORENZETTI, 1998, p.53-55). Esse sujeito se consubstanciava no "senhor da coisa, titular do espaço privado, seus bens e suas relações jurídicas: aquele que contrata, tem patrimônio e contrai 'justas núpcias', um ser conceitual, pronto, acabado e com pretensões à perpetuidade" (FACHIN, 2012, p.15).

Em um contexto em que o Direito Privado se estruturava em torno do exercício da liberdade do sujeito sobre sua propriedade, o discurso da igualdade (no âmbito formal) legitimava tal patrimonialismo do espaço privado: o *status* de proprietário em tese estava ao alcance de todos, na medida que todos eram iguais perante a lei (FACHIN, 2015, p.14). O Direito Civil, fundado na tutela da propriedade privada e da autonomia da vontade, deveria se voltar unicamente à proteção do patrimônio (MORAES, 2006, p.234).

Com base na defesa da liberdade, proscrevia-se a intervenção do Estado no exercício dos interesses individuais; dessa forma, legitimava que o titular de direitos os exercesse de forma absoluta (LIMA, 1939, p.200). O valor fundamental era o indivíduo – não em sua dignidade intrínseca à sua natureza humana, mas em relação a determinados atributos: sua capacidade, sua liberdade de escolha e sua assunção de riscos (MORAES, 1999, p.101). A moldura do sistema era o voluntarismo, no sentido da hipotética capacidade desse indivíduo

de auto-regulamentar os seus seus próprios interesses (FACHIN, 1992, p.51). A vontade do sujeito era o motor do Direito Privado; por excelência, as esferas de exercício da autonomia individual eram em especial a propriedade e o contrato (GIORGIANNI, 1999, p.38-39).

Por outro lado, em vez do liberalismo econômico dos campos dos contratos e da propriedade, a moral conservadora prevaleceu em relação à disciplina das relações familiares. Neste contexto, o *Code* deveria preservar um dado modelo de sociedade, evitando a chamada "decomposição social"; para isso, deveria reproduzir os valores familiares considerados tradicionais (RUZYK, 2009, p.173). Ademais, o patrimonialismo era tão intenso na legislação francesa que a própria disciplina do casamento se pautou pela lógica das relações patrimoniais (RUZYK, 2009, p.177). De todo modo, o sujeito de direito, proprietário e um ser autônomo para contratar, era também o "bom pai de família", a cabeça do casal. Além de ser um sistema fechado, individualista e patrimonialista, o modelo clássico Direito Civil era nitidamente patriarcal.

2.2 O cientificismo alemão

Diferentemente, na Alemanha, nos primórdios dos anos 1800, não havia unidade política que permitisse uma legislação germânica codificada nos moldes franceses. Desse modo, os juristas germânicos se engajaram em um processo de reconstrução da ciência do Direito, que se pretendia autônoma e sistemático-metódica; a dogmática jurídica deveria ser uma ciência na qual os processos formais de hermenêutica instituíssem a sua unidade interna (WIEACKER, 1967, p.419-420). A Escola Histórica se dedicou vigorosamente a construir uma civilística sistemática e formalista, em especial com a teoria metodológica de Savigny (WIEACKER, 1967, p.491). A continuadora dessa missão foi a Escola Pandectista. Baseados na perspectiva do positivismo científico, os pandectistas se voltaram a deduzir e aplicar normas jurídicas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e da doutrina da ciência do Direito, sem recorrer a valores ou objetivos externos como fatores de correção das soluções jurídicas (WIEACKER, 1967, p.492).

Os pensadores da Escola Pandectista buscaram construir uma doutrina jurídica neutra, com pretensões de cientificidade, que também pudesse ser aplicada independentemente do contexto social; um modelo quase matemático da atuação do jurista, em que a construção do Direito se dá com base em silogismos e operações lógicas. Assim, buscando alcançar uma pureza teórica, o pandectismo centralizou seus esforços em tratar formalmente os conceitos clássicos, bem como em descrever com neutralidade os princípios

jurídicos (KONDER, 2015, p.196). Pressupunha-se a possibilidade de decidir adequadamente os problemas por meio de operações lógicas. Em razão disso, a Escola Pandectista dava especial importância aos conceitos jurídicos, para além de seu valor sistemático, pedagógico e semântico: os conceitos deveriam consubstanciar princípios permanentemente válidos, possibilitando dessa forma que sua aplicação lógica conduza, em qualquer contexto, necessariamente a uma decisão correta (WIEACKER, 1967, p.495). Os seguidores da Escola Pandectista então tendiam a desenvolver conceitos com um alto grau de abstração, que supostamente faria o sistema ser científico e liberto de injunções econômicas ou políticas (MORAES, 1999, p.103) Construiu-se assim a abstrata categoria da *relação jurídica*, que ajudou a consolidar o conceitualismo puro e simples que marcou o Direito Civil clássico, centrado em garantias abstratas, teóricas, supostamente neutras (FACHIN, 2015, p.16-17).

Ademais, a Escola Pandectista dedicou-se a analisar a antiga tradição romanista, separando o que estava morto do que ainda estava vivo para definir o que ainda poderia ser transmitido. Isso se fez com base na ordem de valores imposta pelo pensamento liberal (MORAES, 1999, p.102). Assim, os pensadores do pandectismo propunham o caráter sacro da propriedade privada e do poder da vontade do sujeito (PERLINGIERI, 2002, p.58); esforçaram-se, dessa maneira, para levar ao plano jurídico-positivo a ideia de exercício da autonomia individual como centro de gravidade do Direito Privado (GIORGIANNI, 1999, p.39). A tendência pandectista de abstração conceitual levou a extremos a já abstrata noção de sujeito de direito que identificamos no movimento codificador francês. Dessa forma, a dogmática jurídica se referia a um indivíduo abstrato, a quem as normas deveriam se aplicar silogisticamente independentemente do contexto em que se encontrava.

2.3 Os reflexos do paradigma oitocentista no Código Civil de 1916

O modelo acima descrito projetou-se em boa medida no Código Civil brasileiro de 1916 (FACHIN, 2015, p.16). Se o Código Civil da Alemanha (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é apontado como sendo *Spätwerk des Liberalismus*, ou seja, produto tardio do liberalismo (GILISSEN, 2003, p.458), a primeira codificação civil do Brasil foi verdadeiramente uma obra do século XIX promulgada em um momento já avançado do século XX[1]. Com seu projeto redigido e apresentado ao Congresso na virada do século, o

[1] Em sentido distinto, Otávio Luiz Rodrigues Junior (2013) defende uma revisão da noção que se tem no Brasil de que o BGB tinha natureza liberal, exegética e patrimonialista. O mencionado autor argumenta que a doutrina brasileira foi demasiadamente influenciada pelas críticas de Anton Menger, Enrico Cimbali e Otto von Gierke ao

Código de 1916 efetivamente aspirava a ser a Constituição do homem comum; de acordo com os valores individualistas, patrimonialistas e voluntaristas de então, este sujeito – notadamente o contratante e o proprietário[2] - apenas se preocupava em "poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais" (TEPEDINO, 2004a, p.02).

Conforme veremos abaixo, já havia exigências de solidariedade e proteção dos fracos quando da promulgação do *Codex*; esses ideais, todavia, foram atendidos "em limites demasiado modestos" (NONATO, 1957, v.II, p.368). O legislador colocou em primeiro plano o indivíduo, isoladamente considerado, estatuindo-se um sistema centrado em categorias e abstrações, terreno fértil para o debate estéril (FACHIN, 2012, p.316). Em vez de ser um instrumento de transformação da realidade, o Código foi um vetor de conservação dos então dominantes valores relativos às relações patrimoniais, contratuais e familiares (FACHIN, 2012, p.317).

O legislador de 1916, fiel ao paradigma liberal oitocentista, conscientemente procurou reduzir as possibilidades de intervenção judicial (estatal) nos negócios privados; fê-lo suprimindo e mal utilizando os princípios jurídicos, inclusive os da boa-fé objetiva e da equidade (LÔBO, 2008, p.24); não se falava em revisão contratual por onerosidade excessiva resultante da modificação das circunstâncias existentes quando da contratação. Por outro lado, em questões de Direito de Família, o Código preservou a essência do Direito Canônico e conservou em vez de romper com a tradição católica, a despeito da então recente separação entre Estado e Igreja (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p.91).

3 A crise do Direito Civil "tradicional"

Ocorre que já no começo do século XX o sistema fechado idealizado pelos privatistas do século XIX passou a se mostrar insustentável. A aplicação acrítica da igualdade formal, por não corrigir as desigualdades sociais e econômicas existentes na realidade, criou um abismo profundo entre os sujeitos; o egoísmo humano encontrou, assim, amparo no próprio Direito para a exploração do mais fraco social e economicamente (LIMA, 1939, p.202). A postura estatal de se manter neutro e estático diante das desigualdades fáticas

BGB; e que muitas das críticas ao Código Civil germânico tem origem na década de 1940, época em que a percepção que se tinha dos alemães estava contaminada pela rejeição ao nazismo. Por sinal, Rodrigues Junior sustenta ainda que os nazistas tinham ojeriza ao BGB em razão do seu exacerbado individualismo, de suas influências no direito romano e de sua inadequação aos valores da nova Alemanha.

[2] E acrescentamos: o bom pai de família.

concorreu para a acentuação da concentração de poder econômico e para o aumento do desnível social (RAMOS, 1998, p.06). Nesse contexto, o progressivo aviltamento do indivíduo (GIORGIANNI, 1999, p.42) ser legitimado pelo Direito Privado revelava-se uma contradição no objeto, já que as normas civilistas deveriam justamente tutelar esse indivíduo.

O modelo oitocentista revelou-se totalmente anacrônico para as demandas do século XX, decorrentes dos fatores acima mencionados, agravados pela industrialização e pela crescente urbanização de uma sociedade historicamente majoritariamente rural. Já nas primeiras décadas dos anos 1900, passou-se a reconhecer a insuficiência da tutela da autonomia da vontade, em especial em sociedades marcadas pela desigualdade; e que uma hermenêutica jurídica neutra e mecânica, baseada em meras subsunções do fato concreto ao texto legal, na verdade encobre escolhas valorativas (MORAES, 2008, p.39). A aparente neutralidade valorativa na realidade é a sombra atrás da qual se esconde o caráter estático e estável dos valores que constituem o *status quo* (PERLINGIERI, 2008a, p.89). A noção de sistema de Direito Civil desenvolvida no século XIX claramente consubstanciava interesses econômicos da burguesia em detrimento de classes economicamente mais fracas; e a função e a atuação dos juristas, nesse modelo, se deram em atendimento aos interesses dos detentores do poder econômico (RAMOS, 1985, p.278). O individualismo e o absenteísmo estatal, defendidos na ideologia liberal, passaram a ser questionados por diferentes correntes filosóficas, pavimentando-se assim a transição do Estado Liberal para o Estado Social (SARMENTO, 2008, p.16-17). Entrou-se então em uma segunda fase da *summa divisio* do ordenamento, ocorrendo a chamada publicização do Direito Privado: "em nome da solidariedade social e da função social, o Estado passa a intervir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública, que se destinam sobretudo à proteção da parte mais fraca da relação jurídica" (BARROSO, 2008, p.257). Fala-se em "fase do dirigismo contratual", marcada pelo intervencionismo estatal voltado a proteger as partes mais fracas das relações jurídicas – algo impensável para o liberalismo dominante até então. Desse modo, ampliaram-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade em prol dos interesses da coletividade; para além de meramente reconhecer a igualdade formal dos indivíduos, o Estado passou a assumir o papel de efetivamente promover esta igualdade no plano dos fatos (SARMENTO, 2008, p.19). Inicia-se assim uma mudança de perfil dos institutos fundamentais do Direito Civil, que passam por uma "socialização" ou "publicização", com a atribuição (inicialmente em especial à propriedade) de uma dimensão funcional (RUZYK, 2009, p.181).

Gustavo Tepedino (2004a, p.04-07) demonstrou como o crescente intervencionismo estatal provocou uma alteração profunda no papel sistemático do Código Civil e, portanto, na própria dogmática civilista. A tentativa do Estado de reequilibrar o quadro social se fez por meio da edição de leis extracodificadas, que contrariavam de maneira excepcional os ideais do Código. Por sua vez, este ainda pretendia manter sua aparência de completude e exclusividade no que dizia respeito às relações privadas. Ocorre que já nos anos 1930 havia um robusto contingente de leis fora do Código. Consequentemente, a disciplina codificada deixou de ser vista como exclusiva e passou a ser entendida como o direito comum aplicável às situações gerais; paralelamente, a legislação extravagante se aplicava aos casos especiais. A visão totalizadora de centralidade do Código perdeu prestígio, na medida em que a codificação divide espaço com outros códigos, com microssistemas decorrentes das leis extravagantes, e mesmo de subsistemas (LORENZETTI, 1998, p.45). Ao mesmo tempo, verificou-se a introdução, nas Constituições, de princípios e normas demarcadores dos limites da autonomia individual, da propriedade e da atividade econômica privada de modo geral. Por exemplo, como bem apontou Clóvis do Couto e Silva (1988, p.172), já em 1919 a Constituição de Weimar foi editada trazendo o princípio *Eigentum verpflichtet*, "a propriedade obriga". Em resumo, a codificação deixou de ser a fonte exclusiva dentro do sistema de Direito Privado, ao mesmo tempo em que o Direito Público passou a interferir nas relações privadas para promover interesses da coletividade. Desse modo, o Código Civil perdeu definitivamente o seu papel de Constituição do Direito Privado.

O Brasil passou a ter constituições mais preocupadas com o aspecto social a partir de 1934. Entretanto, por muito tempo isso não se refletiu intensamente no Direito Civil brasileiro, que permaneceu fortemente marcado pelo individualismo liberal e, portanto, alheio às mudanças constitucionais. Os civilistas permaneceram fieis ao sistema fechado e centralizado no Código, paralelo à Constituição (LÔBO, 2008, p.24). Vejamos um caso para ilustrar esse alheamento: já em 1935 Clóvis Beviláqua (2015) fez interessantes reflexões a respeito do Código de 1916 à luz da Constituição de 1934. Por exemplo, ele defendeu que, apesar de a legislação civil prever a maioridade aos 21 anos, os maiores de 18 já poderiam gerir os próprios negócios, na medida em que o texto constitucional lhes reconhecia a maioridade política. Tais argumentos encontraram na dogmática privatista um ambiente inóspito e não prosperaram: a maioridade civil só foi reduzida com a promulgação do Código de 2002.

De todo modo, a supramencionada ampliação das matérias introduzidas nas Constituições não bastou, em um primeiro momento, para que o texto constitucional

efetivamente tomasse, no tocante ao Direito Privado, a posição central antes ocupada pelo Código Civil. Isso porque apenas as normas constitucionais clássicas – aquelas que organizavam o Estado e definiam direitos individuais e políticos – tinham seu caráter preceptivo reconhecido. Por outro lado, as demais normas da Constituição eram vistas como meros programas políticos desvestidos de eficácia jurídica imediata, dependendo sempre de atuação do legislador para terem seus efeitos produzidos (SARMENTO, 2008, p.49).

4 A constitucionalização do Direito Civil

Com o advento do neoconstitucionalismo, o cenário acima descrito sofreu transformações profundas. Na segunda metade do século XX, em especial na esteira do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversas mudanças no pensamento jurídico ocidental. Houve uma aproximação das ideias de Constituição e democracia; filosoficamente, passou-se a buscar uma confluência entre jusnaturalismo e juspositivismo, naquilo que se batizou de pós-positivismo[3]; ademais, reconheceu-se a força normativa da constituição, com consequências para a interpretação constitucional (BARROSO, 2008, p.238-241).

Tradicionalmente, o modelo europeu enxergava a Constituição como um documento meramente político que consubstanciava apenas um convite à atuação dos poderes públicos. Essa ideia de documento meramente político foi superada pelo reconhecimento de que as normas constitucionais têm força normativa, ou seja, verdadeiro *status* de normas jurídicas dotadas de imperatividade. Uma das principais consequências decorrentes dessa evolução da doutrina constitucional é o fenômeno da "constitucionalização do Direito": o conteúdo material e axiológico da Constituição se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, bem como repercutindo na atuação dos três poderes e dos particulares (BARROSO, 2015, p.391). Isso significa reconhecer à Constituição não apenas a supremacia formal da qual sempre desfrutou, mas também uma supremacia material, substancial, na medida em que os seus princípios se irradiam com força normativa por todo o ordenamento (BARROSO, 2008, p.253). Aqui usamos a noção de supremacia constitucional de José Afonso da Silva (2017, p.47), no sentido de reconhecer que a Constituição se encontra "no vértice do sistema jurídico

[3] Aqui adotamos pós-positivismo no sentido de superação do positivismo jurídico formalista avesso à dimensão valorativa do Direito, em um contexto em que as fronteiras entre Moral e Direito voltam a se aproximar por intermédio dos princípios jurídicos (SARLET, 2008, p.299).

do país, conferindo validade, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos". Sendo a Constituição o centro do ordenamento jurídico, este deve ser lido e apreendido sob a ótica dos valores constitucionais – uma verdadeira "filtragem constitucional" (BARROSO, 2008, p.254). Consequentemente, deve-se observar não apenas os procedimentos que a Constituição determina para a elaboração da legislação infraconstitucional, mas também que o conteúdo dessa legislação atenda aos valores presentes na própria Constituição (PERLINGIERI, 2002, p.10).

Dessa maneira, o fenômeno da constitucionalização do direito guarda íntima relação com a doutrina a respeito da dimensão normativa das normas constitucionais de caráter principiológico, que se irradiam impondo uma interpretação de todo o ordenamento à luz dos valores e direitos fundamentais (SARLET, 2008, p.306). Segundo o pensamento até então dominante, os princípios proclamados no texto constitucional se dirigiam aos Poderes Executivo e Legislativo, mas não ao juiz nem ao cidadão; seu conteúdo era exclusivamente moral, sem eficácia jurídica (SARMENTO, 2008, p.50). A franca aplicabilidade das normas instituidores de princípios encontrou particular resistência nos sistemas de origem romano-germânica (como o Brasil), que sempre privilegiaram a legalidade estrita e a hermenêutica simplificada de subsunção dos fatos à norma posta (LÔBO, 2008, p.24). Todavia, em razão do trabalho de pensadores como Vezio Crisafulli (1952, p.37), os juristas passaram a compreender que, do ponto de vista do conteúdo normativo, não há qualquer diferença substancial entre os princípios constitucionais e as demais disposições da Constituição.

Já mencionamos que, desde o aumento substancial da legislação extracodificada, o Código Civil perdeu sua posição de exclusividade e, consequentemente, o papel de centro unificador do Direito Privado. Chegou-se a se teorizar a ideia de um polissistema composto por diversos estatutos – aquilo que Natalino Irti (1979) chamou de *L'età della Decodificazione*. Ocorre que a ausência de uma unidade sistemática é algo problemático, na medida em que haveria uma grave fragmentação do ordenamento em diversos microordenamentos e microssistemas (PERLINGIERI, 2008a, p.186). Em tal cenário, coexistiriam "universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão" (TEPEDINO, 2004a, p.12). A unidade do sistema jurídico é algo desejável, portanto. Em um paradigma neoconstitucional, a supremacia formal e material da Constituição permite que ela ocupe essa posição de centro unificador do ordenamento jurídico como um todo – não apenas do Direito Público, mas também do Direito Privado. O texto constitucional assume o papel de parâmetro

de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa (PERLINGIERI, 2002, p.25) Neste sentido, conforme apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1991), o centro das relações particulares "foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento".

O marco histórico inicial da constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha sob o regime da Lei Fundamental de 1949. Ali, o *Bundesverfassungsgericht* – o Tribunal Constitucional Federal alemão – começou a reconhecer nos direitos fundamentais não apenas uma dimensão subjetiva (de proteção dos indivíduos), mas também a função de instruir uma ordem valorativa objetiva em razão do interesse geral da sociedade na satisfação de tais valores. Assim, a Corte alemã passou a compreender que as normas constitucionais não apenas vinculam os poderes do Estado, mas também condicionam a interpretação de todos os ramos do direito (Público e também o Privado); dessa maneira, passou a invalidar dispositivos do BGB, a impor a interpretação das leis civis de acordo com a Constituição e até a determinar a elaboração de nova legislação (BARROSO, 2008, p.247-248). Semelhantemente à experiência alemã, na Itália o processo de constitucionalização do Direito se iniciou na década de 1960 e se consolidou na década de 1970. Apesar das resistências, a Corte Constitucional passou a aplicar diretamente as normas de direitos fundamentais, manifestando-se em decisões de inconstitucionalidade, em uma nova hermenêutica da legislação infraconstitucional e em convocações à atuação legislativa (BARROSO, 2008, p.248-249).

A compreensão da força normativa da Constituição se iniciou verdadeiramente no Brasil somente a partir da segunda metade da década de 1980, com a redemocratização do país; a nova percepção do Direito Constitucional se deu no contexto de travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2008, p.239). O clima de engajamento político que marcou a redemocratização brasileira, em especial no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, influenciou intensamente toda a ciência do Direito, inclusive a metodologia do Direito Privado (TEPEDINO, 2008a, p.356). A Constituição Federal de 1988 marcou o reencontro do brasileiro com a democracia; além disso, pretende ser o signo de uma era marcada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático, tendo como princípio mais relevante a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.84-86).

Neste sentido, na esteira do neoconstitucionalismo, a dignidade do ser humano é compreendida como uma supernorma em torno da qual o ordenamento jurídico deve ser

reconstruído (RODOTÀ, 2013, p.13). Chega-se a falar em uma "revolução da dignidade", como sinal de que dignidade humana é um dos fundamentos da democracia (RODOTÀ, 2013, p.05). A pessoa humana (com a sua inerente dignidade) torna-se o centro do ordenamento jurídico; isso provocou mudanças, do ponto de vista axiológico, nas normas e institutos jurídicos, em uma verdadeira "revolução copernicana" (PERLINGIERI, 2008a, p.75). A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil brasileiro uma mudança de rumo: a substituição do patrimonialismo oitocentista pelo privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concretamente considerada (FACHIN, 2015, p.59) [4].

5 A tripla dimensão do Direito Civil constitucionalizado e a metodologia civil-constitucional

Luiz Edson Fachin (2015, p.08) identificou na constitucionalização do Direito Privado, em sentido amplo, um tríplice sentido: formal, substancial e prospectivo. Estes três diferentes aspectos compõem a "tríplice base de sustentação da hermenêutica contemporânea do Direito Civil" (FACHIN, 2015, p.180-181). A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como discorremos acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de Direito Privado. A dimensão prospectiva se funda na constante reconstrução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p.86).

A dimensão formal da constitucionalização do Direito Civil se verifica, em primeiro lugar, pela inserção de diversos institutos tradicionalmente de Direito Privado no âmbito do texto constitucional positivo[5]. Dessa forma, já no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 temos referência ao direito fundamental à propriedade (assim como nos incisos XXII e seguintes). Direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) são expressamente mencionados no artigo 5 º, X. Até mesmo a criação e a dissolução de

[4] No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (2008b, p.05).
[5] O que não é, de maneira alguma, uma inovação da Constituição de 1988. De todo modo, reiteramos a ressalva feita por Luis Roberto Barroso (2008, p.252), no sentido de que embora "o fenômeno da constitucionalização do direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas".

associações são matérias constitucionais (artigo 5 º, XVIII e XIX). A família também foi tratada pela Constituição (artigo 226), assim como a herança (artigo 5 º, XXX).

Em relação ao texto infraconstitucional positivado, a Constituição de 1988, quando promulgada, encontrou vigente o Código Civil de 1916. Conforme vimos, este diploma legislativo foi gestado na virada do século XIX para o XX. Apesar de ter sofrido diversas reformas ao longo do século XX, a estrutura ideológica do Código de 1916 ainda correspondia ao modelo liberal oitocentista, o que o tornava anacrônico e insuficiente para realização dos projetos constitucionais. A edição de uma nova legislação civil, adaptada ao novo paradigma constitucional, fez-se imperiosa. Em 2002, foi promulgado o novo Código Civil, com pretensão de atender no plano legislativo às expectativas do movimento de constitucionalização do Direito Civil. Apesar dos avanços efetivamente verificados, a nova codificação em diversos aspectos frustrou a efetiva constitucionalização das relações privadas, sendo inclusive considerado um "duro golpe na recente experiência constitucional brasileira" (TEPEDINO, 2001b).

Em relação às dimensões substancial e prospectiva da constitucionalização do Direito Privado, consideramos que elas são identificadas com a metodologia do Direito Civil-Constitucional, o que por sua vez representa o contemporâneo ocaso da chamada "teoria clássica do Direito Civil".

Verificamos anteriormente que o centro de gravidade do Direito Civil deixou de ser o Código e passou a ser o texto constitucional – que goza de supremacia formal e material sobre todo o sistema, inclusive sobre as relações privadas. A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o Direito Privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Percebemos, assim, que o modelo de Direito Civil proposto pela teoria dita "tradicional" é formalmente incompatível com os novos postulados advindos do neoconstitucionalismo, não havendo mais espaço para um Direito Privado autossuficiente e isolado da esfera pública (RAIZER, 1979, p.18)[6]. Afinal, na sociedade contemporânea, é difícil, senão impossível, identificar "um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público" (PERLINGIERI, 2008a, p.144). Por outro lado, o modelo clássico também é materialmente incompatível com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento. Conforme mencionamos, o valor-base do novo paradigma constitucional é a dignidade do ser humano.

[6] Veja-se também Luiz Edson Fachin (2015, p.62).

Da mesma forma, a sociedade passa a ser fundada também nos valores da justiça social e da solidariedade (LÔBO, 2008, p.20). Enquanto isso, o modelo civilista liberal, base da "teoria clássica", é substancialmente marcado por promover a igualdade meramente formal (e despreocupada em produzir justiça social), o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo. Dessa maneira, devemos reconhecer que a "teoria tradicional do Direito Civil" não tem como desempenhar satisfatoriamente um papel metodológico em um ordenamento constitucionalizado, motivo pelo qual foi substituída pela metodologia Civil-Constitucional.

O Direito Civil-Constitucional nada mais é do que a metodologia do movimento de constitucionalização do Direito, acima descrito, aplicada ao Direito Civil. Sua proposta consiste na releitura e na reconstrução constantes do Direito Privado à luz dos valores constitucionais, partindo da premissa fundamental de superioridade normativa da Constituição; assim, não apenas as normas ordinárias de Direito Civil são interpretadas conforme o texto constitucional, mas também este pode e deve ser aplicado às relações entre particulares (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.9-11)[7]. Neste contexto, com base na doutrina de Pietro Perlingieri (2008b, p.01), podemos identificar como pressupostos teóricos fundamentais desta metodologia: a força normativa da Constituição, sobre a qual discorremos acima; unidade e complexidade do ordenamento jurídico, a respeito de que também já discutimos; e uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos. Ademais, observamos como características essenciais desta metodologia a prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação jurídica; e a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura (MORAES, 2008, p.30).

O Direito Civil-Constitucional também se posiciona contrariamente à abordagem estruturalista, que se dedica a compreender "como o direito é". Adota-se, assim, uma perspectiva funcionalista, buscando-se analisar "para que o direito serve" (BOBBIO, 2007, p.53). Reconhece-se que o Direito pode exercer duas funções: conservar as situações presentes; ou transformar o existente, modificando a realidade (PERLINGIERI, 2008a, p.171). A nova ordem constitucional fez uma opção pela segunda função, estabelecendo valores que fixam um projeto de sociedade que deve ser perseguido e promovido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, os institutos jurídicos (como, por exemplo, propriedade, contrato e empresa) têm seu fundamento e razão de ser redefinidos, para se harmonizarem com a tábua axiológica constitucional (PERLINGIERI, 2008b, p.08); passam, assim, a ter a

[7] No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (2002, p.58) aduz que "a tarefa da atual metodologia consiste, portanto, na elaboração de um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente".

função de promover o projeto e os valores estampados na Constituição Federal, e a estar sujeitos a controle de merecimento em relação ao cumprimento ou não de sua respectiva função promocional (MONTEIRO FILHO, 2008, p.265).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não se contenta em estabelecer as regras do jogo democrático; ela também determina as condições necessárias para tornar a democracia possível, bem como consagra diversos valores substantivos (SARMENTO, 2006, p.11). Entre tais valores, a dignidade do ser humano tem posição de destaque – a ponto de ser alçada a fundamento da República. Também a solidariedade social e a justiça substancial são priorizadas, considerados objetivos fundamentais da República. Reconhecer a força normativa e a supremacia dos referidos valores constitucionais, no âmbito do Direito Civil-Constitucional, significa dizer que os institutos tradicionais de Direito Privado devem passar pelo processo de "filtragem constitucional" para se tornarem adequados à realização do projeto constitucional de promoção da pessoa humana. Consequentemente, com esta metodologia o Direito Civil se transforma, passando a regular a vida privada para melhor tutelar a dignidade humana e melhor desenvolver a sua personalidade (MORAES, 1991).

Fala-se em uma "despatrimonialização do Direito Privado", no sentido de que os institutos privados clássicos (como propriedade, contrato e empresa) não mais são protegidos como bens em si mesmos, mas enquanto direcionados à promoção dos valores constantes nas normas constitucionais, em especial aqueles que promovem a dignidade do ser humano (MORAES, 1991). Distinguem-se interesses existenciais e patrimoniais, funcionalizando-se estes em relação àqueles (TEPEDINO, 2008a, p.365). Rompe-se com os esquemas e conceitos individualistas clássicos da "teoria tradicional", de forma a atender as exigências constitucionais de socialidade e solidariedade (PERLINGIERI, 2002, p.208). Do mesmo modo, o controle de merecimento diante da Constituição também compreende os atos de autonomia individual: "a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana" (PERLINGIERI, 2008b, p.03).

A metodologia civil-constitucional rompe com o modelo clássico de interpretação formalística baseado na operação lógico-formal de subsunção do fato concreto à norma. A solução do problema concreto se dá de forma sistemática, ou seja, interpretando-se em unidade o ordenamento jurídico, atentando-se para critérios hermenêuticos inovadores, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação (PERLINGIERI, 2008b, p.03-04). O que se busca é a substituição do tecnicismo e do positivismo legislativo clássicos pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal (PERLINGIERI,

2008a, p.54). Portanto, o intérprete não está aprisionado na literalidade da lei, mas também pode exercer um papel criativo para promover os valores constitucionais; esta atividade importa o reconhecimento da relatividade e da historicidade dos institutos jurídicos (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.14).

Por fim, a dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito Civil nos leva ainda a olhar de forma crítica e construtiva para os conceitos clássicos de sujeito e relação jurídica (FACHIN, 2012, p.01). Utilizamos para isso a Teoria Crítica do Direito Civil, combatendo os reducionismos e as excessivas abstrações, de forma a permitir que o Direito Civil contemporâneo "não seja mero alinhamento com estruturas arcaicas retocadas, contidas em códigos de antemão determinados, de tipo conceitual, geral e abstrato" (FACHIN, 2012, p.37). A teoria tradicional do Direito Civil, com sua pretensão de cientificidade, neutralidade e universalidade espaço-temporal, acabou por se distanciar da realidade social. Criaram-se categorias jurídicas congruentes com determinado momento histórico, mas colocadas para valerem perpetuamente; naturalmente, com a mudança do contexto, os fatos passam a se chocar com os conceitos (FACHIN, 2012, p.67). É necessário fazer uma releitura dos conceitos tradicionais para evitar um divórcio entre direito imposto e realidade (RAMOS, 1996, p.150). Não estamos falando em abandono das categorias históricas fundamentais do Direito Civil, mas sim da ressignificação e releitura dessas categorias para atender a uma sociedade em mudanças (LÔBO, 2014a, p.20). Existe uma dupla asserção na releitura das categorias à luz da Constituição. Em primeiro lugar, a normativa constitucional é tida como regra hermenêutica. Para além disso, o texto constitucional é tido como norma de comportamento, incidindo sobre o conteúdo das situações subjetivas, funcionalizando-as aos valores constitucionais. Isso significa redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, destacando os seus perfis funcionais, revitalizando cada um deles à luz dos valores constitucionais (PERLINGIERI, 2008a, p.590-591).

6 Conclusão

Na presente investigação, observamos que, desenvolvido no século XIX e particularmente influenciado pelo exegetismo francês e pelo cientificismo alemão, o Direito Civil "tradicional" é notadamente patrimonialista, individualista, voluntarista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações. Percebemos que esse foi o modelo adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916. Compreendemos que as exigências do contexto em que surgiu esse pensamento civilista liberal tenham o levado a ter tais características;

entretanto, percebemos que sua reprodução acrítica em contextos diversos pode levar a resultados problemáticos.

Notamos que, já na virada do século XIX para o século XX, as limitações intrínsecas ao civilismo oitocentista já faziam surgir uma crise para esse modelo de pensamento. As demandas sociais e econômicas, bem como as injustiças decorrentes do culto à isonomia formal, levaram ao questionamento da *summa divisio* entre Direito Público e Privado. Identificamos que, em um primeiro momento, isso se refletiu com a publicização do Direito Civil e com o surgimento de microssistemas de proteção a interesses específicos, para fora do Código Civil – que deixara de ser o centro único de gravitação do Direito Privado.

Depreendemos que, com o advento do neoconstitucionalismo, em especial na segunda metade do século XX, a dicotomia Direito Público-Privado foi superada, na medida em que se reconheceu que a Constituição é o centro unificador de todo o sistema jurídico, irradiando a sua força normativa por toda a legislação infraconstitucional. Compreendemos que o principal reflexo desse fenômeno no Direito Privado é a constitucionalização do Direito Civil.

Por fim, concluímos que, considerando as dimensões de constitucionalização do Direito Civil, a metodologia civil-constitucional substitui o Direito Civil "tradicional" como instrumento adequado à disposição dos civilistas. Há uma "filtragem constitucional" dos institutos tradicionais, para que protejam e promovam os valores constitucionalmente tutelados, com especial prestígio para a dignidade da pessoa humana. Semelhantemente, rompe-se com o modelo hermenêutico tradicional, com uma interpretação jurídica com fins aplicativos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

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

BEVILAQUA, Clovis. A Constituição e o Código Civil. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 4. n. 1. 2015. Disponível em: http://civilistica.com/a-constituicao-e-o-codigo-civil/. Acesso em 16 de julho de 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar.** 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quatro-fundações-do-direito-civil-ensaio-preliminar. Acesso em 23 de agosto de 2018.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di principio.** Milano, IT: Giuffrè, 1952.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1992. ISSN 2236-7284. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978. Acesso em: 21 ago. 2018.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 4. ed. Lisboa, PO: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. trad. Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**, v. 747, jan. 1999.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 121-134, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35268/34062. Acesso em 08 de junho de 2018.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione.** Milano: Giuffrè, 1979.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999. ISSN 2318-8235. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429. Acesso em: 16 de julho de 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções Hermenêuticas Da Constitucionalização Do Direito Civil: O Intérprete Na Doutrina De Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 60, n. 1, p. 193-213, abr. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442/25100. Acesso em: 13 jul. 2018.

LIMA, Alvino. Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 35, n. 1, p. 199-213, jan. 1939. ISSN 2318-8235. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65899. Acesso em: 17 july 2018.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional:**

anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. *In*: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo et al. **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 15, agosto-dezembro 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, vol. 9, n.29, jul/dez 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária, v.II.** Rio de Janeiro: Forense, 1957.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Regugnetti. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v.9, n.25, 1979. Disponível em: http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/23122524-rpge25.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: http://civilistica.com/antropologia-homo-dignus/. Acesso em 16 de julho de 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios.** 2011. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemológico-do-Direito-civil-contemporâneo-na-tradição-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf. Acesso em 03 de agosto de 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v.938, dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** v.10, out/dez 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **R. Inf. Legisl. Brasília**, ano 25, n. 97, jan/mar. 1988. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181784/000432963.pdf?sequence=1. Acesso em 08 de junho de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. **RTDC**, vol. 7, 2001. Disponível em:

https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf. Acesso em 10 de julho de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.111, jan./dez.2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Data de recebimento: 23.04.2020
Data de aprovação: 30.05.2020