# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

**WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR**

**HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

## Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

# A CRISE DE IDENTIDADE DO DIREITO CIVIL

# THE CRISIS IDENTITY CIVIL RIGHT

**Gustavo Henrique de Souza Vilela** [1]

**Resumo**

Resumo: O presente artigo, após uma abordagem histórica sobre os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do direito civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito. Após justificar a continuidade da importância da dicotomia público/privado e argumentar sobre o fortalecimento do direito civil por sua constitucionalização e publicização, finaliza com algumas ponderações sobre o sujeito da crise de identidade, se ela instalou-se no direito privado ou se é fruto da não compreensão da amplitude dos valores principiológicos e da falta de metodologia clara para uma teoria da decisão perfilhada à aplicação desses valores.

**Palavras-chave:** Direito civil, Constitucionalismo, Publicização, Normatividade, Princípios

**Abstract/Resumen/Résumé**

Abstract: This article, after a historical approach to the movements of constitutionalism and the codification of private law, traces its most striking features such as the supremacy of the constitution, the constitutionalization of law, the publicization of private law and the decoding of civil law by the advent of microsystems. From the concept, origin and purpose of these elements, it reflects on the impacts of applying the normative value of constitutional principles, so that they are not trivialized, the effectiveness of fundamental rights and the search for the social function of legal institutes in the application of the right. After justifying the continuity of the importance of the public/private dichotomy and arguing about the strengthening of civil law through its constitutionalization and publicization, it ends with some considerations about the subject of the identity crisis, if it was installed in private law or if it is the result of the lack of understanding of the breadth of principled values and the lack of a clear methodology for a decision theory based on the application of these values.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil right, Constitutionalism, Publicization, Normativity, Principles

[1] Professor da Universidade Federal do Tocantins Doutorando pela Instituição Toledo de Ensino

## 1. Considerações preliminares

É necessário primeiramente pontuar acerca do que exatamente está-se a ponderar e refletir, a mensagem inicial de reconhecimento do assunto encontra-se pautada no título deste texto "a crise de identidade do direito civil", que oferece informações relevantes. Crise pode ser entendida como um panorama de mudança que desencadeia confusão e desequilíbrio em uma pessoa ou em uma determinada situação. Identidade pode ser entendida como um conjunto de características e particularidades que possibilitam a identificação, o reconhecimento de uma pessoa ou de uma determinada coisa. E o direito civil tem como foco, nesse momento, o plano sistêmico desse ramo jurídico junto ao ordenamento, que pode ser identificado como principal representante e eixo central do direito privado.

Num segundo momento é necessário averiguar o que se pode entender como "crise de identidade" por ocasião deste artigo, pois essa expressão geralmente é utilizada para pessoas num estado de dificuldade para reconhecer seu papel junto ao meio em que vive e de ansiedade e incerteza quanto ao futuro. Mas com certeza, esse mesmo cenário de mudanças que conduzem a um sentimento de desconexão com o ambiente e de frustração pelas incertezas quanto ao rumo de seu futuro, pode ser observado em criações da consciência humana, como uma cultura em específico, o regime de governo de um país, um instituto jurídico ou um ramo do direito.

A referência a uma eventual crise de identidade "do direito civil", exprimido no contexto destas breves linhas como vértice do direito privado, conduz a ilação de que a dificuldade de seu objetivo no ambiente jurídico e as incertezas quanto ao seu futuro direcionam-se para os institutos jurídicos que compõe esse campo do direito.

Mas como identificar um direito como privado? O que desencadeou essa perturbação? Trata-se realmente de uma crise ou não passa de uma mera inquietação pela natural resistência às mudanças?

## 2. Apontamentos Históricos

Com a revolução agrícola, há cerca de 13.000 (treze mil) anos, as tribos humanas passaram a se agrupar em maior número. Essa aglomeração intensificou a necessidade de regras éticas, religiosas, de tarefas e de convivência social como um todo, paralelamente, essa concentração de pessoas gerou um gradativo desenvolvimento nos contornos da comunicação. Há aproximadamente 6.000 (seis mil) anos apareceram as primeiras escritas rudimentares, paulatinamente lapidadas até o formato dos primeiros alfabetos, cerca de 2.000 (dois mil) anos mais tarde.

A evolução entrelaçada desses dois aspectos da vida em sociedade fez florescer a consideração de que o controle social estaria melhor delineado através de normas comportamentais escritas. Essa ideia foi aplicada na prática há 4.000 (quatro mil) anos atrás na Mesopotâmia, atual território iraquiano, pelo rei Hamurabi da Babilônia, que ordenou a transcrição de inúmeras regras de comportamento em uma grande pedra[1] para que todos pudessem ter acesso. Esse apanhado de duzentas e oitenta e uma regras, possuía tanto normas comportamentais como sanções, em sua maioria advindas do Talião[2] e influenciou os ordenamentos jurídicos de inúmeras outras civilizações do Oriente Médio.

Nota-se que o acondicionamento, da forma mais organizada possível, tudo que é de interesse, é uma prática intrínseca do ser humano, o direito não escapa dessa regra, pois a noção de reunir em um único ou em poucos documentos armazenados em conjunto apresenta-se desde as primeiras compilações normativas morais, religiosas e comportamentais, ou seja, a ideia de codificação, amadurecida muitos séculos depois, mas surgiu em conjunto com a abstração de um direito escrito, um primeiro esboço do estado de direito, em que só os reis não se submetiam.

Diferente não ocorreu com a Lei das XII Tábuas, redigida no início da república da cidade estado de Roma, há 2.450 (dois mil, quatrocentos e cinquenta) anos atrás, era um conciso conjunto de regras que para os dias atuais, seriam de extrema crueldade, mas de inestimável valor para a história e o desenvolvimento do direito.

Há cerca de 2.200 (dois mil e duzentos) anos atrás iniciava a elaboração do Código de Manu, que reunia preceitos jurídicos, religiosos, morais e políticos e dividia a sociedade indiana em castas.

No século IV foi publicado um compilado de normas do direito romano, que reuniu regras de todas as constituições até aquele momento, trata-se do Código de Justiniano, outro documento de extrema relevância não só para a história, mas como base de institutos jurídicos utilizados até os dias atuais, para todos os países cujo direito possui as bases romanas-germânicas, a exemplo do Brasil.

[1] A enorme pedra cilíndrica onde foi gravado o Código de Hamurabi encontra-se atualmente exposta em Paris, no Museu do Louvre (Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/codigo-hamurabi.htm#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20de%20Hamurabi%20era,%2C%20em%20Paris%20(Fran%C3%A7a.) Acesso em 10/11/2021).

[2] Conforme o Dicionário Online de Português (disponível em: https://www.dicio.com.br/taliao/), talião significa: aplicação de pena idêntica àquela cometida; pena do mesmo dano causado; punição que se equivale ao dano sofrido; ação de revidar na mesma proporção uma agressão sofrida; retaliação. E a Lei do Talião é uma expressão latina representada no texto bíblico por: "*olho por olho, dente por dente*".

Porém, foi somente no final do século XVIII e início do século XIX que a aglutinação de regras legais chegou ao seu ápice, através do movimento das codificações, presente em vários países europeus, na busca pela unificação principalmente do direito privado.

São exemplos desse movimento o Código Civil da Prússia de 1794 e o afamado Código Napoleão de 1804, tido como o grande símbolo das codificações, por ter influenciado a maioria dos países de tradição jurídica romana-germânica, a incluir-se todos os países da América Latina. Trata-se de um código de técnica e conteúdo bastante aprimorado que buscou representar as aspirações da população francesa daquele momento, bafejado pelas convicções liberais. Teve grande aptidão para afastar-se do regime de privilégios estamentais típicos dos feudos e das monarquias absolutistas, adotou o caráter absoluto da propriedade, prestigiou a igualdade formal e enalteceu a autonomia da vontade através da liberdade contratual irrestrita.

No Brasil a codificação civil chegou apenas no início do século XX, apesar de o artigo 179 da Constituição Imperial de 1824 já determinar a elaboração de um código civil "o quanto antes" e recepcionou as Ordenações Filipinas até que houvesse as promulgações legislativas.

Em 1851, o governo imperial contratou o renomado jurista Augusto Teixeira de Freitas para que elaborasse uma consolidação das leis civis, compilação entregue em 1858. Frente ao sucesso do seu trabalho, no mesmo ano o governo imperial contratou o jurista para elaborar um anteprojeto de código civil, publicado em partes, entre 1860 e 1864. Mas, apesar de seu renome, as resistências políticas falaram mais alto, seu contrato com o governo imperial foi rescindido e seu projeto arquivado (LOPES, 2002, p. 23).

Em 1872, por meio do decreto nº 5.164, o governo imperial nomeia o conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo para redigir, em três anos, um novo anteprojeto de código civil, trabalho que foi interrompido pelo falecimento do jurista (MIRANDA, 2008, tomo LV, p. 175).

Uma nova comissão dirigida pelo então senador Joaquim Felício dos Santos foi nomeada e entregou um anteprojeto em 1882, que foi rejeitado pela câmara revisora. Na sequência foi proclamada a República em 1889, o que frustrou qualquer discussão quanto aos projetos, que até então mantinham ideais relacionados ao império.

Em 1890 o senador Antônio Coelho Rodrigues assume a tarefa de elaboração de um novo anteprojeto, trabalho entregue em 1893, novamente rejeitado pela Câmara de Deputados (GRINBERG, 2002, p. 47).

Finalmente, no ano de 1899, Epitácio L. S. Pessoa, na época Ministro da Justiça do Presidente da República Campos Sales, convida seu colega de magistério da faculdade de direito de Recife, o jurista e professor Clóvis Beviláqua, para elaborar um novo anteprojeto de código civil, trabalho que é concluído e encaminhado à Câmara dos Deputados em 1900,

transformou-se em Projeto de Lei e passou por inúmeras discussões em ambas as casas do parlamento, restando promulgado em janeiro de 1916 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917 (DINIZ, 2003, p. 39).

O primeiro Código Civil brasileiro teve grande influência do direito germânico, principalmente pela participação de Tobias Barreto integrante da Escola de Recife e ferrenho defensor das ideias de Friedrich Carl von Savigny e das concepções positivistas de Augusto Comte. Clóvis Beviláqua foi aluno de Tobias Barreto e a admiração do professor pelos pensamentos de F. C. Savigny e R. Jhering influenciou acentuadamente o pupilo e consequentemente sua produção (BEVILÁQUA, 1978, p. 2).

Como a legislação necessita acompanhar as transformações sociais, as reformas pontuais de artigos e institutos trouxeram prejuízos à sistematização do Código Civil, que manteve sua vigência por 92 (noventa e dois). Em 1963, Orlando Gomes foi nomeado como presidente de uma comissão para elaborar um anteprojeto para um novo código civil, a comissão era composta ainda por Caio Mário da Silva Pereira e Orosimbo Nonato, o resultado dos trabalhos dessa Comissão, foi submetido ao Congresso Nacional em 1965 e arquivado no ano seguinte. (GRINBERG, 2002, p. 49).

Em 1969, o jurista e professor Miguel Reale foi nomeado como supervisor de uma nova comissão, composta por ilustres nomes do direito nacional, como Agostinho de Arruda Alvim, encarregado pelo direito das obrigações; Sylvio Marcondes, encarregado pela parte de direito empresarial, já que o intuito era um código que regulasse todo o direito privado, ressalvado temas específicos a serem tratados por leis extravagantes; Ebert Vianna Chamoun, encarregado pela redação do direito das coisas; Clóvis do Couto e Silva, que redigiu a parte de direito de família; e Torquato Castro responsável pelo direito das sucessões (REALE, 1986, p. 71).

O anteprojeto foi apresentado ao Poder Executivo em 1973, a proposta transformou-se no Projeto de Lei nº 634, enviado ao Congresso Nacional no ano de 1975, foi postergado na Câmara dos Deputados por aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos e remetido ao Senado no ano da virada do século, passou por inúmeras alterações de última hora, o que sempre prejudica a sistemática de um estatuto e devido a idade de seu projeto inicial, confeccionado com perspectivas de décadas atrás, calou-se sobre assuntos importantes da atualidade, relacionados ao biodireito, à internet e outros, foi finalmente aprovado como Lei nº 10.406, apenas em 10 de janeiro de 2002 e entrou em vigor no ano seguinte.

## 3. O Direito Privado

O direito, cuja maior finalidade é o controle e a organização social, tem por base um mínimo de delineamento estrutural, a própria ideia de "Lei" traz a abstração de um documento composto pelo conjunto de regras referentes a um ou mais assuntos, por esse motivo, a aglutinação organizacional é uma característica inata da noção regulamentatória, um elemento tão antigo quanto o próprio direito escrito.

A organização das regras legais de um país ou região, conduz necessariamente a algumas divisões em consonância com suas especificidades. Um dos exemplos mais antigos dessa compartimentalidade legislativa relaciona-se a uma dicotomia que separa o direito em público e privado.

Essa divisão teve origem no Direito Romano, surgiu como forma de distinguir regras de interesse do Estado e regras relacionadas aos indivíduos e suas relações jurídicas. Apesar da maior produtividade jurídica de Roma ter ocorrido durante o Império, o período republicano que substituiu a monarquia, desempenhou importante papel na construção do direito romano sistematizado, desde seu início as regras legais atendiam a essa divisão relacionada ao seu direcionamento.

A dicotomia sobreviveu enfraquecida durante a Idade Média devido ao totalitarismo dos feudos, intensificada de sobremaneira durante as revoluções iluministas da segunda metade do século XVIII, em que os filósofos e pensadores jurídicos refletiam sobre o controle estatal frente aos direitos e liberdades individuais, isso robusteceu a divisão do direito em público, visando principalmente a limitação das condutas de quem detinha o poder e em direito privado, que visava a igualdade formal, a liberdade de contratação e a proteção patrimonial, sem a interferência do Estado nessas relações jurídicas.

Para que acompanhasse os ideais da época e fosse fortalecido, o direito passou a ser metodicamente positivado, com esse cenário o Estado Liberal presenciou o ápice do movimento das codificações, houve um fortalecimento do direito privado cuja maior expressão era a igualdade formal, a autonomia da vontade irrestrita junto às relações jurídicas contratuais bens, serviços e da força de trabalho e o caráter ilimitado dos atributos da propriedade privada.

Entretanto, esse mesmo liberalismo que fortaleceu as codificações, acompanhado da expansão do capitalismo, típicos do século XVIII e XIX, se de um lado incentivou a busca por novas tecnologias promotoras da industrialização, de outro, seu viés de igualdade apenas formal e a consagração da autonomia da vontade em patamar ilimitado, gerou grande desigualdade social, com riquezas concentradas nas mãos de poucos e miséria de muitos, o que desencadeou acirrados embates entre as diferentes classes sociais, principalmente no ambiente urbano, para reivindicar melhores condições de sobrevivência e dignidade.

Desse choque dialético entre ideais capitalistas e socialistas, surge o Estado que intervém para evitar abusos econômicos nas relações civis, através da constitucionalização e da publicização do direito privado.

**4. O Constitucionalismo**

O iluminismo gerou as concepções de igualdade formar, autonomia ampla e direito de propriedade irrestrito, mas também trouxe consigo, desde suas abstrações iniciais, a ideia de um Estado Constitucional, a visão de uma lei maior que divida os poderes estatais e limite o poder daquele que se encontra no poder.

O constitucionalismo não foi um movimento abrupto, desenvolveu-se progressivamente para assegurar as liberdade e direitos básicos da população e para separar e limitar o poder do Estado, teve seu grande reconhecimento com a construção de documentos escritos a partir das revoluções da segunda metade do século XVIII.

Se a Revolução Francesa foi a grande imagem representativa do movimento, a Inglaterra, embora desprovida de Constituição escrita até a atualidade, teve grande contribuição no desenvolvimento do constitucionalismo. Além da Carta Magna de 1315 e do que ela representa, foi o primeiro país ainda no século XVII construir um documento escrito cuja finalidade era uma restrição efetiva dos poderes monárquicos, concedendo soberania ao parlamento e impedindo o rei de legislar, aquiescência monárquica que auxiliou na permanência do o sistema.

A prática de um legislativo forte foi transportada aos Estados Unidos, que com sua independência experimentou e fortaleceu o constitucionalismo, principalmente pelo reconhecimento da supremacia da Constituição frente e como forma de controle da legislação infraconstitucional, servindo de influência para todo o mundo ocidental, principalmente como forma de equilíbrio entre os poderes republicanos.

Entretanto, a detentora da guinada constitucionalista foi a França, que no ano de 1789, com o Rei já pressionado pelas rebeliões populares da Revolução Francesa, convocou uma assembleia constituinte, com representação da nobreza, do clero e do terceiro estado, que representava a burguesia travestida no interesse popular, o que culminou na confecção, no mesmo ano, da Declaração de Direitos do Homem, a consagrar direitos naturais de todo ser humano como a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão, além da estipulação de que uma Constituição necessita obrigatoriamente prever direitos individuais e a separação entre os poderes do Estado, que viria a ser aprovada dois anos depois, como a mais importante Carta Constitucional até aquele momento.

Interessante notar que na Inglaterra, a soberania parlamentar ocorreu para limitar o monarca, enquanto na França, como a monarquia foi deposta, o modelo de soberania legislativa e de aplicação do direito, pelo sistema *civil law*, ocorreu por falta de confiabilidade no Judiciário, colocado o julgador como mero indicador do direito posto, o juiz "boca da lei", trilhando um caminho constitucionalista diverso dos Estados Unidos e da Alemanha, tanto que o efetivo controle de constitucionalidade da legislação ordinária manteve-se como função exclusiva do Legislativo até poucas décadas atrás.

Outro exemplo importante de pujança do movimento constitucionalista foi Constituição Alemã de Weimar, aprovada em 1919 após a derrubada da monarquia, tida como um avanço para os campos sociais e democráticos até aquele momento. Infelizmente, o totalitarismo nacional socialista instalado pelo terceiro reich, na busca de justificativa jurídica para suas práticas, utilizava a carta constitucional apenas quando favorecia seus interesses. Com o término da segunda guerra mundial, uma nova Constituição vigorou no país a partir de 1949, a Lei Fundamental de Bonn, que passou a prever, além dos direitos individuais e garantias aos direitos humanos, a implantação de um novo Tribunal Constitucional Federal e a afirmar a dignidade da pessoa humana como preceito estrutural e basilar de todo o ordenamento.

Para além de uma organização estatal mais apurada, as experiências constitucionalistas contribuíram para a criação dos direitos tidos como fundamentais, voltados à proteção de direitos básicos do ser humano e a coroação da dignidade como pilar central, de forma a transcender o texto constitucional e alcançar a legislação ordinária através de uma leitura mais ética, moral, social e humana.

O constitucionalismo gerou duas características muito relevantes e expressivas para o ordenamento jurídico como um todo. A primeira se refere ao reconhecimento da supremacia constitucional, que passou a exigir uma releitura do direito infraconstitucional, colocando os valores fundamentais como normas juridicamente superiores à fixar os rumos do Estado Social. A Constituição e seus direitos fundamentais passaram a pilares centrais de hermenêutica e instrumento de manejo dos institutos do direito privado.

O ordenamento jurídico é um sistema regulamentar complexo, formado por princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, determinar quais são os bens jurídicos fundamentais para a sociedade é tarefa do legislador constituinte, enquanto a

função do intérprete jurídico e do legislador ordinário é no sentido de alcançar os valores, os direitos e as diretrizes traçadas pela Constituição Federal[3].

A supremacia da Constituição exige que a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional estejam em consenso com seus ditames. De forma que os valores e princípios constitucionais passaram a ser reconhecidos como o núcleo existencial a sustentar a validade de toda a estrutura normativa. São as concepções principiológicas constitucionais que atualmente fornecem esquadro à construção de orientações e interpretações da legislação ordinária, além de embasar alterações legislativas, que melhorem a coexistência pacífica da coletividade, segundo a concepção de Estado Social e Democrático de Direito.

As concepções da justiça distributiva e social do neoconstitucionalismo do século XX, passou a exigir uma atuação mais proativa do Estado, no sentido de fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, os interesses coletivos e concretizar os direitos fundamentais.

A dignidade é uma norma abstrata que reconhece os direitos fundamentais a todas as pessoas da sociedade, pelo simples fato de serem seres humanos, enquanto a solidariedade representa a valorização do próximo, que merece respeito e atenção, limitando condutas danosas, o que não significa o esvaziamento das liberdades individuais, mas a sua distribuição de forma mais equânime, enquanto o Estado de Direito retrata a submissão de todos, inclusive dele próprio, às normas constitucionais, ao garantismo dos direitos fundamentais e às regras do ordenamento jurídico em geral.

Luiz Roberto Barroso identifica a dignidade humana como o centro axiológico do sistema jurídico, a fonte, a essência e o núcleo dos direitos fundamentais, o vetor da interpretação legal e o instrumento de legitimação das ações estatais, nas palavras do Ministro, pode-se considerar a dignidade humana como fundamento de promoção e preservação dos direitos fundamentais, "tanto na dimensão individual que condiz aos comportamentos e escolhas do sujeito do direito, como na dimensão social, que envolve a atuação do Estado", através não só da satisfação desses direitos, mas também com a restrição de condutas que violem a dignidade pessoal e os valores comunitários (BARROSO e MARTEL, 2012).

[3] "Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a fundamento constitucional e vivenciou-se o Estado Democrático de Direito a determinar a releitura do Código Civil, do direito privado, já que, inúmeros princípios constitucionais evidenciam a constitucionalização do direito privado" (MOREIRA, 2018, p. 99).

O florescimento da ideia de eficácia máxima dos direitos fundamentais, encontra-se ligada visceralmente à noção de solidariedade e dignidade da pessoa humana e ressalta a necessidade de constantemente buscar-se a melhor interpretação, na medida mais adequada e que conceda maior funcionalização e proteção à pessoa e à uma vida digna.

Na atualidade, mesmo os institutos típicos da regulação das relações jurídicas privadas, são interpretados e aplicado à luz dos fundamentos sociais e dos princípios constitucionais, houve uma significativa reformulação da utilidade e função desses mecanismos de valoração jurídica, de forma que o antigo modelo liberal e individualista, a muito encontra-se destronado pela busca da função social e de valores como a dignidade e a solidariedade.

O sistema hermético do mais expressivo representante do direito privado que é o Código Civil, deixou de ser exclusivo e autossuficiente, a Constituição Federal assumiu a centralidade do sistema, de forma que seus valores e interesses, expressados na forma de princípios e de direitos fundamentais, tem servido de paradigma interpretativo das normas jurídicas infraconstitucionais. Com isso tem-se trilhado um longo caminho pela harmonização entre os interesses individuais e patrimonialistas do Código Civil e os valores fundados na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na busca da função social dos institutos e na concretização dos direitos fundamentais.

Além da supremacia constitucional, o momento constitucionalista tem como segunda característica expressiva, a constitucionalização do direito, mais sensível junto ao direito civil e demais legislações privadas, por isso lhe é dada mais ênfase.

O que se determina como constitucionalização do direito privado configura-se pela regulação no próprio texto constitucional, de assuntos típicos do direito desse ramo do direito, como a família, o trabalho, a propriedade, a herança e outros.

A partir do momento em que a Constituição passou a regular institutos jurídicos que anteriormente eram normatizados exclusivamente pelo direito infraconstitucional, ocorreu uma efetiva constitucionalização desse direito.

O atributo da constitucionalização é mais sensível no direito civil, primeiro porque o direito civil é o maior representante do direito privado, segundo porque teve a maior interferência, pois institutos de legislações públicas já eram constitucionalizados em textos constitucionais anteriores e em terceiro lugar porque o direito civil foi esculpido pelos valores do liberalismo. O perfil liberal sempre acompanhou o direito privado, o problema é que a falta de limites na atuação e contratualização, não são mais cabíveis na atualidade.

A constitucionalização do direito civil força o afastamento desse ramo do direito de seu caráter liberal, voltado exclusivamente ao patrimonialismo e busca colocá-lo mais

perfilhado aos valores sociais, o que tem como consequência, como toda mudança de paradigma, a geração de inúmeras incertezas e resistências, pois o direito civil foi forjado na autonomia da vontade irrestrita, o que torna difícil sua limitação ou sua transformação para um aspecto mais social.

O neoconstitucionalismo do século XX conduziu à percepção de que o melhor caminho para o Estado de Direito tornar-se social e democrático é através da regulação, na própria Constituição, de relações jurídicas importantes para a sociedade, como a família, o trabalho e a propriedade, traduzida em uma profunda e direta interferência das diretrizes constitucionais junto à legislação ordinária.

A regulação constitucional dessas diversas relações jurídicas do dia a dia em sociedade, colocou a Constituição Federal no cume regulatório das mais diversas relações jurídicas, impondo obediência às suas regras e princípios. Quando um instituto jurídico passa a ser regulado pelo próprio texto constitucional, qualquer legislação ordinária que contrarie suas diretrizes deve ser repudiada e declarada como inconstitucional.

A regulação constitucional de institutos originariamente civis, retirou espaço da legislação civil ou ao menos limitou a discricionaridade do legislador ordinário, o Código Civil deixou de ser legicêntrico, pois além desse novo padrão de hermenêutica advindo da supremacia constitucional, as relações jurídicas antes restritas à regulação civil, passaram a ser civis-constitucionais.

## 5. A Publicização

Se o momento constitucionalista levou ao reconhecimento da supremacia constitucional e à constitucionalização do direito, essas características conduziram à publicização do direito privado, aspecto que não se confunde com o anterior, pois enquanto a constitucionalização é a regulação de institutos jurídicos pelo próprio texto constitucional, a publicização é a inclusão de valores constitucionais no texto da legislação ordinária.

Em outras palavras, a publicização manifesta-se com a inclusão de normas congentes nos estatutos que regulamentam as relações privadas, trata-se de uma concepção relativamente atual que intervém e modifica a função legiferante infraconstitucional.

O Estado ao ter mais preocupação com os interesses coletivos, concede maior atenção aos efeitos que as diversas relações jurídicas emanam junto à sociedade, inclusive nas relações em que não há participação direta do ente estatal, impondo limites aos sujeitos das relações privadas.

Essa visão mais humanitária afeta também o direito público, embora seus efeitos sejam mais significativos no regramento privado de matriz mais liberal e patrimonialista, a exemplo do código civil. Nesse ramo jurídico, para inibir abusos, alcançar a função social de seus institutos e concretizar os direitos fundamentais, passou-se a presenciar uma maciça inclusão de regras congentes, o que acarretou uma factual publicização do direito privado, deixou mais tênue os limites do que se considera como direito público em contraste com o direito privado.

Essa mescla de regras gerou um amalgama de normas de ordem pública e de ordem privada, os regramentos tornaram-se híbridos, com regras indissociáveis e que impossibilitam a existência de regulamentos puramente privados, tido como aqueles formados por regras apenas dispositivas e sem interferência do Estado, o que desencadeou a impressão de declínio do direito civil e motivou afirmações no sentido de que a antiga dicotomia estaria superada, mantida apenas por sua relevância no âmbito didático.

Realmente o Código Civil e demais estatutos privatistas passaram a ser compostos, em maior ou menor número, de regras de ordem pública, mas isso não perece ter deteriorado a dicotomia público/privado, o que desapareceu foi a antiga e errônea percepção de que o direito privado deve ser formado exclusivamente por normas dispositivas.

Importante esclarecer que apesar da proximidade terminológica, direito público é diferente de norma de ordem pública, assim como direito privado é diferente de norma de ordem privada. As normas de ordem pública são congentes, exigem sua observância independentemente da vontade do sujeito, enquanto as normas de ordem privada são as dispositivas, oferecem margem de escolha por parte dos sujeitos da relação jurídica.

O fato do direito ser considerado público ou privado traz referência à natureza da relação jurídica que está sendo regulada. Se determinadas leis que regulam as relações privadas possuem mais ou menos normas cogentes, essa situação não altera a natureza da relação jurídica originária, se gerada por indivíduos ou empresas, ainda que estatais, a relação jurídica mantém-se privada, de forma que o Estado só impõe limites para se que mantenham em consenso com o dirigismo constitucional.

As relações familiares, trabalhistas, e de consumo, continuam como relações jurídicas privadas, embora repletas de normas congentes, em observância ao interesse público e social. Independentemente do quanto há de inclusão de normas de ordem pública, se a relação é firmada entre particulares ou entre estes e o ente público de forma igualitária, sem a hierarquização das normas típicas do contrato administrativo, a relação mantem-se como privada.

Necessário observar também que a dicotomia nunca serviu para determinar diferenciações na aplicação prática de uma regra legal, sua serventia está pautada em determinar a natureza de uma relação jurídica em específico e por consequência, os estatutos e as leis que serão utilizadas para a sua regulamentação.

Realmente não é raro pensar o direito privado considerando apenas seu caráter individual e patrimonialista, afinal regula a transmissão e a conservação patrimonial, entretanto a face humanitária, solidária e a função social devem fazer parte da composição elementar de qualquer instituto jurídico.

Por isso, a publicização do direito privado, que constitui progressivo crescimento da intervenção estatal, através de processos legislativos atentos aos interesses do Estado Social, atinge diretamente o legislador ordinário, ao exigir a criação e a reforma adaptativa dos institutos jurídicos no sentido da promoção dos direitos fundamentais. Ocorre que, sempre que valores e regras constitucionais passam a compor uma lei ordinária, mais normas de cunho social e limitadoras do individualismo são incluídas nas regulamentações privadas.

Por exemplo, a ampla liberdade contratual, traduzida na antiga autonomia da vontade passa a ser balizada por parâmetros legais na própria legislação privatista, passa a ser regulada por normas congentes, o que a transformou na atual autonomia privada, com um campo de mobilidade menor, a exigir respeito a seus limites.

O ordenamento jurídico não é indiferente às mudanças sociais, no decorrer dos anos, passou por inúmeras mudanças de regramento e sistematização, das quais, talvez as principais sejam as codificações, a criação de microssistemas e a submissão interpretativa às normas constitucionais, ou simplesmente a constitucionalização do direito privado, que concedeu funções mais contemporâneas ao direito civil.

A atualização legislativa tem como finalidade, a criação de novos institutos jurídicos ou a manutenção e a recuperação da aplicabilidade e funcionalidade daqueles já existentes, ao redirecionar de suas funções sociais para a busca do equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, afetados por cada um dos institutos.

O sistema principiológico da Constituição Federal, que paira sobre todo o ordenamento jurídico, não só permite como estimula a criação, a correção e os ajustes legislativos que auxiliem numa satisfatória funcionalidade e efetiva concretização dos direitos fundamentais e para que a inadequação legislativa não dificulte a implementação da função social dos institutos legais, flexibiliza a atração entre diferentes ramos do direito, como deve ser um sistema unitário.

Se a regulamentação inadequada de algum instituto dificultar sua aplicabilidade em consonância com os direitos fundamentais, é porque precisa ser repensado e através de uma

reforma legislativa, colocado de volta rumo aos anseios da sociedade cada vez mais massificada e complexa, para atingir, manter e melhorar o ambiente de convivência, paz e harmonia.

A publicização do direito privado gerou uma outra característica importante no direito infraconstitucional, que é o movimento de descodificação de assuntos relacionados a novos costumes e tecnologias, deflagram conflitos de interesses, até então com parca ou inexistente regulação, não passíveis de solução por um único texto legal, que conduzem à criação de microssistemas legais.

Os grandes códigos possuem dificuldade para acompanhar as mudanças sociais, que nas últimas décadas apresentam-se cada vez mais repentinas, pois sua atualização eficiente, sem perder a capacidade aglutinadora e sistêmica, é tarefa complexa, que exige conhecimento técnico afinado com todas as áreas de atuação do diploma, o mesmo problema da confecção de novos códigos em substituição aos anteriores, além da insegurança jurídica à população e do aumento de conflitos de interesse por direitos adquiridos.

O Código Civil mantém-se como eixo central do direito privado, servindo como base e norma subsidiária para todos os demais estatutos. O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei do Inquilinato, o Marco Civil da Internet e inúmeras outras leis, são exemplos de microssistemas que surgiram para atender situações jurídicas surgidas a partir de novas realidades sociais, mais complexas e que exigem a agilidade de um regramento específico.

Tais leis são tidas como microssistemas, micro porque ao contrário dos Código, tratam de apenas uma modalidade de relação jurídica, e sistemas pois regulam não só o direito material, mas também trazem regras processuais, interpretavas e sancionatórias, há na mesma lei um misto de regras civis, criminais e administrativas. Esse mosaico normativo, coexiste na forma de um polissistema infraconstitucional, formado pelo Código, estatutos e leis especiais.

## 6. A Ilusória Crise de Identidade

Aquela imagem do Estado Liberal, de que um direito privado forte que representa a igualdade formal, a autonomia da vontade e a propriedade privada ilimitadas atravessou gerações e parece estar incutida na cultura jurídica, por isso tem-se a impressão de que a igualdade material e limitação da autonomia privada e da propriedade representaria um enfraquecimento do direito privado.

O que não condiz com a verdade, a autonomia mais ou menos ampla, a propriedade mais ou menos restrita e o modelo de igualdade não exprimem o coração ou a medula do direito privado.

O direito privado, cujo maior representante é o direito civil, equivale às relações jurídicas interpessoais, entre pessoas físicas e/ou jurídicas e sem hierarquia entre os sujeitos envolvidos, apenas com eventuais benefícios para equilibrar a situação, mas longe das vantagens que assume o Estado num contrato público.

A roupagem legislativa desse direito voltado às relações privadas não possui o condão de transformar a relação ou o próprio ramo jurídico. Trata-se da característica essencial do direito, que é manter-se acompanhando a realidade social.

Se no Estado Liberal, pelas concepções daquela época, o direito para acompanhar as aspirações sociais precisava assumir vestes mais liberais, sem restrições legais na contração interpessoal, isso significa adaptação do direito, significa acompanhar a realidade de sua época.

Equivale a dizer, o direito privado rege relações interpessoais de natureza privada, corresponde à natureza das relações jurídicas e não das normas que regem essas relações, as normas podem ser mais ou menos dispositivas, mas a relação continua privada, então o direito também mantem-se como tal.

A adaptação do direito para acompanhar a realidade pode ocorrer através da inserção ou retirada de mais ou menos normas dispositivas e congentes. Para acompanhar e harmonizar-se com o contexto do século XXI na busca por um Estado mais social, é fundamental que o direito privado tenha um número mais acentuado do regras congentes.

O fim do direito privado poderia ocorrer por dois únicos motivos, o Estado deixar de regular as relações jurídicas privadas ou a regulamentação não acompanhar a realidade que a sociedade vive em determinada época. A observância dos valores constitucionais e a inclusão de regras congentes é a assimilação do panorama atual e isso significa, nada mais nada menos que o fortalecimento desse ramo do direito.

O direito privado não nasceu da ampla liberdade, surgiu no direito romano para normatizar relações em que o Estado não estivesse presente, a ampla liberdade foi uma característica muito robusta do liberalismo, assim como a limitação da autonomia é uma realidade da sociedade neoconstitucionalista, para evitar abusos.

O não reconhecimento desse contexto, as críticas à supremacia constitucional e a defesa de que o direito civil não deve comportar um número acentuado de normas congentes é o que realmente enfraquece o direito privado, por distanciá-lo da realidade contemporânea.

Nenhuma crise de identidade existe com o direito civil, também não existe nenhum problema com a constitucionalização e a publicização do direito privado, pois esses movimentos significam a adequação desse ramo jurídico à realidade e consequentemente seu fortalecimento. Se existe um problema é de metodologia interpretativa e não do direito privado em si.

Frente a uma verdadeira crise de identidade diz-se que o reconhecimento do problema e a aceitação da mudança são fundamentais para a correção e tratamento. Apesar de estranho falar em tratamento para uma idealização do intelecto humano, que é o direito, parece que tais dicas se encaixam com perfeição no contexto do assunto em questão. Primeiramente deve-se reconhecer que o problema não está no direito privado, a crise de identidade situa-se na ausência de metodologia ou na falta de metodologias interpretativas mais amplas, em segundo lugar deve-se aceitar as mudanças sociais e jurídicas até para que se possa fazer uma correção dos rumos do direito que a regulam.

A dogmática engessada, o formalismo exacerbado e o juiz "boca da lei" já se mostraram totalmente inoportunos na atualidade e a forma de afastar-se desses atrasados processos interpretativos e decisórios foi através da utilização da interpretação sob o crivo da supremacia constitucional, da força normativa dos direitos fundamentais e da inclusão de normas congentes nas regulações das relações privadas.

O problema é que para acompanhar as aspirações do contexto social a aplicação jurídica se afastou do *civil law* originário, sistema romano germânico pelo qual a lei é a fonte jurídica e nas últimas décadas, houve uma aproximação ou no mínimo um flerte com o sistema do *common law* que tem os precedentes como a fonte das decisões, isso fica perceptível ao observar a relevância e a força que ganhou a jurisprudência como fonte das decisões no Brasil, inclusive a impulsionar reformas processuais como a cláusula vinculante e outras.

O dilema é que o Brasil ainda não achou seu lugar na miscigenação dos pontos positivos e aplicáveis desses dois sistemas. A aplicação do sistema *civil law* com a utilização de valores principiológicos da constituição é excelente para evitar abusos e o dirigismo dos precedentes, a impedir decisões diferentes frente a casos semelhantes, é essencial para a segurança jurídica.

Os pensadores e operadores do direito precisam construir metodologias que permitam a mescla de ambos os sistemas sem amplitude demasiada, pois com as mudanças sociais, os precedentes eventualmente precisam ser revistos, de outro lado e assumindo o posto de maior gravidade, os princípios constitucionais não podem ser utilizados como muletas jurídicas, de

forma tão ampla a justificar qualquer decisão que mais agrade, sem uma construção argumentativa sólidas, nem precedentes para fixá-la.

A dignidade de pessoa humana, princípio de valor imensurável, vértice e bússola da interpretação e da aplicação jurídica, colocado primeiramente na Constituição Alemã do pós-guerra para não reduzir as pessoas a um preço ou a uma coisa, não deve ser utilizado de forma descomedida, despropositadamente e sem nenhum parâmetro para legitimá-lo, como justifica dos posicionamentos mais medíocres. Se for aceito para fundamentar qualquer concepção interpretativa, sem critérios orientadores, gerará uma deterioração sua dimensão e relevância.

A falta de compreensão de valores constitucionais como a dignidade, a solidariedade, a função social e outros, conduz a uma argumentação rasteira e temerária frente a ideologias efêmeras. A ausência de metodologia clara para utilização de seu conteúdo, que deveria ser colocado como última *racio* prejudica a aplicação decisória do direito e gera insegurança jurídica

A aplicação jurídica brasileira encontra-se percorrendo uma transformação, saiu-se do *civil law* oitocentista de dogmática textual, sabe-se da relevância dos precedentes para evitar insegurança jurídica, mas não se deseja um sistema como o *common law*. Busca-se um sistema que harmonize como fontes a Constituição, a legislação infraconstitucional e os precedentes. Sabe-se que a Constituição é o vértice central, a legislação e os precedentes que a contrariarem devem ser afastados. Mas deve haver uma limitação, ou melhor, uma metodologia para se aferir o sentido do valor constitucional frente a um caso complexo.

Isso porque é fácil observar quando uma regra ou uma decisão contraria diametralmente a um valor constitucional, também é fácil verificar que uma determinada regra ou decisão se encaixa perfeitamente a um direito fundamental, o problema encontra-se nas decisões complexa, em que os valores constitucionais, por serem abertos e não possuírem ainda uma metodologia clara de aplicação, podem ser utilizados hora num sentido, hora noutro.

Os conflitos originados em relações privadas devem continuar sendo decididos pela força normativa dos direitos fundamentais, o que não significa um afastamento de seus alicerces, simplesmente porque foram esses sustentáculos que mudaram, a Constituição transformou-se no eixo central de todo o ordenamento jurídico e como tal deve ser invariavelmente observada, mas a normatividade aberta de seus princípios clamam por uma argumentação oriunda de métodos suficientemente claros e precisos, não podem ser usados de forma tão discricionária a ponto de ser aplicada num determinado sentido e em caso semelhante ser empregada a mesma intelecção para justificar entendimento diverso, conduzindo à insegurança jurídica.

## 7. Conclusões

O aumento das aglomerações humana gerou a necessidade de regras de convivência social, com o surgimento dos primeiros alfabetos percebeu-se que essas regras estariam mais delineadas e fortificadas se fossem escritas. A ideia de organização regulamentar em um único ou em poucos documentos apresenta-se desde as primeiras compilações normativas.

O ápice das codificações ocorreu no final do século XVIII e início do século XIX e teve o Código Napoleão de 1804 como principal ícone, suas maiores características foram a adoção do caráter absoluto da propriedade e o fortalecimento da igualdade formal e da autonomia da vontade.

O iluminismo fortaleceu a visão de um Estado Constitucional, através de um Documento Fundamental que institua a divisão entre os poderes estatais, estabeleça direitos individuais e limite o poder daquele que se encontra no poder.

Apesar da contribuição de países como os Estados Unidos, a Alemanha e mesmo a Inglaterra, o grande símbolo do movimento constitucionalista foi a Revolução Francesa e as declarações de direito que a sucederam.

O constitucionalismo gerou o reconhecimento da supremacia constitucional e a constitucionalização do direito. A supremacia da Constituição passou a exigir uma releitura do direito infraconstitucional, colocando os valores fundamentais como normas juridicamente superiores. Impôs que a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional estejam em consenso com os ditames constitucionais. Colocou os princípios constitucionais no papel de núcleo existencial e de validade para toda a estrutura normativa. Fortaleceu a prevalência da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, dos interesses coletivos, da concretização dos direitos fundamentais e da função social dos institutos jurídicos.

A constitucionalização do direito privado se caracteriza pela regulação na própria Constituição, de temas originalmente regulados exclusivamente pelo direito privado, a exemplo do que ocorreu com a propriedade, a família, a relação empregatícia, o direito hereditário dentre outros.

A partir do momento em que a Constituição passou a regular institutos jurídicos que anteriormente eram normatizados exclusivamente pelo direito infraconstitucional, ocorreu uma efetiva constitucionalização desse direito, o que retirou o perfil puramente liberal e o perfilhou aos valores do Estado Social. Mudança de paradigma que gerou dúvidas e resistências.

A supremacia constitucional e a constitucionalização do direito conduziram à publicização do direito privado, que apresenta-se com a inclusão de normas congentes no Código Civil e demais estatutos privatistas.

A inclusão de normas de ordem pública junto ao direito privado tem como objetivos inibir abusos, alcançar a função social dos institutos jurídicos e concretizar os direitos fundamentais, diminuindo a distância entre o direito público e o direito privado. Trata-se de uma progressiva intervenção estatal através de processos legiferantes atentos aos interesses do Estado Social, transformando por exemplo, a autonomia da vontade característica básica da liberdade contratual irrestrita, na atual autonomia privada, com margens de atuação mais limitadas.

> Os regramentos tornaram-se híbridos e os estatutos privados passaram a ser compostos, em maior ou menor número, de regras de ordem pública, mas não é verdadeira a afirmação de que a antiga dicotomia entre direito público e privado só tenha resistido ao tempo por ocasião de sua relevância no âmbito didático, realmente para a aplicação das regras legais ao caso concreto não exige a divisão das normas entre públicas e privadas, mas exige o reconhecimento da relação jurídica, para separar qual ramo do direito deve ser utilizado para dissipar os conflitos de interesse atinentes a uma determinada relação.

A partir de novas tendências e tecnologias, a publicização também conduziu à criação de microssistemas, mais funcionais e adaptáveis que o texto codificado, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Inquilinato, o Marco Civil da Internet dentre outros.

Não há de se falar em crise do direito civil, mesmo porque sua aplicação nas últimas décadas são mais adequadas que as do passado recente, o problema encontra-se na normal resistência com as mudanças advindas da publicização do direito privado, com a constitucionalização desse direito e principalmente com o valor normativo e a supremacia da Constituição, que na ausência de critérios orientadores e de uma metodologia clara, podem ser utilizados em sentidos distintos frente a uma mesma realidade.

O valor normativo da Constituição, a efetividade dos direitos fundamentais e de regras congentes pode ser traduzida como a assimilação do contexto jurídico do século XXI, o que promove o fortalecimento do direito privado.

O problema não está no direito civil, a crise dá-se pela carência metodológica de aplicação dos valores principiológicos da Constituição. É fato que a dogmática exegética e o formalismo textual não são apropriados para a atualidade, também se reconhece a importância dos precedentes para a aplicação do direito e para evitar insegurança jurídica. O Brasil está em

busca do equilíbrio entre pontos satisfatórios tanto do *civil law* como do *common law*, mas ainda não encontrou uma metodologia que harmonize o valor normativo da Constituição, a legislação ordinária e o dirigismo dos precedentes, para a aplicação do direito frente a casos complexos.

A filosofia jurídica deve encontrar parâmetros de utilização de princípios constitucionais estruturais, como a dignidade de pessoa humana, para que não seja banalizado a ponto de perder seu valor jurídico.

Não é verdadeira a afirmação de que a antiga dicotomia entre direito público e privado só tenha resistido ao tempo por ocasião de sua relevância no âmbito didático, realmente para a aplicação das regras legais ao caso concreto não exige a divisão das normas entre públicas e privadas, mas exige o reconhecimento da relação jurídica, para separar qual ramo do direito deve ser utilizado para dissipar os conflitos de interesse atinentes a uma determinada relação.

Não há de se falar em crise do direito civil, mesmo porque sua aplicação nas últimas décadas são mais adequadas que as do passado recente, o problema encontra-se na normal resistência com as mudanças advindas da publicização do direito privado, com a constitucionalização desse direito e principalmente com o valor normativo e a supremacia da Constituição, que na ausência de critérios orientadores e de uma metodologia clara, podem ser utilizados em sentidos distintos frente a uma mesma realidade.

**Referências:**


ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: MALHEIROS, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Dignidade e autonomia individual no final da vida. In:* Revista Consulto Jurídico. 11/07/2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida. Acesso em 10/08/2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Editora Rio Sociedade Cultural, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.* Trad. Peter Naumann. *In:* Direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano.* 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil de 1916*. *In*: História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. Coord.: BITTAR, Eduardo Carlos. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.* 2ª ed. com posfácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado In:* Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Org.: SARLET, Ingo Wolfang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de janeiro: Ed. Renovar, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord.). *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso.* São Paulo: Método, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MOREIRA, José Cláudio Domingues. *A constitucionalização do Direito Civil: o direito público matou o direito privado? In*: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra. (Org.). Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil. v. 1. 1ª ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 91-100.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado. Direito das sucessões: parte geral e sucessão legítima,* Tomo LV. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2008.

REALE, Miguel. *O projeto do código civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coordenadores). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.