

A CRISE NA CONCEPÇÃO MONOLÍTICA DO CÓDIGO CIVIL

THE CRISIS IN MONOLITHIC CONCEPT CIVIL CODE

Gustavo Henrique de Souza Vilela¹

Graciela Maria Costa Barros²

RESUMO

Esse artigo discute o papel do Código Civil enquanto norma central de regulação das relações de Direito Privado frente ao processo de Constitucionalização do Direito Civil. A promulgação de leis especiais para regulamentação de relações jurídica-privadas, chamadas de microssistemas, apresentam na mesma lei, normas de direito público e privado, necessárias atualmente para atender as situações surgidas com a sociedade de massa e o desenvolvimento social. Outra motivação para a criação desses microssistemas são as lacunas que surgiram a partir dos direitos e princípios da Carta Constitucional de 1988 que vieram tratar e influenciar diretamente assuntos antes resguardados exclusivamente pelo Direito Privado e que passaram a necessitar de uma regulamentação completa e precisa. Esse contexto enfraqueceu a concepção até então existente de um sistema jurídico monolítico. O artigo traz embasamento teórico que fundamenta a mudança no Direito Privado e apresenta a tendência de descodificação, ou seja, do abandono do Código em favor de normas específicas e aplicação de princípios constitucionais para regulação de algumas relação jurídicas, sem distanciar-se do papel do Código Civil ainda como eixo norteador necessário à uma completa e adequada regulamentação de relações jurídicas privadas de aplicação conjunta à clausulas gerais e princípios constitucionais.

Palavras-chave: DIREITO PRIVADO. DIREITO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. MICROSSISTEMAS.

ABSTRACT

This article discusses the role of the Civil Code as the central norm to regulate the relations of private law front process of constitutionalization of civil law. The enactment of special laws for the regulation of legal-private relations, called microsystems, have the same law, standards of public and private law currently needed to meet the situations brought about by the mass society and social development. Another motivation for the creation of these microsystems are the gaps that emerged from the rights and principles of the Constitutional Charter of 1988

¹ Servidor Público Federal, atualmente ocupa o cargo de Professor Adjunto na UFT, graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos, Mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca.

² Servidora Pública Federal, atualmente ocupa o cargo de analista na Procuradoria Federal junto à UFT, graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, graduada em Letras pela Universidade Luterana do Brasil, Pós-Graduada em Língua Portuguesa pela Faculdade Darwin, Pós-graduanda em Direito e Processo Constitucional na Universidade Federal do Tocantins.

have come to treat and directly influence issues before guarded exclusively by private law which now requires a complete and precise regulations. This context has weakened the until then existing design of a monolithic legal system. The article brings theoretical bases for change in Private Law and has a tendency decoding, ie the abandonment of the Code by specific rules and application of constitutional principles regulating some legal relationship, not distance itself from the role of Civil Code as a guideline still necessary for a complete and proper regulation of private legal relations of joint application to the general clauses and constitutional principles.

Keywords: PRIVATE LAW. CIVIL LAW. CONSTITUTIONAL LAW. MICROSYSTEMS.

INTRODUÇÃO

A necessidade por mudanças e melhorias do *status quo* perpassa todos os aspectos que compõem a vida em sociedade, seja social, cultural, político, tecnológico e o aspecto jurídico que não foge à regra e necessita evoluir para acompanhar as exigências que surgem da convivência social. A partir da análise da História do Direito percebe-se que, em cada época, surgem novas teorias e adequações que buscam aplicar de forma efetiva e justa as regras abstratas à realidade concreta. Dentro dessa realidade mutável e de necessária atualização das instituições jurídicas objetiva-se examinar o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, movimento resultante da contraposição ao sistema de codificação do Direito Civil.

A sociedade de massa e os novos conflitos de interesse não são passíveis de serem solucionados por um único texto legal, o que impulsionou, desde a metade do século passado, a criação de inúmeras leis para a regulamentação de diversas relações jurídico privadas. Mas, foi principalmente após a Constituição de 1988, que o legislador brasileiro, na ânsia de atualizar o corpo de normas infraconstitucionais e regular temas trazidos no texto constitucional, passou a editar e promulgar maior número de leis especiais e estatutos. Essa maciça e profícua produção legislativa aumentou o número de normas vigentes e trouxe regras que, por vezes, conflitam entre si e até mesmo com o Código Civil que é tido como norma geral do direito privado e subsidiário das demais.

Uma das consequências dessa nova realidade foi acentuar a aproximação entre os direitos público e privado. Com os denominados “microsistemas”, saída encontrada pelo legislador para atualizar de forma mais ágil e adequada, juntou-se em um único texto de lei, normas materiais e procedimentais.

O Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato, o Marco Civil da Internet e o Estatuto das Famílias, este último em trâmite no Congresso, são exemplos de microssistemas que surgiram para atender situações jurídicas mais complexas e que exigem agilidade e regramento específico.

A noção de imutabilidade relativa das codificações, deriva do fato de que o processo de construção de códigos exige anos de trabalho e a participação de muitos juristas e parlamentares, por pretenderem ser um guia completo e complexo de uma determinada área do Direito. Desta forma, um dos problemas detectados com a Codificação é que, com as mudanças sociais desencadeando-se cada vez mais rápido, como atualizar um código de forma eficiente e sem perder sua característica aglutinadora, visto que, não existem códigos definitivos e intocáveis e nem haveria vantagem em tê-los, sob pena de não acompanhar os anseios sociais.

É visível que a simples demora na atualização da legislação pátria, faz com que os juristas utilizem outras fontes do direito para resolver casos práticos quando a norma se mostre incapaz de atender às situações cotidianas, é o que aconteceu com os direitos relacionados à união homoafetiva, assunto solucionado pelo Judiciário com auxílio de princípios constitucionais por ausência de regramento específico.

A codificação traz o dilema entre a perda do contato com a realidade e dos anseios sociais pela demora na modificação, ficando ultrapassado, impedindo o desenvolvimento social. E, a alteração, subtração ou inclusão de artigos por novas leis tidas como atualizadoras dos códigos ocasiona a perda do caráter de aglutinação típicos dos códigos, desnaturaliza sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Também não se pode pensar numa construção constante de novos códigos em substituição aos anteriores, isso além da impossibilidade prática pelos trabalhos dos parlamentares, traria grande dificuldade ao operador do direito, insegurança jurídica à população e o aumento de conflitos de interesse pela reclamação, por exemplo, de direitos adquiridos.

O presente artigo traz algumas reflexões acerca do futuro da legislação civilista, sobre a tendência à legislação por microssistemas ou estatutos, sem qualquer postura intransigente sobre a necessidade de codificação e agrupamento da legislação em único diploma, apenas buscando auxiliar nos casos de eventuais antagonismos surgidos com a crescente produção legislativa.

A partir desta questão central, surgem outros questionamentos a respeito da codificação do direito privado, da atuação dos aplicadores do direito e das consequências da coexistência, no ordenamento jurídico, de direito codificados e de legislações esparsas.

Assim, estabeleceu-se como objetivo principal, o levantamento da forma pela qual a utilização das várias leis e estatutos irá interferir na aplicação da norma civil, frente à codificação regida pelo Código Civil Brasileiro e a nova realidade de aplicação dos preceitos constitucionais às relações privadas, mas também, entender as conseqüentes mudanças que levaram ao atual panorama favorecendo o surgimento de microssistemas dentro do direito civil.

Como procedimento metodológico, adotou-se a pesquisa bibliográfica, realizado em vasta bibliografia de estudiosos de direito, bem como em artigos publicados em periódicos da área, que foram identificados durante o período da pesquisa, com os seguintes descritores: constitucionalização do direito civil, microssistemas, codificação, evolução direito privado, publicização do direito privado.

Trata-se de artigo gerado a partir de pesquisa básica e qualitativa, realizada em torno de dois eixos: primeiro analítico que abrange a pesquisa bibliográfica, buscando embasamento teórico para fundamentar a tese apresentada de uma mudança no Direito Privado Brasileiro, selecionando artigos e livros relacionados ao tema e feita a organização das ideias em tópicos para facilitar a leitura e o entendimento do assunto abordado, e o segundo eixo, a partir das discussões, apresentando as teses e estudos produzidos sobre o tema, além da compilação quantitativa da legislação civilista atual, de forma a tornar visível o quadro e tentar estabelecer os possíveis caminhos evolucionários do direito privado.

1 CODIFICAÇÃO

A organização da vida em sociedade pressupõe a existência do Direito, como conjunto de normas estabelecidas para propiciar a adaptação comportamental das pessoas, sendo responsável pela viabilidade da vida social, onde tantos interesses particulares devem ser respeitados, nos limites do interesse geral da coletividade. É a força que possibilita a vida harmoniosa e o bem-estar da coletividade a partir da assimilação de valores aceitos pela comunidade.

Com esse entendimento, tem-se uma das divisões primordiais do Direito, de um lado, caracterizado como Natural “àquele que corresponde a uma ordem de Justiça que a própria natureza ensina aos homens pelas vias da experiência e da razão”, e de outro, chamado Positivo “aquele que o Estado impõe à coletividade, e que deve estar adaptado aos princípios

fundamentais do Direito Natural, cristalizado no respeito à vida, à liberdade e aos seus desdobramentos lógicos” (REALE, 2002, p.19).

Diversos governantes no decorrer da história, como Hamurabi, Justiniano, Carlos Magno, Napoleão e outros pretenderam consolidar e unificar o direito positivo de seus Estados, reunindo em texto único e conexo todas as normas que tratam de um determinado assunto, criando-se códigos.

Os primeiros códigos, não foram fruto de trabalho científico, mas apenas a compilação dos costumes e a condensação das diferentes regras, apresentando o direito sem divisões, englobando regras civis, penais, comerciais e tributárias.

Nader (2007, p. 211) apresenta um rol das primeiras tentativas de codificação das normas jurídicas, das quais deram origem aos mais antigos códigos, destacando-se os que alcançaram mais projeção como o Código de Hamurabi, em 2.000 a.C., ordenação que o rei da Mesopotâmia deu a seu povo na tentativa de criar um estado de Direito, nas palavras de seu próprio idealizador “para que o forte não oprima o fraco, para fazer justiça ao órfão e à viúva, para proclamar o Direito do país em Babel” e buscava separar o ordenamento jurídico da Moral e da Religião.

A Legislação Mosaica, elaborado pelo patriarca Moises, doze séculos a.C., e reunida no Pentateuco, os livros de Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. O núcleo principal reside no Decálogo, que Moisés teria recebido diretamente de Deus.

A Lei das XII Tábuas, século V a.C., primeira lei romana importante, surgida da luta de classes, onde os plebeus pleiteavam a codificação das instituições jurídicas, buscando a igualdade de direito entre as classes. Apesar de concisa e clara e tendo sido efetivamente aplicada, foi extremamente cruel e alguns de seus dispositivos defendiam ser lícito matar os recém nascidos com defeito físico grave e lícito ao pai e à mãe, banir, vender e matar os próprios filhos.

O Código de Manu, elaborado entre os séculos II a.C e II d.C., legislação mais antiga da Índia, que reuniu preceitos jurídicos, religiosos, morais e políticos, dispunha dos castigos essenciais para evitar o caos social, favorecia parte da população como a casta brâmane e atribuía uma origem divina ao direito, para garantir seu respeito pela ordem religiosa.

O Alcorão, século VII, o livro religioso e jurídico dos muçumanos, estabelece penas severas para o jogo, bebida e roubo além de situar a mulher em condição inferior ao homem, ainda em utilização em alguns Estados. Parte dos muçumanos, o considera uma obra de Alá, só podendo ser alterado por ele, utilizando uma série de artifícios para contornar as dificuldades na tentativa de aplicar o velho texto a nova realidade.

A partir dos séculos XVII e XVIII ocorreu a Era das Codificações, impulsionada pela teoria da divisão dos poderes de Montesquieu, cabendo ao Legislativo ordenar o Direito, pelo pensamento jusnaturalista racionalista, dominante naqueles séculos, que considerava o Direito um produto da razão, baseado na natureza humana, e pela necessidade de garantir a unidade política do Estado através da unificação do Direito, aumentando os vínculos sociais e morais dentro do seu território.

As legislações codificadas se referiam a parte do Direito que regulava as relações particulares, o chamado direito privado, pois, a codificação das normas de direito público, que regem o funcionamento do Estado, seus limites e obrigações, ocorreu com o movimento de Constitucionalização.

O Direito Civil atual teve origem no Direito Romano, sua essência mantém-se viva até hoje, segundo Venosa (2007) o Direito Romano foi um marco para a Ciência Jurídica por alterar o entendimento que existia até então sobre Direito e Justiça. Os esboços iniciais visando uma codificação se deram no primeiro século da República Romana, quando foram feitas as tentativas, até então inéditas, de aglutinação do direito aplicado à época de forma costumeira.

Com o tempo surgiu uma massa de compilações, tais como as Institutas de Justiniano (565 d. C.), o *Corpus Juris Civilis*, como ficou conhecido, compilou e remanejou as fontes de direito conhecido criando uma obra monumental para a cultura jurídica universal, e foi fracionada em: Código, dividido em 12 livros que tratavam das fontes do direito, do direito de asilo, das funções dos agentes imperiais, do processo, do direito privado, do direito penal, do direito administrativo e do direito fiscal; Digesto que foi a compilação de grande quantidade de fragmentos de jurisconsultos clássicos, sendo uma obra mais completa que o Código, visando por um fim nas dificuldades encontradas na aplicação da jurisprudência excessiva, bem como nas contradições existentes; Institutas, um breve manual de estudo, uma produção de professores tendo por finalidade o ensino das noções gerais, definições e classificações do direito; e Novelas que foram uma segunda edição do *Codex*, que continham reformas principalmente no direito hereditário e no direito matrimonial.

Essa obra teve como mérito não apenas manter o Direito daquela época para as civilizações da posteridade como também registrar o pensamento e a forma de atuar dos juristas de séculos atrás.

O Direito Romano foi levado pelos conquistadores do Império para os povos conquistados, disseminando aquela legislação por toda a Europa, parte da África e Ásia. Com o passar do tempo, mesmo com o desenvolvimento das outras nações e o declínio do poderio

Romano, o seu Direito continuou a ser aplicado e adaptado, ininterruptamente, principalmente como objeto de estudo nas Universidades. Portugal, por exemplo, berço da sociedade brasileira, recepcionou e assimilou o Direito Civil Romano, adaptando suas jurisprudências e criando novas interpretação através das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Nader (2007) citou os primeiros códigos modernos, como sendo o Código Civil da Prússia, com vigência a partir de 01/06/1794, caracterizado pela união de esforço de vários juristas e pela concisão e clareza.

O Código de Napoleão, de 1804, que buscou a unificação e reforma do direito privado. Considerado um marco da era da codificação, com técnica apurada e conteúdo moderno e científico, exerceu importante influência no direito moderno, representou o anseio do povo francês, inspirado nas ideias liberais da época, foi uma elaboração intelectual que considerou os costumes da época, o direito romano, as ordenações reais e a legislação vigente, adotou o do caráter absoluto da propriedade e o dever da reparação pelo dano causado. Vários países o adotaram com poucas alterações, como a Itália, Mônaco, Bolívia, Romênia e outros tantos foram influenciados por ele, como a Escócia, Filipinas, Holanda, Japão, Alemanha e Brasil. Código que, com numerosas alterações, ainda se encontra em vigor com a denominação de Código Civil Francês.

O Código Civil da Áustria, aprovado em 1812, sob a influência da doutrina de Kant, possuía índole individualista típica do liberalismo e consagrou a igualdade para todos, independentemente de religião, nacionalidade e classe social.

2 DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Com a positivação do Direito surge a necessidade da divisão de áreas distintas, definidas inicialmente como públicas e privadas. A teoria dualista é a corrente majoritária e que sustenta a clássica divisão desses grandes ramos.

A distinção entre Direito Público e Privado, defendida pelos dualistas, surgiu originariamente no Direito Romano, como forma de diferenciar as regras dirigidas ao Estado das regras relacionadas aos indivíduos e suas relações jurídicas. Essa distinção nunca foi pacificada entre juristas e doutrinadores, não havendo consenso entre as teorias, até pela dificuldade em estabelecer limites específicos para atuação de cada um deles.

Atualmente, existe um crescente movimento de publicização do direito privado, cada vez mais o Estado interfere nas relações privadas, e seus princípios tradicionais vão sendo alterados em face da proteção do Estado contra as condutas individuais, a exemplo, do que

ocorre com o direito de família e de propriedade. Isso não quer dizer que o direito privado está desaparecendo, ele ampara a autonomia de vontade do indivíduo, bem supremo que deve ser resguardado.

Muito embora, o direito público, aparentemente, tenha incorporado mais áreas que o direito privado, este possui um amplo domínio, onde se destaca o direito civil, como o direito comum de todos os homens. Isto porque, ele disciplina “o modo de ser e de agir das pessoas, com abstração de sua condição social” (REALE, 2002, p. 153). Assim tido, o Direito Civil é o ramo do direito privado por excelência, nas palavras do Silvio de Salva Venosa é o “conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas dos particulares” (2007, p.60). Sendo um sistema voltado para a relação do homem com o meio social ao qual está inserido.

Miguel Reale (2002, p. 158), apresenta as vigas mestras, que delimitam a atuação do direito civil dentro da sociedade democrática, e condicionam todas as relações jurídicas privadas, através de princípios específicos, quais sejam o Princípio da Personalidade: todo ser humano é sujeito de direito e obrigações, pelo simples fato de ser homem; o Princípio da Autonomia da Vontade: a partir do reconhecimento da capacidade jurídica da pessoa, esta lhe confere o poder de praticar ou deixar de praticar atos, segundo sua vontade; o Princípio da Liberdade de Estipulação Negocial: na prática de atos jurídicos a pessoa possui a faculdade de outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites legais, criando relações jurídicas como os negócios jurídicos e os contratos; o Princípio da Propriedade Individual: através de seu trabalho ou de outras formas legais o homem pode externar a sua personalidade através do seu patrimônio, bens móveis ou imóveis de seu exclusivo querer; o Princípio da Intangibilidade Familiar: a família, no contexto das situações jurídicas constituídas pelo livre querer dos indivíduos, é a expressão imediata de seu ser pessoa; os Princípios da Legitimidade da Herança e do Direito de Testar: entre os poderes que a pessoa humana tem sobre seus bens, inclui-se o de poder transmiti-los aos seus herdeiros; o Princípio da Solidariedade Social: surgido com a socialização ou humanização do direito, diz respeito a função social dos direitos civis, da propriedade e dos negócios jurídicos, para conciliar as exigências da coletividade com os interesses dos indivíduos; e o Princípio da Boa Fé Contratual: em que cada pessoa deve ajustar sua conduta ao arquétipo de conduta social vigente, de forma a respeitar os interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva para atingir o bom fim das obrigações.

Diferentemente do direito civil romano, que abrangia tanto as regras de direito privado quanto as de direito público, o que se conhece hoje de direito civil, não mais regula as

relações de direito público, concepção trazida pelo Código de Napoleão, fruto do pensamento da época, preocupado com a liberdade individual.

No Brasil vigoraram as leis civis portuguesas, as Ordenações Manuelinas de 1521 até 1603 e as Filipinas a partir de então. A primeira Constituição em 1824, recepcionou-as, como o direito positivo pátrio, até a elaboração de um Código Civil.

Depois de algumas tentativas de confecção, em 1896, foi nomeado Clóvis Beviláqua para elaboração de um projeto de Código Civil, tarefa completada em 1899, versão que, após diversas críticas e emendas, foi aprovada na Câmara em 1902, no Senado também passou por inúmeras emendas até aprovação em 1912 e retornou à Câmara, até sua aprovação final em dezembro de 1915, sendo sancionado e promulgado em 01 de janeiro de 1916 como Lei nº 3.071/16, que entraria em vigor no mesmo dia do ano seguinte.

Para se adequar o Código Civil passou por inúmeras alterações trazidas por leis esparsas, a primeira já em 1917, através da Lei nº 3.725. Essas alterações foram constantes durante toda a existência do Código Civil de 1916, apesar do processo de 92 anos de criação.

Em 1969, o Ministério da Justiça nomeou comissão sob a supervisão de Miguel Reale, para elaborar um novo Código Civil, um anteprojeto foi apresentado em 1972, publicado em 1973 após várias emendas e apresentado ao Poder Executivo que o enviou ao Congresso Nacional como Projeto de Lei nº 634 em 1975. O projeto foi modificado no Congresso, até converter-se no atual Código Civil, Lei nº 10.406, em 10 de janeiro de 2002. No entanto, as várias alterações de última hora no projeto não se distanciam muito do que seriam alterações esparsas.

3 CONSTITUIÇÃO NO DIREITO PRIVADO

O Direito Constitucional tem relação direta com o Estado Democrático de Direito, a estruturação de seu poder político, seus contornos jurídicos, os limites de sua atuação e os direitos humanos fundamentais. É o ramo do direito público que “estuda os princípios e normas estruturadoras do Estado e garantidoras dos direitos e liberdades individuais” (JACQUES, *apud* CARVALHO, 2009, p. 06); “é o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado.” (SILVA, *apud* CARVALHO, 2009, p. 06).

A Constituição encontra-se acima dos detentores do poder e no sentido sociológico é a representação de um movimento social que dá limites ao poder dos governantes, de forma a

inviabilizar que estes façam prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado em detrimento do bem geral.

Em termos abrangentes, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, o “Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar” (2009, p. 10).

Esse sistema surgiu a partir da busca do homem, enquanto ser político, para limitar os poderes absolutos exercidos pelos detentores do poder. Hoje o constitucionalismo é marcado pelo totalitarismo constitucional, com textos amplos, extensos e analíticos regulando inclusive temas próprios da legislação ordinária.

O surgimento do chamado neoconstitucionalismo, a partir dos meados do século XX com ideias como: “centralidade da Constituição no sistema jurídico, a supremacia material das normas constitucionais, a força normativa dos princípios, a ênfase nos direitos humanos fundamentais, em especial, na dignidade da pessoa humana” (CARVALHO, 2009, p. 251), levou a construção de um modelo constitucional-democrático, com mudanças, principalmente, na natureza do direito positivo e de todo o instrumental teórico juspositivista.

Essas novas premissas apontam para um futuro do constitucionalismo “influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização” (DROMI, *apud* CARVALHO, 2009, p. 254). A isso se soma ainda o conceito-ideia de *good governance* (boa governança), ou seja, o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado, anteriormente relacionado apenas à economia e que agora se expande a todos os demais assuntos relacionados à administração do bem público.

O neoconstitucionalismo levou o direito pátrio, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a Constitucionalização do Direito, que “não significa apenas que o texto constitucional tenha incluído normas específicas de cada domínio do direito, mas, sobretudo, que a reinterpretação do direito infraconstitucional se faz sob a óptica e o crivo da Constituição.” (CARVALHO, 2009, p. 21). Essa nova Constituição age não apenas como a norma juridicamente superior e fixadora de padrões gerais, mas influenciando e transformando o direito infraconstitucional, preexistente, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A adoção dos valores constitucionais ao direito infraconstitucional fez com que este deixasse de ser legicêntrico. As relações sociais antes restritas aos códigos, passaram a ser regidas pelo texto constitucional, que deixou de ser uma simples proclamação política do

Estado, para englobar temas relacionados a vários assuntos, inclusive aqueles que regiam as relações privadas. Isso levou a constitucionalização de vários ramos do Direito, que passaram a ser interpretados à luz da Constitucionalização.

Um dos maiores pensadores dessa nova vertente do direito, o Prof. Gustavo Tepedino sintetiza essa realidade quando afirma que o Código Civil era, em sua completude, um sistema fechado, auto-suficiente e exclusivista, que descartava a utilização de outras fontes e para “o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito.” (TEPEDINO, 2001).

Segundo Barroso (2005) as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Sendo estes princípios de natureza instrumental, e não material, considerados então de pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais, diz ainda, que os princípios não são como as regras – consideradas comando descritivos de condutas específicas – mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins a serem realizados.

Na realidade atual a Constituição assumiu a centralidade do sistema, de forma que seus valores e interesses, expressados na forma de princípios tem servido de paradigma interpretativo das normas jurídicas infraconstitucionais. Esses princípios ocupam a posição de supremacia no ordenamento jurídico e são levados em consideração com prioridade na resolução de um problema concreto.

Em um sistema onde existem diversos princípios, que correspondem a valores distintos e tem diferentes fundamentos, a possibilidade de colisão não é exceção. Diante de hipótese concreta de antagonismo inevitável, o interprete deve utilizar a técnica de ponderação de valores ou de interesses. Segundo Menezes (2012, p. 94) “é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso referente a cada um dos princípios contrapostos, com a finalidade de resolver eticamente os conflitos.”.

Todavia não há um critério que estabeleça com precisão qual princípio deve prevalecer sobre o outro, de forma que na busca de um resultado social e juridicamente aceitável deve-se fazer concessões recíprocas, buscando um sacrifício mínimo dos direitos em confrontação.

4 OS MICROSSISTEMAS

A evolução dos cenários sociais, nas palavras de Tepedino (2001), passou a exigir do legislador uma intervenção diferente da utilizada até então, não se limitando apenas à tipificação de novas figuras do direito privado, mas abrangendo também uma vasta gama de relações jurídicas em diversos ramos do direito. Com isso surgem leis “que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos” (TEPEDINO, 2001).

Somado a isso, a dificuldade de realizar uma reforma generalizada no Código em vigor, desencadeou o fenômeno da descentralização ou descodificação do direito civil, com criação de diversos microssistemas (GAGLIANO; FILHO, 2009). Essas novas leis são sistemas porque incorporam não apenas as normas de direito material, mas também regras “processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e o mesmo de direito penal” (TEPEDINO, 2001).

Esse mosaico normativo, característico do processo descentralizador, a primeira vista parece carecer de lógica sistemática, por não possuir um eixo unificador - um Código, não é assim. Segundo os defensores desse sistema a “coexistência harmônica desse polissistema – formado pelo Código, pelos estatutos e leis especiais – encontra um ponto lógico-formal de apoio e aplicação hermenêutica nos princípios e normas superiores de direito civil consagradas na própria Constituição Federal.” (GAGLIANO; FILHO, 2009, p. 47).

Em perfeita síntese do processo de descodificação do direito civil, Gustavo Tepedino (2001), descreve como o “deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos.”.

Com a existência de abundância de fontes legais e com a crise da dogmática tradicional das técnicas legislativas, acentua-se a relevância da jurisprudência na solução de problemas concretos, onde não cabe a subsunção do fato à regra específica, e sim a avaliação da situação frente aos diversos princípios envolvidos. A exemplo, do princípio da dignidade da pessoa humana, hoje reconhecido como fator de alteração da ordem jurídica privada, na medida em que determinou a maior relevância das relações existências sobre as patrimoniais (MORAES, 2006).

O Código Civil de 2002, mesmo promulgado após a Constituição de 1988, possui uma base patrimonialista de relações privadas resguardadas das ingerências estatais, no entanto, hoje o cenário é distinto, os princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana impôs uma transformação radical no direito civil estabelecendo uma dicotomia entre as relações jurídicas existenciais e as patrimoniais, o ordenamento jurídico

deve se preocupar também com as singularidades da pessoa humana, o alvo do legislador deixou de ser apenas o sujeito de direito e passou a ser os “consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante” (TEPEDINO, 2004).

Com esse entendimento não há como entender o Direito Civil e suas estruturas basilares: o contrato, a propriedade e a família, sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional.

Percebe-se, que em ambas as formas de normatizações, Códigos ou leis esparsas (microsistemas), o procedimento legislativo adotado é o mesmo, são leis ordinárias. Mas enquanto os primeiros se limitam as normas formais, dependendo de outro para normatizar os procedimentos, os segundos integram em um corpo único, a norma e o procedimento.

A aplicação das normas constitucionais não se trata de meramente localiza-las no topo das normas aplicáveis ao direito privado, mas, segundo Tepedino (2004), trata-se “de maneira muito mais ampla, da inserção permanente contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.” Cabendo ao jurista a função de harmonizar todas as fontes de normas, com a utilização dos princípios constitucionais como eixo norteador.

A vinculação dos princípios constitucionais não se restringe apenas às relações mantidas entre o Estado e o Cidadão, com também em todas as demais relações jurídicas entre indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado (FILHO, 2012).

O conflito de princípios é uma constante, visto que não se vislumbra uma hierarquia fixa para eles, sendo que a jurisprudência vem aos poucos aplicando o método da ponderação concreta de valores, “numa busca pelo equilíbrio e concordância prática na concretização de valores fundamentais substituindo a lógica tradicional do tudo ou nada por um novo paradigma” (FILHO, 2012).

5 DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O termo descodificação induz a ideia de que o Código Civil mantém seu espaço de importância como eixo do direito privado quando se refere à constitucionalização do direito civil. Esse termo surgiu na Itália, em 1978, em artigo de Natalio Irti e no Brasil, a doutrina passou a tratar do tema a partir de 1984, com Orlando Gomes (TIMM, 2008).

O Código Civil se mantém como organizador e subsidiário às demais leis de Direito Privado nos diversos aspectos não tratados por essas leis e não regulados pela Constituição.

Pela concepção clássica uma determinada área do ordenamento jurídico se encontra codificada quando “suas respectivas regras estão previstas em textos normativos unitários e sistematizados, cujas normas se expressam em formulas abstratas e gerais e pretendem se constituir na única fonte jurídica sobre a matéria por ela regulada” (TIMM, 2008, p. 05).

A característica central desse movimento é o papel de centralidade assumido pela Constituição, pois, por vezes, leis especiais têm seus próprios princípios gerais e uma diversidade de institutos que fogem à regulação do Código Civil, por haver cada vez mais, grupos de indivíduos que escapam a sua disciplina.

Essa mudança de concepção ocorreu paulatinamente e dependeu de vários acontecimentos sociais que a influenciaram. O apogeu da codificação, se deu início do século XIX até o começo da Primeira Guerra Mundial, período marcado pela proeminência do direito civil e o maior desenvolvimento e erudição da doutrina civilista em comparação às demais áreas do Direito.

A partir da Primeira Guerra Mundial o Estado passou a intervir na economia como propulsor do desenvolvimento econômico, frente à nova realidade surgida após o conflito, a exemplo dos problemas habitacionais que forçou a promulgação de novas leis de inquilinato, à distância dos códigos e de princípios até então basilares, como a autonomia privada. Também, a crescente industrialização, gerou a utilização de grande número de mão de obra de operariado, exigindo novas leis para regulamentar as relações trabalhistas e de acidentes de trabalho.

Com o crescimento do número de leis especiais para regulamentação de relações jurídico privadas, temos o início da tendência da descodificação do direito. No Brasil, a Constituição de 1934, em seu art. 113, já enunciava que: “o direito de propriedade não poderá ser exercido em desconformidade com o interesse social e coletivo.” Mas, é com a Constituição de 1988, com suas normas programáticas e multirregulação jurídica no campo do Direito da Família, do Trabalho, do Processo que se verifica essa tendência com mais clareza.

Nesse período entre as duas cartas constitucionais citadas, diversas leis especiais foram editadas, seguindo a concepção social da propriedade descrita no texto constitucional e em desacordo com a disciplina do Código Civil, a exemplo o Estatuto da Terra, de 1964 e a Lei nº 7.437/85, que trata da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

No Direito de Família, as transformações também apareceram com a promulgação de legislação especial: o Estatuto da Mulher de 1962, que atestava capacidade plena a mulher casada e a Emenda Constitucional nº 09/77 e a Lei nº 6.515/77, que admitiram o divórcio; e o

Código de Menores de 1979, que foi substituído em 1990 pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na esfera do Direito Contratual, também ocorreram importantes mudanças com Lei do Inquilinato de 1979 e 1991; o Decreto Lei 58/37, a Lei nº 649/49 e a atual Lei nº 6.766/79 tratando sobre a promessa de compra e venda; o Decreto Lei 911/69 que regula a alienação fiduciária em garantia; e a reserva de domínio regulado no Código de Processo Civil de 1973.

Nesse novo contexto de descodificação ou de constitucionalização que se inseriu o novo Código Civil de 2002. O Professor da UFRS, Couto e Silva, defende que as legislações esparsas posteriores ao Código Civil não são incompatíveis com ele, pelo contrário, o Código é essencial para a evolução dos microssistemas, já que não poderia a ordem jurídica operar sem um mínimo caráter de unidade e ordem, que não é exclusividade da Constituição. E se assim não o fosse se perderia a ideia do Direito como sistema – “noção imprescindível à dogmática jurídica e resultado de séculos de evolução da ciência jurídica.” (*Apud* TIMM, 2008, p.23).

Essa noção de ordenador do Código se faz ainda mais essencial quando se analisa questões referentes a capacidade civil, a direitos da personalidade e outras.

O jurista italiano Irti, anteriormente franco defensor da descodificação, em estudos mais recentes, tem mudado seus entendimentos, entendendo que, “é sustentável a codificação por uma doutrina unida e prestigiada, capaz de propor novas interpretações aos dispositivos legais desatualizados, permitindo a penetração no sistema jurídico de novas construções teóricas, mais consentâneas com a realidade fática.” (*Apud* TIMM, 2008, p. 26).

Pela realidade atual, a divisão dicotômica de direito público e direito privado, que remonta suas origens dos romanos, está desfigurada, isto porque, os interesses individual, social e estatal se entrelaçam de tal forma que não se pode estabelecer facilmente suas fronteiras e prioridades, tornando difícil estabelecer um interesse individual que seja completamente autônomo, totalmente independente e isolado do interesse público.

Como reflexo do fim dessa visão dicotômica é:

passou-se assim a visualizar a incidência de uma perspectiva de ordem pública sobre o ordenamento jurídico, como um sinal de decadência no direito privado. No entanto, não cabe ver o direito privado, e, sobretudo, o direito civil como uma espécie de antítese ao direito público, como lugar em que os particulares estejam a salvo das ingerências do Estado. A atividade do Estado, contemporaneamente, não deve ser pautada pela cega subordinação

do indivíduo, mas pela atuação do valor constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana. (TOALDO, 2012)

Dessa forma, hodiernamente, não se pode mais conceber um sistema que separe o Estado e a sociedade civil e no qual a Constituição é a lei do Estado e o direito privado o ordenamento da sociedade civil. É necessário agregar valor político às normas de direito privado e definir suas funções em relação ao sistema sociopolítico-econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dúvida principal se baseia na atuação do Código Civil frente às inúmeras legislações esparsas que também regulavam as matérias do Direito Privado e nos anseios e receios dos estudantes do Direito ao se depararem com a profícua produção legislativa, em que, a primeira impressão é a de que os microssistemas seriam prejudiciais ao ordenamento jurídico devido a dificuldade encontrada pelo operador do direito em concilia-los.

No entanto, foi possível apreciar com clareza os motivos pelos quais essas regulamentações especiais estão sendo criadas, tendo uma visão do processo de constitucionalização do direito civil, que se deu principalmente em virtude da quebra de um dos maiores paradigmas da ciência jurídica, a divisão do direito em público e privado.

Apesar de anteriormente ser possível delimitar o campo de atuação de cada um deles, essa realidade mudou e se observa a união das duas vertentes, a presença do Estado em áreas antes, exclusivamente, de relações entre particulares, em nome de princípios apregoados pela Constituição. Com isso, o Código Civil já não tem a capacidade de assegurar a plenitude de todo os direitos subjetivos, porque, as relações privadas são reguladas, cada vez mais, a vista de princípios Constitucionais.

Depreende-se desse estudo, que a necessidade do Código ainda está viva, pois a partir dele surgirão guias de regulamentação e interpretação das relações jurídico privadas que se referem à propriedade, contratos e responsabilidade civil, etc., que não podem ser construídas apenas sobre os vagos princípios constitucionais e carecem da solidez da legislação civil, mantendo seu papel de eixo fundamental do Direito Privado.

O fenômeno dos microssistemas ocorre em cenário mundial e é uma característica da ruptura de padrões anteriores, principalmente pela variabilidade de novas relações jurídicas e pela necessidade constante da visão dos interesses coletivos se sobrepondo aos interesses individuais.

O processo contínuo de criação e promulgação de leis especiais para regularem matérias que não são tratadas no Código Civil, ou se o são, não de forma completa ou que atenda as necessidades atuais é sem dúvida, um fator que vem atualizando o Direito. Ficando a problemática a cabo de uma atividade legislativa mais coerente e lógica, revogando-se expressamente a lei anterior toda a vez que seja promulgada nova lei que regulamente a mesma matéria. Pois, se tem visto diversos diplomas tratando do mesmo assunto, cada um sob um aspecto diferente, e com uma amplitude diferente, gerando um excesso de leis desatualizadas e que se contrapõem o que só dificulta a aplicação do direito.

Esta profunda estratificação e especificação traz a necessidade de uma reforma legislativa, através da criação de leis centrais que tragam princípios e regras gerais de aplicação para as relações jurídicas privadas e que, os assuntos em si, sejam tratados através de estatutos próprios, pois a situação contemporânea exige critérios interpretativos coerentes com o sistema civilista atual, voltado para valores não apenas patrimoniais.

Também se observa a necessidade da organização e sistematização das normas já existentes, de forma que em lugar de produzir e promulgar cada vez mais diplomas se trabalhe em prol de garantir a aplicação da legislação existente.

Uma cláusula geral, por si só, pouco significa, a exemplo disso se dá o princípio da boa-fé contratual, presente no sistema pátrio desde o Código Comercial Brasileiro, em 1850, que, no entanto, não teve quase nenhuma eficácia social e jurídica. As cláusulas gerais, geraram uma desconfiança por seus conceitos indeterminados no passado, onde cabia ao magistrado ou à doutrina atribuí-los, sem que houvesse um critério seguro e lógico no sistema, esse sentimento pode ser superado, se o legislador contemporâneo for capaz de compor um sistema harmônico, ainda que complexo, de fontes normativas, incorporando as formais e informais, as nacionais e as supranacionais, as codificadas e as extracodificadas.

Parece sem sentido, frente ao pluralismo que levou a desconstrução do sistema codificado do Direito Civil, que se busque a recomposição daquele mesmo sistema, mais facilitada seria a adoção de nova postura metodológica, levada pela adoção, cada vez mais difusa e compreendida, dos princípios constitucionais nas relações de direito privado. Até porque, já está consolidado na jurisprudência e na doutrina o caráter normativo de princípios constitucionais como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, do contrato, assegurando-lhes eficácia imediata nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

AMSTEL, Frederick Van. **Como fazer uma pesquisa qualitativa**, 2007. Disponível em: >http://usabilidoido.com.br/como_fazer_uma_pesquisa_qualitativa.html>. Acesso: 21 de outubro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo)**. *Interesse Público – IP*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul. / set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, out. / dez. 2005.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Constitucionalização do direito civil. A Constituição Federal como centro unificador do direito privado. O direito civil-constitucional**. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 72, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39201>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

CARVALHO, Kildare G. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COSTA, Álisson da Silva. **A Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Discentes/PDF/Alisson.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

FILHO, Venceslau Tavares Costa. **Constitucionalização do Direito Civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066798174218181901.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUTIER, Murillo Sapia. **Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250>. Acesso em: 07 de dezembro de 2012.

JUNIOR, Raul de Mello Franco. **Fundamento Constitucional do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.raul.pro.br/artigos/fund-civ.pdf>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor**. *Juris Plenum Ouro*, n. 5, jan. 2009.

KUWAE, Luiza Hiroko Yamada. **O papel da mídia na construção social do escândalo político**. 2006. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/8885/1/dissertacao%2520Luiza%2520H%2520Y%2520Kuuae.pdf>> Acesso: 21 de outubro de 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Teoria da Constituição e constitucionalização dos direitos**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 85-140, out. / dez. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38676>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: http://www.bocatu.com.br/artigos/mmm_const_dir-civ.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2012.

MORAES, Maria Celina B. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Originalmente publicado na revista Quaestio Iurs. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

_____. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf. acesso em: 13 de novembro de 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e Aplicabilidade da Constituição: em Busca de um Direito Civil Constitucional**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.biddforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3824>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

PRESTES, L. M. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico**. 3 ed. São Paulo: Respel, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVERMAN, David. **Doing Qualitative Research, a practical handbook**. London, Sage Publications, 2000.

TEPENDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados Microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: Problemas de Direito Civil, Gustavo Tependino (coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp1 e ss. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 24 de julho de 2012.

_____, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

TIMM, Luciano Betti. **“Descodificação”, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?**. In: The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, volume 3, Issue 1, 2008. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac-direito/Timm.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2012.

TOALDO, Adriane Medianeira. **Notas sobre a constitucionalização do direito civil: da individualidade à socialidade**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11323 >. Acesso em: 07 de dezembro de 2012.

TRIVIÑÓS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Sílvio de S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008.