

# O Direito Privado à Luz da Supremacia da Constituição

**Fábio Anderson de Freitas Pedro**

*Advogado. Pós-Graduado em Direito Aeronáutico pela Universidade Estácio de Sá, Mestrando em Direito na Universidade Gama Filho (RJ). Professor do Curso de Direito da Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário da Cidade (RJ) e do Curso de Administração da Faculdade São José (RJ).*

*“Ontem os Códigos, hoje as Constituições.”  
(Paulo Bonavides)*

## INTRODUÇÃO

O Direito Civil acompanhou uma série de alterações axiológicas desde o fenômeno da Codificação. Presenciou a consolidação das normas privadas que anteriormente eram estabelecidas de forma esparsa e pouco sistematizadas e, posteriormente, na cultura pós-moderna - que se aplicam ao Direito - a efetividade dos direitos sociais com a sobrevalorização do “ser” sobre o “ter”.

Foi abandonado o viés eminentemente patrimonialista e passou-se a perceber o Direito como instrumento solidarista. Isto não quer dizer que o Direito Privado tornara-se em sua essência um Direito Social, mas a distinção público-privado de antes atualmente possui contornos fluidos, em especial, como as Constituições promulgadas em diversos recantos do globo, valorizando os aspectos sociais e a própria dignidade da pessoa humana.

Com o Código Civil Brasileiro de 2002, traçaram-se novas diretrizes na busca de um arcabouço de normas baseado no culturalismo. Buscou-se inovar a técnica redacional até então adotada, mas evitando uma ruptura abrupta com o sistema jurídico então vigente, adotou-se a técnica das cláusulas gerais, sempre que possível, o que permite ao aplicador da norma ser também seu intérprete, atendendo aos postulados da Sociabilidade, Eticidade e Operabilidade. Em sintonia com a Constituição Federal, não deixa de ser um instrumento eficiente na busca por um Direito para todos.

O neoconstitucionalismo representou, segundo Luís Roberto Barroso, “mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência (...), criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral”<sup>1</sup>

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E SOCIAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A doutrina, de forma uníssona, consagra que o berço histórico do neoconstitucionalismo foi a Europa após a 2ª Grande Guerra e seus efeitos foram impreterindo seus efeitos durante todo o século XX.

Para Miguel Carbonell *“El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comiezan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre tudo a partir de los años setenta del siglo XX”*<sup>2</sup>

No Brasil, desde o início do século XX, algumas profundas mudanças sociais foram experimentadas com as várias leis abolicionistas, com o surgimento de uma classe burguesa ainda tímida face ao grande poderio ostentado pelos coronéis, vislumbrou-se o início de um movimento de Codificação no Brasil, desta vez com a influência do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), embora a tradição oitocentista oligárquica atenuasse os ideais liberais praticados na Europa.

O Código Civil Brasileiro de 1916 teve como pontos, como marcos teóricos: a propriedade e a família patriarcal, ideais socializantes não se verificam nesse ordenamento, mas sim, uma hierarquização social que se refletia, como não poderia deixar de ser, no próprio Código Civil.

Socialmente, o Brasil foi marcado por ser um país de dimensões continentais e de grandes contradições sociais e profundas desigualdades. Com o fim da escravidão, a extensa mão de obra agora liberta, porém de baixíssima qualificação, trilhava a seguinte bifurcação: permanecia no campo trabalhando para os fazendeiros como escravos libertos ou caminhavam para os polos urbanos, em regra sem grande estrutura urbanística capaz de absorvê-los de forma digna. Diante de tal situação sujeitavam-se a empregos que não exigiam grande qualificação.

---

1 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p. 2

2 CARBONELL, Miguel. *"El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis"*. In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p.154.

Neste sentido Orlando Gomes<sup>3</sup> explicita

*Nos primeiros trinta anos da República – 1889 a 1919 – a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo do país, que, grosso modo, pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior – o dos fazendeiros – utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento industrial, a ela se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades. Esses interesses coincidem, por outro lado, com os da burguesia mercantil, agindo todos em detrimento da massa rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer tivesse consciência de sua miserável situação.*

O modelo do Código Civil de 1916 é edificado sobre a valorização do individualismo e busca em movimento de Codificação alçar o Código Civil à norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Eugênio Facchini Neto<sup>4</sup>, sobre a valorização do individualismo, afirmou que

*É nesse contexto que o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características físicas e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado. Assim contextualizado, entende-se a enfática defesa que A. de Tocqueville faz desse novo valor.*

Os ideais liberais que nortearam o Código de Napoleão<sup>5</sup> e o próprio Código Civil Brasileiro de 1916 representaram uma busca pela chamada

---

3 GOMES, Orlando, **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

4 FACCHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 18.

5 Referência ao Código Civil Francês que foi publicado aos 21 dias do mês de março de 1804, sob a orientação do General Napoleão Bonaparte. A sua promulgação, concretizada em 36 leis aprovadas entre 1803/4, ratificou e corrigiu a maior parte das conquistas sociais alcançadas pela sociedade civil burguesa a partir da Revolução de 1789.

segurança jurídica, considerando que a tendência nesse momento era a do primado do Privado sobre o Público. O Contrato e as Leis Civis eram considerados suficientes em si para que o sistema jurídico pudesse caminhar sem oscilações. A burguesia, consolidando as conquistas e buscando evitar retrocessos nas mudanças sociais alcançadas, dogmatizava as relações privadas em uma visão notadamente patrimonialista, reduzia de certa forma a autonomia da vontade e a própria interpretação da vontade para os cânones por ela defendidos e incorporados à legislação civil.

Os Códigos representavam o eixo central do direito privado. A Constituição Federal, embora tivesse reconhecidamente o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideais e princípios, enquanto que o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam, em bojo, definidas no ponto de vista privado.

Esta realidade do primado dos Códigos e Estatutos, de fato, foi alterada no Brasil com a promulgação da Carta Política de 1988 que, segundo Luís Roberto Barroso, “tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”<sup>6</sup>

## 2 – A DESCODIFICAÇÃO E A ERA DOS ESTATUTOS

A complexidade das relações sociais representa a própria inquietação do ser humano buscando novos avanços tecnológicos e mudanças na forma de enxergar o próprio indivíduo, quer seja nas relações intersubjetivas, quer seja na própria interação do homem com o meio ambiente em que está inserido. Houve uma valorização do homem sobre o objeto, o próprio liberalismo que, em seu âmago, traz uma série de contradições na busca de um individualismo perde espaço para sentimentos mais humanistas. Embora as revoluções socialistas não tenham obtido o êxito de seus idealizadores, passou-se a observar que ideais socializantes começaram a permear as relações sociais, com uma valorização do “ser” sobre o “ter”, ou seja, uma visão do mosaico normativo, tendo em primeiro plano o indivíduo e em segundo plano a propriedade.

---

6 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p.3.

Percebe-se a formação de um polissistema com a edição de um conjunto de regras ocupando espaços que o Código Civil já não conseguia preencher. Dentre essas normas, podemos de forma exemplificativa elencar, a saber: Lei do Inquilinato, Direito Imobiliário, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Falência e Recuperação Judicial, entre tantas outras.

Em um primeiro momento, esse conjunto de normas com a finalidade de dar completude ao sistema privado eram chamadas de normas extravagantes, pois eram utilizadas para regular situações não definidas no Código Civil. Serviam para dar as diretrizes a situações ou fatos sociais fora de uma “normalidade” prevista pelo legislador. Posteriormente essas normas passaram a ter o rótulo de normas especiais, quer seja nominadas como extravagantes, quer seja nominadas como especiais. De forma cristalizada demonstram que o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade. Afinal, o ser humano está em constante transformação, quer seja pelo implemento de novas tecnologias que são diuturnamente buscadas, quer seja pela relativização de condutas morais que, ao longo do tempo, sofreram sensíveis alterações.

A estrutura jurídica privada dos Estados passou de um eixo único que é o Código Civil para um conjunto de microeixos jurídicos, que são chamados de microssistemas. Sobre o tema Orlando Gomes comentou:

Essas tantas outras leis especiais distinguem-se do Código Civil e o enfrentam, constituindo microssistemas que introduzem novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem.

Sua proliferação ocasionou “a emergência de novas lógicas setoriais”. Caracterizam-se, com efeito, pela especialidade e pela diferenciação ou concretude. Promulgados para a regência peculiar de determinadas classes jurídicas ou para a proteção particular de uma categoria de pessoas, alguns desses diplomas legais apanham institutos dantes integrantes do Código Civil, enquanto outros atendem a novas necessidades, sem regulamentação anterior.<sup>7</sup>

---

7 GOMES, Orlando. **Raízes Históricas do Código Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.11-13.

Em razão do ativismo de nosso legislador, deve-se alertar para evitar situações em que ocorram dúvidas sobre a aplicabilidade de normas em razão de conflitos entre normas especiais e o próprio Código Civil. Nesse caso, devem-se utilizar as regras de hermenêutica já conhecidas, ou seja, a) *lex posterior derogat*, a lei mais recente revoga a anterior quando expressamente dispuser ou quando tutele um mesmo instituto jurídico; e ainda b) *lex specialis derogat generali*, a norma especial prepondera sobre a norma geral.

A passagem do monossistema para o polissistema não constitui um episódio efêmero; muito ao contrário, representa a nova lógica jurídica, pois o Código Civil possui inegavelmente um papel de destaque nas sociedades modernas que utilizam a sistemática da *Civil Law*. Sendo assim, deve gozar de uma relativa estabilidade, o que impede a aglutinação das várias normas especiais que estão continuamente em transformação, buscando acompanhar o anseio da sociedade.

### **3 – O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO**

No sistema dicotômico, o espaço público representa a coletividade com suas normas de regência, sendo a preponderante a Constituição Federal. Em outro extremo observa-se o espaço privado também com suas normas de regência e a norma que predomina é o Código Civil. A partir dessa concepção, verifica-se de um lado os publicistas e de outro lado os privatistas com concepções axiológicas diversas, estruturando o ordenamento não em um sistema de eixos, mas em um sistema de paralelas.

O Estado tem assentado suas bases existenciais em um modelo social, as Constituições têm sido impregnadas de valores a reger a sociedade, como o pluralismo cultural, a ética, a destinação de uma sociedade calcada em valores de igualdade e respeito mútuo, dignidade da pessoa humana<sup>8</sup> “em que a propriedade passa a ter uma função social”. Percebe-se claramente um espaço de interseção entre as questões que envolvem a sociedade e as questões que tocam aos indivíduos.

O Estado liberal no Brasil, como leciona Paulo Lobo<sup>9</sup>, já estava superado desde a Constituição de 1934 que já havia incorporado uma or-

---

<sup>8</sup> A expressão dignidade da pessoa humana surgiu em 1945, no preâmbulo da Constituição das Nações Unidas, no contexto que hoje é adotado.

<sup>9</sup> LÔBO, Paulo. "A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro". In **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da Legalidade Constitucional** (org. Gustavo Tepedino). São Paulo: Atlas. 2008, p. 18-19.

ganização social, que foi mais desenvolvida na Constituição de 1988. Aos poucos, os civilistas começaram a abandonar a visão de sistema em que o Código Civil constituía a norma de primeira grandeza para o direito privado e a Constituição, a norma de primeira grandeza para o Direito Público. Percebe-se então que o Direito Privado deve ser interpretado de acordo com as vertentes estabelecidas na Constituição Federal. Infere-se então que a Constituição Federal não representa uma carta política, mas o arcabouço jurídico que serve de diretriz dogmática para os todos os ramos do Direito. Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso

*Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.*<sup>10</sup>

*El neoconstitucionalismo, entendido como 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 iatliana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavía algunos años.*<sup>11</sup>

*La fuerza normativa de la Constitución trae como ineludible consecuencia que no existan normas que estén al margen del control de constitucionalidad. El fecho de que “que todo sea constitucionalmente verificable no implica que todo sea inconstitucional”, sino que el control de constitucionalidad obliga a que los demás poderes, aun en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y la proporcionalidad cuando producen las respectivas normas.*<sup>12</sup>

---

10 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil". In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007, p. 2.

11 CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p. 153.

12 DOMINGUEZ, Andres Gil. **Escritos sobre Neoconstitucionalismo**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 125-126.

Partindo para uma visão metafórica, poder-se-ia dizer que a Constituição Federal é o sol de nosso sistema jurídico e todos os demais diplomas legais, normas consuetudinárias gravitam em torno da Constituição Federal. Em razão disso, pode-se perceber a imperatividade das normas constitucionais sobre todas as demais existentes em um país. Para Emerson Garcia

*Após um período relativamente longo de maturação, encontra-se sedimentado o entendimento de que a Constituição, em especial as normas constitucionais que reconhecem os direitos fundamentais, também projeta sua força normativa sobre as relações privadas, devendo nortear a produção e a interpretação das leis ou, em alguns casos, regular diretamente as relações. Tomando-se como referencial o direito privado, a Constituição assegura a sua subsistência, contribui para o delineamento do seu conteúdo, auxilia na fixação dos limites a serem observados na restrição de determinados direitos e, em decorrência do caráter aberto e dos valores veiculados pelas normas constitucionais, que permitem a sua contínua atualização, estimula o seu desenvolvimento e constante adequação à realidade.<sup>13</sup>*

Com a Constitucionalização do Direito, surge uma forma de ver a sociedade solidarizante cujos ideais comuns se sobrepõem aos anseios individuais. Por oportuno, cumpre salientar que não se trata de uma desintegração do individualismo humano, mas sim, do primado do bem comum sobre a necessidade individual.

É nesse contexto que se pode perceber que, embora todos os diplomas legais contemplem o direito do indivíduo ter a propriedade, fica bem clara a noção de que esta propriedade deve atender a seus fins sociais. Tal pensamento não representa em si um antagonismo, mas no plano axiológico, tem-se uma complementaridade que denota o estágio social-democrático da sociedade em contraposição ao estágio do apogeu do liberalismo que norteou o Código Civil de 1916 entre outros dispositivos legais. Ao tratar do tema, Paulo Bonavides<sup>14</sup> reflete que no último meio

---

13 GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 302-303.

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 2000, p. 34



século, institutos eminentemente privados em razão de seus contornos passaram a ser ordenados pelo Direito Constitucional.

Paulo Lôbo ao comentar sobre o processo de Constitucionalização assevera:

*O processo de constitucionalização do direito civil, assim, largamente delineado, não foi nem é aceito sem resistências. As correntes mais tradicionais dos civilistas reagiram negativamente à interlocução do direito civil com o direito constitucional, entendendo que cada qual deve permanecer em seu lugar.<sup>15</sup>*

É razoável o sentimento de resistência por parte da doutrina. Em primeiro lugar, a ideia de Constitucionalização do Direito Civil representa uma ruptura epistemológica do Direito. Uma estrutura social desenvolveu-se com profundas questões sociais, econômicas e políticas, com marcos teóricos bem consolidados, como a Revolução Francesa e a própria Revolução Industrial.

Em segundo lugar, uma desqualificação em que todas as regras seriam guindadas ao plano constitucional e seu desrespeito representaria em última análise o próprio sentimento de desrespeito às normas fundamentais do Estado.

Não existe uma única concepção para neoconstitucionalismo. Em verdade existem neoconstitucionalismos cuja variável é a amplitude da perspectiva jusfilosófica empregada pelas inúmeras correntes doutrinárias que permeiam a ciência do direito. Neste sentido Suzanna Pozzolo comenta a ambiguidade e extensa difusão léxica entre os constitucionalistas

*El término “neoconstitucionalismo”, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conctados entre ellos.<sup>16</sup>*

---

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. *Op. Cit.* p. 22-23.

<sup>16</sup> POZZOLO, Susanna. "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010, p.165.

Norberto Bobbio<sup>17</sup> ressalta que na medida em que as legislações envelheciam percebia-se as insuficiências do sistema, ficava patente a inexistência de um dogma da completude, que o legislador sem o dom da onisciência, não podendo prever e assim normatiza todas as condutas.

Para Renata Domingues Barbosa Balbino<sup>18</sup>, os princípios deixaram de ser apenas mecanismos supletivos para adquirir a função de fontes do direito. E é exatamente esta a maior contribuição das diretrizes teóricas do novo Código Civil, a formulação de cláusulas abertas com a clara utilização de princípios de matriz constitucional que produzirão jovialidade à norma, sempre acompanhando os valores éticos em destaque na sociedade.

Para Luís Prieto Sanchis, o Constitucionalismo pós-positivista promoveu uma verdadeira propagação epidêmica de sinceridade no trato das relações interpessoais:

*El constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una autentica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían, a saber: que cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razobamiento jurídico se conjugen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia.<sup>19</sup>*

O Código Civil deixou de ser a bússola das relações privadas voltada em si mesma, como assevera Daniel Sarmiento<sup>20</sup> “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”. Neste sentido, os princípios designados na Constituição deixam a distante órbita de enunciados a serem materializados em normas infraconstitucionais e passam a ser um filtro a que todo o sistema jurídico deve ser submetido.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 278

<sup>18</sup> BALBINO, Renata Domingues Barbosa. "O Princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil" *In Revista do Advogado*, Ano 22, n. 68. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. Dez. 2002, p. 111

<sup>19</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. Mexico: Fontamara, 2005. p. 94.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". *In: Daniel Sarmiento (Org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.

Este fenômeno não representa o triunfo da moral sob a norma com a desconstituição total e absoluta do positivismo jurídico, mas a interpretação da norma deves absorver toda a gama de espectro valorativo social, inclusive com uma ponderação de repercussão de ordem moral com uma valorização principiológica dos dispositivos legais.

A questão da interpretação à luz de uma necessária leitura constitucional é que defende María de los Ángeles Manassero ao retratar a proximidade axiológica entre os preceitos morais e, em vários casos, a própria questão dos direitos fundamentais.

*La interpretación constitucional es, sin lugar a dudas, la actividad ue con mayor frecuencia enfrenta a los intérpretes del derecho con la determinación del significado de términos que encierran criterios valorativos o morales. Estos términos, unidos a otros perfilan, en muchos casos, los derechos fundamentales.<sup>21</sup>*

Evidentemente que a preocupação que surge é a leitura dos excessos e a formatação de uma textura jurídica tão aberta que represente contínuas e infinitas colisões entre preceitos que em última análise serão elevados a ordem constitucional dos Direitos Fundamentais

*La utilización de “conceptos morales” en el lenguaje jurídico sitúa a cualquier tribunal frente al problema “moral” de identificar qué “concepciones” son las más adecuadas para aplicar tales “conceptos morales”. El Derecho como integridad espera en este punto de los intérpretes (y de los jueces en especial) que opten por una concepción que pueda integrarse a otras interpretaciones pasadas de los mismos conceptos, de forma tal que pueda concebirse a las decisiones actuales y a las pasadas como parte de un sistema o cuerpo único de principios.<sup>22</sup>*

O Positivismo jurídico é a herança do Estado Direito, cujo modelo veio sendo fatigado até as primeiras luzes do século XX, em que, diante

---

21 MANASSERO, María de los Ángeles. "Términos valorativos, objetividad y teoría interpretativa del derecho en la la interpretación constitucional". In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 37.

22 ZAMBRANO, María del Pilar. "El Liberalismos Político y la interpretación constitucional". In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 96.

de questões como o nazismo e fascismo, havia uma resistência ao rotular todos os atos atentatórios à dignidade da humanidade como expressão de justiça no subproduto da subsunção meramente normativista. E passamos ao Estado Constitucional em que os direitos e postulados de humanidade, solidariedade e ética recebem uma sobrevalorização em vários sistemas constitucionais, inclusive o do Brasil.

*El modelo que había constituido la referencia en los últimos siglos, al menos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Sin embargo, dicho modelo está hoy agotado. Hoy estamos instalados en el Estado constitucional de derecho, cuya comprensión demanda un nuevo tipo de respuesta teórica. En este contexto surge la disputa actual entre positivismo y no-positivismo, con la variante del positivismo jurídico incluyente, o entre legalismo y constitucionalismo, denominaciones que refieren los intentos de articular un modelo de comprensión del Derecho ajustado a la fisonomía de los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos.<sup>23</sup>*

*Superioridad normativa de la Constitución. Varias tesis se derivan de esta afirmación, de las que destacará: 1) La Constitución constituye una auténtica norma jurídica, válida y aplicable, y no una mera norma programática. 2) la Constitución no es una norma cualquiera, sino la cúspide del sistema jurídico, que ostenta primacía sobre las restantes normas, cuya validez parte y desemboca en ella; 3) todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse de conformidad con ella. Representa, en última instancia el criterio de validez de todas las normas jurídicas (nueva teoría de la validez), y 4) todos los poderes públicos y ciudadanos están sujetos a ella. De este modo, existe una subordinación del poder legislativo a la regulación constitucional.<sup>24</sup>*

---

23 SEONANE, José Antonio. "La configuración jurisprudencial de derechos fundamentales." In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 122-123.

24 SEONANE, José Antonio. "La configuración jurisprudencial de derechos fundamentales". In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo: Una aproximación interdisciplinaria**. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 125.

O Direito Privado, recebendo os influxos do neoconstitucionalismo não está imune de críticas, nem representa o total aperfeiçoamento do sistema jurídico. Uma das críticas reside na forte hierarquização do Poder Judiciário, que o coloca em posição superior a dos demais poderes, inclusive com uma latente crise de legitimidade, uma vez que no Brasil, em regra, os membros do Judiciário não representam um organismo eleito pela comunidade, mas por um funcionalismo público qualificado no tocante ao saber, mas não atrelado necessariamente à vontade popular.

*La implementación gradual del modelo neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre las tesis optimista e escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel (no sólo jurídico sino también) político en la crítica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestras formas de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones.*<sup>25</sup>

## CONCLUSÃO

O Direito Privado foi objeto de várias alterações, sendo forjado com pensamento jusfilosófico que foi atrelado a uma própria concepção de estrutura do Estado e de maior aproximação ou distanciamento com o liberalismo econômico ou políticas com maior apelo social, passando do Estado de Direito para o Estado Social.

A mudança metodológica com a inserção de várias cláusulas abertas e um filtro Constitucional tem o condão de assegurar sempre um ar jovial, à medida que os operadores do Direito, ou seja, advogados e magistrados têm a liberdade de buscar a interpretação que seja compatível com o senso de justo da sociedade em determinado momento da história ou mesmo observado o conjunto de valores morais de uma determinada região ou determinado grupamento social.

O Código Civil Brasileiro de 2002 passou a ser dotado de uma perenidade, que é atributo que se busca em qualquer normatização, em especial, naquela cujos efeitos refletem em todo ordenamento privado de um país.

Nesse sentido, quebram-se os grilhões que escravizavam o intérprete que agia corretamente ao simplesmente aplicar a Lei. A visão Positivista

---

25 CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. "Desafíos y retos del canon neoconstitucional". In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p. 12.

do Direito representa a subsunção do Justo ao que foi Normatizado sem considerar as nuances de cada caso, estabelecendo um tratamento único e padronizado a todos, indistintamente de suas peculiaridades fáticas. As diretrizes adotadas pelo Código Civil harmonizam-se com os preceitos Constitucionais e constituem verdadeiro avanço no Direito Privado.

Com a Constitucionalização do Direito Civil, a aplicação dos postulados: eticidade, socialidade e operabilidade podem ser apresentados pelos operadores do Direito e decididos pelo Judiciário com o diálogo das fontes normativas e com uma hermenêutica orientada à luz da Constituição Federal.

Como ensina Guilherme Calmon<sup>26</sup>

*Observa-se que o trabalho a ser desenvolvido é, ainda, bastante intenso e árduo. A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno e, simultaneamente, diretriz dos novos tempos, permitindo se alcançarem a unidade, a harmonia e a coerência no sistema. As normas jurídicas codificadas, a despeito do esmero na sua formulação na via legislativa e da sua pertinência à ordem jurídica em vigor, não deixam de se revestir de algo teórico, necessitando, assim, ser diuturnamente experimentadas e avaliadas de acordo com a verificação das suas consequências no meio social. Daí porque a atividade de interpretação não pode se restringir às normas jurídicas, devendo abranger os fatos da vida social, bem como inserir as normas no contexto do processo histórico global sob o prisma das necessidades sociais contemporâneas.*

O Código Civil Brasileiro de 2002 rompe com a dogmática oriunda do pensamento oitocentista, procura humanizar as relações intersubjetivas, realçando o elemento subjetivo, atendendo a postulados de boa-fé, valorizando a ética que, por tantas vezes, foi lançada no recôndito monturo em nome da positividade e de uma suposta segurança jurídica. Com o atual corpo normativo civil, a opção do legislador foi firmada no sentido de coroar a busca pela Justiça e pelo bem-estar social. ❖

---

26 GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. "Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento" In CARVALHO, Dimas de Messias e CARVALHO, Dimas Daniel (coord.) **Direito das Sucessões. Inventário e Partilha**. Minas Gerais: Del Rey. 2007, p. 238-239.