

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-302-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do “right to privacy” norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PRIVADO: EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LA RELACIÓN DE DIÁLOGO ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRIVADAS: EFICACIA DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Gilberto Ferreira Marchetti Filho ¹
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira ²

Resumo

A relação dialógica entre os direitos fundamentais e o direito privado numa visão prospectiva tem por objeto apreender a questão essencial da interligação e consequências decorrentes dos diálogos entre direitos fundamentais e o âmbito dos direitos privados. Os direitos fundamentais apresentam-se como grande fonte de discussões, notadamente no tocante à sua aplicabilidade. Tais discussões ganham relevo quando se inclui a análise referente a eficácia nas relações privadas. Entender o relação entre Constituição e Código Civil é o primeiro pressuposto para se compreender a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas e como isso deve se dar.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Relações privadas, Eficácia direta

Abstract/Resumen/Résumé

La relación de diálogo entre los derechos fundamentales y el derecho privado en una visión prospectiva se dedica a captar la interconexión y las consecuencias del diálogo entre estas esferas de Derecho. La aplicabilidad de los derechos fundamentales aparece como gran fuente de discusión, especialmente en lo que respecta a eficacia en las relaciones privadas. La comprensión de la relación entre la Constitución y el Código Civil es el primer requisito previo para la comprensión de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la forma en que se debe dar.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Relaciones privadas, Eficacia directa

¹ Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR. Assessor Jurídico do TJMS. Professor de Direito Civil na UNIGRAN. Bolsista da Capes/Prosup. Email: gilbertomarchetti@gmail.com

² Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC. Mestre em Direito pela UEL. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília e da UNIPAR. Advogada. Email: jussara@bflaw.adv.br

Introdução

Os direitos fundamentais e sua efetividade têm importância destacada na cena jurídica nacional, notadamente na sua relação com o direito privado. Passados 28 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 e 14 anos do Código Civil, ainda há discussões se os direitos fundamentais têm aplicabilidade e efetividade nas relações privadas – debates esses que não estão restritos ao ordenamento jurídico pátrio, mas que se estendem por outros sistemas jurídicos, registrando os debates iniciais que prosperam, neste sentido, no sistema jurídico alemão.

Parte desta concepção tem origem na pressuposição equivocada de que a Constituição Federal e Código Civil são estatutos separados e suas disposições regulam campos completamente distintos. Um, para regular a vida do cidadão político - o outro, para atender as necessidades da pessoa privada.

Surge, então, a problematização do tema proposto. Estabelecer uma relação dialógica entre os direitos fundamentais e o direito privado em uma visão prospectiva, para assim entender a eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa em relação ao direito privado.

Portanto, o estudo tem por objetivo analisar a relação comunicativa entre a Carta de Outubro e o Código Civil para enfrentar a complexidade relevante da efetividade dos direitos fundamentais em sede de relações privadas.

Para tanto, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, são pontuados o plano conceitual dos direitos fundamentais, sua abrangência e conteúdo para, após, fazer uma verificação das estruturas dialógicas estabelecidas entre o Texto Constitucional e o Diploma Material Civil.

Firmado esses parâmetros iniciais, adentra-se especificamente no tema para estabelecer uma análise da atual forma de visualização da relação entre a Constituição da República e o Código Civil e a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

1 Direitos Fundamentais: Significado, Conteúdo e Abrangência na Ordem Constitucional Brasileira

De início, importa estabelecer três pontos norteadores da análise dos direitos fundamentais que, por abrangentes, não se tem por propósito aprofundamento da teoria geral, mas somente demarcar o essencial para a compreensão do tema proposto.

Sendo assim, primeiro se firmará um significado dos direitos fundamentais, para se compreender o seu conteúdo e, dessa forma, atentar para sua abrangência na ordem constitucional – denominada hodiernamente de neoconstitucional¹ – brasileira.

Por importante, ainda que de início, mas já adentrando ao campo proposto, deve-se destacar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, “aqui considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional”². Direitos fundamentais “tem o mérito de aludir-se só às prerrogativas absorvidas pela ordem jurídico-positiva”³ De forma expressa ou implícita constam no ordenamento jurídico. Essa diferenciação, alias, é clara na Carta de 1988.

Traçado esse diferencial, em específico, Canotilho afirma que os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática e seu sentido se expressa em três perspectivas: a) analítico-dogmática; b) empírico-dogmática; c) normativo dogmática.⁴

Na perspectiva analítico-dogmática, são analisados conceitos fundamentais inerentes à construção e investigação do sistema jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, considerando ainda a ponderação nos conflitos entre direitos. Na concepção empírico-analítica, interessa saber a força normativa dos direitos fundamentais, tendo em conta sua eficácia nas três esferas – executivo, legislativo e judiciário. Por fim, na ótica normativo-dogmática, sobreleva a aplicação dos direitos fundamentais, no aspecto da interpretação e concretização desses direitos – ponto esse que interessa ao estudo.⁵

No tocante ao seu significado, sob uma visualização constitucional – até porque não poderia ser diferente disso -, é certo que o constituinte originário assumiu que “os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”⁶. Por isso, a própria Constituição veda qualquer reforma que objetiva aboli-los. Tanto é observável também pela relevância dos direitos fundamentais, porquanto tratados logo no início de seu texto com um título exclusivo – “dos direitos e garantias fundamentais”.

Nesse sentido, sob o enfoque formal e material – sem adentrar especificamente nas peculiaridades de cada uma -, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições

¹ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13.

² *Ibidem*. p. 17.

³ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1253.

⁵ *Idem*.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”⁷.

Observa-se, porquanto, que os direitos fundamentais atentam tanto para o aspecto subjetivo da pessoa, marcada como ser único, individual, como no seu aspecto objetivo, considerando a pessoa com um ser social e institucional. E nisso se nota a presença das três perspectivas distinguidas por Canotilho. Isso porque os sistemas jurídicos hoje não podem deixar de lado a importância dos direitos fundamentais e sua análise na solução de conflitos – perspectiva analítico-dogmática. Também, cabe observar a normatividade dessa categoria de direito, no qual se deve pautar o Poder Constituído, nas suas três esferas - concepção empírico-analítica. E, por fim, sobreleva a aplicação e concretização dos direitos fundamentais tanto no campo individual, quanto coletivo - ótica normativo-dogmática.⁸

Consoante lição de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais alcançam na previsão constitucional lugar específico e se referindo à posição das pessoas, assim determinadas:

São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).⁹

Delineado esse contorno, destaca-se que na teoria constitucional, os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta “se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para sua liberdade”¹⁰. Já a objetiva tem em vista o significado daquela norma para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.¹¹

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV, p. 7.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1253.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 80.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1256.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 2.

Frise-se que no Brasil, tem-se recepcionado a ideia de que a “função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico”¹².

Noutro falar, os direitos fundamentais se tornaram no âmbito da ordem constitucional, “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais”¹³.

Disso é possível extrair uma gama de funções e efeitos, tais como deveres de proteção estatal e o próprio reconhecimento da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais.¹⁴

Também efeito disso – considerado principal, diga-se de passagem -, a eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais¹⁵, ao qual está atrelada a constitucionalização do direito privado (leia-se, relações entre particulares), inclusive, como se verá -, além de exercerem uma função de complementação entre si.

Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representação também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – do reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, que, por sua vez, pode ser aferido por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, integrantes da assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, o que, por si só, já aponta para uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.¹⁶

Chegado a esse patamar de intelecção, é pacífico na cena jurídica que todos os direitos e garantias positivados na Carta de Outubro são fundamentais. “Em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [...], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos”¹⁷.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

¹³ Idem.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 18.

¹⁵ “No sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico” (In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). Op. cit. p. 186).

¹⁶ Idem.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 77-96.

Trata-se, pois, de uma opção do constituinte originário, que traz no mundo dos direitos a concepção de que todos os direitos e garantias insculpidos na Constituição da República são fundamentais.

Esse avanço do direito constitucional hoje resulta da “afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição¹⁸ é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”¹⁹.

Por essa razão que se tem a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o desenvolvimento do direito constitucional, sobretudo na Europa, bem como ao percurso do Estado Liberal ao Estado Social, especialmente pós-2ª Guerra Mundial.²⁰

Nesse referencial, importante também lembrar a problemática atinente à recepção de tratados subscritos pelo Estado Brasileiro no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, por muito tempo a Corte Constitucional entendeu que os tratados eram recebidos como lei ordinária.

Tal forma de entender teve mudança significativa com a alteração promovida pela EC n. 45/2004 no § 3º do art. 5º, da Constituição. Agora, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Porém, outra dúvida permaneceu. E se essa natureza de tratado ou convenção não passou pela aprovação do Congresso Nacional?

Sobre o tema – aqui tratado de maneira superficial, apenas no que interessa ao estudo -, o Supremo Tribunal Federal, observando o disposto no art. 5º, § 2º da CF, chancelou “a hierarquia supralegal [...] dos tratados em matéria de direitos humanos”²¹. É um avanço, mas ainda deixa de considerar “os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado”²².

¹⁸ Essa importância que a Constituição de 1988 dá à proclamação dos direitos fundamentais pode ser percebida logo na leitura do seu Preâmbulo, que ergue um pilar ético-jurídico-político para a compreensão do texto constitucional.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

²⁰ GIUDICELLI, Gustavo. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 17.

²² Ibidem. p. 17-18.

Traçados esses contornos iniciais de posicionamento sobre os direitos fundamentais, passe-se, pois, ao enfoque da aplicabilidade desses direitos, notadamente no direito privado.

2 Constituição Federal e sua relação com o Código Civil: os modelos de outrora

2.1 A ideia ultrapassada da incomunicabilidade

Passadas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, ainda se discute sobre a relação entre um e outro, notadamente no campo dos direitos fundamentais.

Alias, esse debate iniciou-se exatamente com a vigência do atual Diploma Material Civil, pois até então pouco se discutia, até mesmo na Corte Constitucional brasileira.²³ Operadores do direito se negavam a aceitar – e alguns ainda rejeitam – a existência de uma relação entre Constituição Federal e Código Civil.²⁴ O que é, na atual posição jurídica nacional, grave, eis que para se pensar numa eficácia dos direitos fundamentais no direito privado é imprescindível o entendimento da comunicação dialógica entre um e outro.

É bem verdade que esse modelo da incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil é antigo e remonta à própria origem da *Lex Fundamentalis*, que numa visão exposta por Ferdinand Lassalle, em 1862²⁵, nada mais era do que a incorporação num papel da “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, tornando-se, assim “verdadeiro direito”²⁶, o que ele chama de Constituição jurídica.

Esse pensamento representava o que a Constituição era para época, ou seja, um texto de materialização do poder dominante, com questões políticas e não jurídicas e que, no conflito entre o poder e o texto, prevaleceria o poder.²⁷

Disso tudo se extrai que o modelo da incomunicabilidade entre Constituição e Código Civil tem origem na dicotomia oposicionista entre Sociedade Civil e Estado. Aquela,

²³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit. p. 14.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

²⁵ Ferdinand Lassalle proferiu uma conferência numa associação liberal-progressista de Berlin em 16.4.1862, que resultou na obra *Über das Verfassungswesen* (A Essência da Constituição) (In: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001). Em contraposição ao pensamento dele, Konrad Hesse escreveu a obra “A força Normativa da Constituição”, onde defendia a ideia da eficácia concreta e plena da Constituição como Lei Fundamental, o que ele chamou de força normativa da Constituição (In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991).

²⁶ LASSALLE, Ferdinand. Op. cit. p. 17-18. Para ele, a Constituição jurídica, aqui tratada como pedaço de papel, somente tem capacidade de regular e de motivar se compatível com a Constituição real, ou seja, com os fatores do poder de um país. E, nessa falta de compatibilização, um papel sucumbirá diante do poder dominante.

²⁷ Idem.

formada por uma categoria individual de pessoa, no entendimento universal. Isto é, a pessoa como sujeito de direitos, substituindo a ideia de estados, que é trocado pelo singular e com início em maiúsculo (“Estado”). Essa forma de visão trouxe profundas consequências na relação entre Constituição e Código Civil, Direitos Fundamentais e Relações Interprivadas.²⁸

Deveras, a Constituição Federal e Código Civil até a pouco tempo atrás²⁹ viviam em dimensões separadas, mundos paralelos, que não se tocavam, nem se interagiam sob o aspecto material. No formal, havia apenas o respeito à hierarquia das leis e das regras de validade e vigência da norma no tempo e espaço – mesmo porque, se assim não fosse, o texto civil seria, no mínimo, inconstitucional.

Por isso se chamava a Constituição como o “estatuto do Estado e do homem político”; enquanto o Código Civil seria “o estatuto da sociedade civil e do cidadão-proprietário”. Em leitura simples, a Constituição como guarda do interesse público e do Estado, e o Código Civil como tratador dos interesses individuais e particulares.³⁰

Nessa concepção, como dantes dito, vislumbrava-se a pessoa como sujeito de direitos, pura e simplesmente na igualdade formal e desligado da pessoa concreta. Na lógica rudimentar e literal do Art. 1º, do Código Civil - segundo o qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” – a pessoa sujeita de direito é universal, igual no sentido formal, unívoca, unidimensional e unidirecional.

O Direito privado então se apresenta como o direito posto à disposição dos privados, como sistema de reconhecimento e garantia de uma esfera de interesses, tantos morais quanto econômicos, sob a condição que a sua atividade não se desenvolva em contraste com aquelas normas de comportamento que o Estado põe para garantir a liberdade de todos e o ordenado desenvolvimento das relações sociais.³¹

Nessa cena, a relação entre Constituição e Código Civil era basicamente formal, hierarquizado. Não dialético, comunicativo³². E, por razões históricas, era praticamente impossível nisso se falar.

2.2 O uso da técnica da interpretação conforme a Constituição

O modelo de separação do direito privado e da Constituição evoluiu. A exigência da sociedade moderna e a presença de uma Constituição de natureza essencialmente democrática

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 80.

²⁹ Especialmente, há pouco menos de 13 anos, o que para a cena jurídica em questão é considerado curto espaço de tempo.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 81

³¹ Idem.

³² Idem.

e social, impregnada de direitos fundamentais e com alta carga valorativa e principiológica não compactuava com a separação de outrora.

Nessa evolução, em primeiro momento, os juristas se utilizaram – e ainda utilizam - da técnica da interpretação conforme a Constituição, instrumento esse com forte influência alemã, na tradução literal *Verfassungskonforme Auslegung*.³³

Importante, pois, traçar todo um contorno acerca da sistemática da interpretação constitucional para se chegar na sua aplicabilidade no direito privado.

Interpretar é determinar com precisão o real sentido de um texto, no caso em específico, da norma constitucional, procurando o significado dos seus conceitos jurídicos, extraindo assim a intenção do legislador constituinte.³⁴

Mas não é só isso. A interpretação deixou de ser considerada tão-somente como um processo de descoberta dessa vontade do legislador. O interprete não é mais um mero aplicador da norma. Interpretar é, também, uma atividade criadora do Direito, onde intérprete constrói a inteligência da norma, observando sua “moldura”. Pode, assim, alargar ou restringir a essência da norma para conformá-la ao ordenamento constitucional, evitando o reconhecimento de sua nulidade e, por conseguinte, a retirada da cena jurídica. Trata-se de verdadeira técnica de salvamento da norma.

Contornado de forma singela a interpretação da norma em geral, adentrando agora na interpretação constitucional, Konrad Hesse³⁵ desenvolveu num de seus trabalhos guias ou catálogos interpretativos da Constituição “direcionadas à maior consistência dos seus resultados, sob fórmula de princípios da interpretação constitucional”³⁶.

Sem minudenciar esse catálogo principiológico de Hesse – eis que não é objeto o estudo -, cumpre destacar apenas o importante para o tema: o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

O primeiro ponto a se esclarecer é que as leis nascem com a presunção de constitucionalidade. Por óbvio, “não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição”³⁷.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301.

³⁴ INTERPRETAÇÃO. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 1033.

³⁵ Konrad Hesse tratou sobre o tema em diversas obras, tais como *Escritos de derecho constitucional da República Federal da Alemanha, Grundzüge des Verfassungsrechts, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Esse catálogo foi incorporado por Canotilho no direito português, de onde ingressou na doutrina brasileira.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 93.

³⁷ *Ibidem*. p. 97.

Nessa linha, se uma norma infraconstitucional admite, pela sua amplitude semântica ou peculiaridades em específico, mais de um sentido interpretativo, deve-se priorizar aquele mais coerente com a Carta Magna.

Sob esse visual, interpretação das leis em conformidade com a Constituição é técnica hermenêutica que tem por finalidade evitar a retirada prematura de uma norma infraconstitucional do ordenamento jurídico que se mostra, numa análise superficial, em desconformidade com o texto constitucional.

Em outras palavras, “como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais”³⁸.

Diante dessa forma de visualização – repita-se, de forma singela, mas tratando apenas o que interessa no *quantum satis* -, o segundo ponto a observar é que tal princípio trabalha a ideia de controle de constitucionalidade interpretativo.

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.³⁹

Portanto, essa forma de interpretação se justifica pela própria ideia de supremacia da Constituição, garantindo a segurança jurídica, posto que evita o vazio normativo decorrente da exclusão de uma norma do ordenamento sem necessidade.

Essa técnica se apresenta em três dimensões, segundo Canotilho⁴⁰. A primeira trata da prevalência da constituição, pela qual, diante de várias interpretações possíveis de uma lei, deve-se optar por aquela que não contraria o texto ou programa da norma constitucional. A segunda refere-se à conservação das normas. Por ela, uma norma não pode ser considerada inconstitucional se puder ser interpretada em conformidade com a Constituição, observando sempre seu sentido e fins – princípio da conservação.⁴¹

Em último, a proibição da interpretação conforme a Constituição *contra legem*. Significa dizer que o interprete da lei “não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 301.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1226.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Pensando no tema, o STF firmou posicionamento no sentido de que “toda vez que a norma atacada viabiliza dupla interpretação, cumpre adotar a teoria que revela o sentido harmônico com a Carta da República” (In: STF. ADI 4726 MC/AP. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 11 fev. 2015).

consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”⁴². Logo, não é permitido ao aplicador subverter o sentido da norma⁴³. Trata-se de limite da interpretação conforme a Constituição, ou seja, o próprio texto interpretado é o limite.⁴⁴

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correção pelos tribunais (= proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar de resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendido pelo legislador.⁴⁵

Portanto, se a lei, dentro de suas várias interpretações, mas sem alterar seu sentido, for inevitavelmente incompatível com a Constituição, deve ser declarada inconstitucional.

Chegado a esse patamar de inteligência, percebe-se que o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição tem finalidade e regras específicas, não podendo ser utilizada indistintamente. Não se presta, pois, a estabelecer apenas um sistema integrativo entre Constituição e Código Civil, mas de dar sentido constitucional à norma, quando isso for possível.

Por conseguinte, a aplicação da interpretação conforme a Constituição não serve como parâmetro para se estabelecer uma relação comunicativa entre Constituição e Código Civil, salvante quando há nele norma que expressa um sentido conflitante com a Lei Fundamental. Nesse ponto sim, tem utilidade a interpretação conforme, para dar sentido constitucional à norma.

⁴² Idem.

⁴³ Nesse enfoque, o STF já decidiu, pela relatoria do Min. Moreira Alves que “a aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (*In*: Rp 1417/DF. Rel. Min. Moreira Alves). Na ADPF n. 130, de relatoria do Min. Carlos Britto, ficou também assentado que “a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria” (*In*: STF. ADPF n. 130/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Data do julgamento: 30 abr. 2009).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 301.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1226.

Nesse ser assim, a técnica da interpretação conforme tem sua aplicabilidade, mas de forma restrita. Não serve para compreender toda a abrangência da relação entre a Constituição Federal e o Código Civil, diante da atual efetividade que direitos fundamentais.

3 A Relação Dialógica entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado em uma Visão Prospectiva: A eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa com o direito privado

Não há mais como negar a atuação da Constituição em todos os campos do direito – pensar diferente disso é negar vigência à própria Constituição -.

Para compreensão do tema, necessário entender que a concepção unidimensional dos direitos fundamentais não guarda mais espaço diante da evolução da sociedade moderna. Por isso a mudança necessária na eficácia dos direitos, a fim de atender essa nova realidade.

Essa mudança foi impulsionada por três fatores: a) sociológico; b) jurídico-dogmático; e hermenêutico.⁴⁶

O fator sociológico refere-se às “transformações qualitativas na vida social provocadas pela sociedade de massas”⁴⁷. Nela, não há como manter um padrão único de liberdade individual e social. Há que se analisar a uma diversidade de fatores que se criou pela massificação da sociedade. A liberdade formal hoje é uma ficção para a maioria das pessoas, portanto, não basta. O poder econômico, que atua nas sombras, sem face, retira essa liberdade da contraparte e interfere em direitos básicos da pessoa, ameaçando sua liberdade e bens jurídicos, como vida privada, intimidade e imagem⁴⁸.

Por isso, a necessidade cada vez maior da positivação de direitos, como forma de garantir proteção a essas particularidades da pessoa. Nisso se tem o segundo fator: o jurídico-dogmático.

A construção de normas jurídicas protetivas é tarefa do Estado-legislador, administrador e juiz, seja na criação das leis (legislador), na sua implementação e fiscalização (executor) ou na sua concretização na esfera individual da pessoa (juiz).⁴⁹

Aliás, essa concretização dos direitos na esfera individual da pessoa muda a ideia interpretativa da norma, ultrapassando o modelo savignyano, para a instituição de um novo,

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 82.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Nesse sentido, Sarlet assevera que “as relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre o particular e o Estado” (In: SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 23).

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 82.

baseado no verdadeiro “valor-fonte” do ordenamento jurídico⁵⁰, ou seja, a pessoa humana, com dignidade⁵¹ reconhecida pela Carta de Outubro. Dignidade essa colocada como fundamento da República Brasileira (CF, art. 1º, III)⁵².

Trazendo para o campo do Direito Privado, o Código Civil de 2002 contém em seu texto alta carga desses fatores. Seja pela função social da propriedade e do contrato, seja pela boa-fé objetiva nas relações negociais. Mas é no campo da positivação dos direitos da personalidade que essa visualização ganha maior evidência.

Aquela visão de outrora da pessoa transforma-se em uma nova. A pessoa como sujeita de direito pura e simplesmente deixa de existir. Há a humanização do conceito de pessoa; passa-se a observá-la na sua individualidade. “Buscam-se pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu ‘modo de ser’ peculiar”⁵³.

Em outras palavras, a pessoa agora não é vista como universal, igual (igualdade formal), unívoca, unidimensional e unidirecional. A pessoa é analisada no seu aspecto mais humano: é singular, desigual (igualdade material), única⁵⁴. E o direito deve respeitar e atentar para essa singularidade existencial da pessoa. Não apenas como sujeita de direitos, mas como ser que tem suas necessidades básicas, anseios, pretensões individuais, desejos exclusivos de cada um.

Nesse campo, a importância impar da positivação no Código Civil dos direitos da personalidade mostra essa humanização do conceito da pessoa, construindo uma verdadeira

⁵⁰ Ibidem. p. 82-83.

⁵¹ A propósito, difícil é a tarefa de conceituação do que vem a ser a dignidade da pessoa humana. “Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma ‘ambiguidade e porosidade’” (In: SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago). Para além disso, a própria natureza polissêmica da expressão agrava essa dificuldade. Deveras, “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar” (In: ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, 481).

⁵² Sobre isso, Sarlet afirma: “O constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1º, III, da CF/1988), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela Constituição Federal – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.).

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 83.

⁵⁴ Idem.

ponte entre o público e o privado. Cria-se um novo princípio: o do livre desenvolvimento da personalidade.⁵⁵

A partir do momento que se vislumbra essa mudança na forma de pensar dos direitos fundamentais, é lógica a conclusão da impossibilidade de imaginar o direito privado sem a atuação dos direitos fundamentais.

Com efeito, não há mais como conceber o direito privado desligado dos direitos fundamentais, como se ambos vivessem em mundos paralelos.

Para uma melhor compreensão, deve-se partir da premissa de que a Constituição – como monumento das garantias fundamentais - é a lei fundamental e basilar do ordenamento jurídico e, assim, irradia-se para as demais normas postas. Simetricamente, essas normas estabelecem com a Constituição um diálogo constante de verificação, muito além de uma simples relação subordinativa de normas, mas sim numa relação dialógica de interação normativa que torna o ordenamento jurídico coerente e consonante com sua real finalidade – valor-fonte: o bem estar da pessoa, não como sujeita de direito, mas como ser humanizado, individual e desigual.

Trilhando nisso é que se pode compreender a interação existente entre a Constituição Federal e o Código Civil. Não apenas como uma questão de hierarquia das normas, mas numa relação dialógica comunicativa que se estabelece e que traz o real sentido que se deve ter das relações privadas hoje, compostas por pessoas no seu conceito mais complexo, muito além do simples sujeito de direitos, como já dito. “A ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”⁵⁶.

Chegado a esse patamar de investigação, é fácil compreender que os direitos fundamentais têm aplicabilidade nas relações privadas, “sob o rótulo genérico de uma eficácia ‘privada’ ou de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”⁵⁷. Essa compreensão evidencia “a possibilidade de extração de efeitos jurídicos das normas de direitos fundamentais, de tal sorte que a eficácia jurídica sempre pressupõe um efeito vinculativo”⁵⁸. Surge, então, a discussão se essa eficácia é direta ou indireta.

Pela teoria da eficácia indireta ou mediata, “os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatidade exercer-se-ia *prima*

⁵⁵ Ibidem. p. 83-84.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1288. Continua ele afirmando que “com isto não se pretende transformar a Constituição em supercódigo e reduzir o direito civil a um simples direito constitucional concretizado”.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 22.

⁵⁸ Idem.

facie sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados”⁵⁹. Ou seja, para a eficácia dos direitos fundamentais, depender-se-ia de uma atuação legiferante do Estado-legislador.

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata traz a ideia de que aqueles direitos, garantias e liberdades “aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos”⁶⁰.

Antes de se adotar uma ou outra teoria, deve-se anotar que essa problemática só se põe aos direitos fundamentais onde o Estado não é o sujeito passivo. Isso porque em relação ao Estado, o que se tem é a eficácia vertical dos direitos fundamentais, onde já se encontra pacífico que a aplicabilidade é direta.

O problema surge quando “os direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeito externo dos direitos fundamentais)”⁶¹.

A Constituição Portuguesa – diversamente da *Grundgesetz* Alemã⁶² - “consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas (art. 18.º/1)”⁶³. Por sua vez, a Carta de Outubro estabelece no art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto não diferencia situações. Muito menos distingue aplicabilidade vertical e horizontal. É sucinto e preciso em afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais é direta, imediata.

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressamente dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais. Tal obrigação, por sua vez abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral.⁶⁴

Por tal motivo, a doutrina majoritária, seguida pelo Supremo Tribunal Federal, “tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1287.

⁶⁰ Ibidem. p. 1286-1287.

⁶¹ Ibidem. p. 1287.

⁶² Nela, consta somente que os direitos fundamentais vinculam com eficácia direta os poderes legislativo, executivo e judicial. Mas não se refere à essa eficácia nas relações privadas (*In*: Ibidem. p. 1288).

⁶³ Idem.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 25.

também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares”⁶⁵.

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comendo de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”.⁶⁶

Contudo, ainda existem aqueles que defendem a posição oposta, de eficácia indireta. Nem mesmo em Portugal, onde há a expressa menção da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, existe esse consenso.

Por óbvio, não se defende aqui uma aplicabilidade irrestrita e absoluta, como se as relações privadas fosse equiparadas às relações públicas. A “eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa situação de igualdade nas relações verticais com o Estado”⁶⁷. Em razão disso, essa efetividade direta deve considerar a especificidade do direito privado, sob pena de simplesmente desestabilizar toda a ordem econômica posta, considerando que as relações privadas são sua base.⁶⁸

O problema é saber até onde esses direitos fundamentais devem atuar no campo do direito privado. Isso levou Canotilho a descrever que “o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas”⁶⁹.

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada “eficácia horizontal” se insere no âmbito da função de protecção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordem objetiva – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o “referente” de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.⁷⁰

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 176.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1289.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

Logo, “a eficácia social dos direitos fundamentais, como fenômeno complexo, exige a consideração coordenada de uma multiplicidade de aspectos fáticos e técnicos-jurídicos”⁷¹, de modo que apenas um regramento suficientemente diferenciado se mostra apto a solucionar as diversas faces do problema.

Caminhando-se, então, nessa linha de pensamento, tem-se que a solução constitucional adequada somente será obtida com a análise das circunstâncias do caso concreto e as particularidades do direito fundamental em jogo com seu campo de proteção, juntamente com uma interpretação metódica e adequada na solução de conflitos entre direitos fundamentais. E isso não exclui a ideia defendida da eficácia direta dos direitos fundamentais.⁷²

Da mesma forma, “ao se afirmar uma eficácia dita *prima facie*, não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual”⁷³. E essa graduação está exatamente nos deveres protetivos do Estado.

Os Direitos Fundamentais se apresenta numa multiplicidade de efeitos. Isso porque, se de um lado tais direitos se apresentam na forma defensiva, protegendo a pessoa contra a atuação abusiva do Estado, trazendo-lhe deveres de abstenção; do outro mostra sua nova face com efeitos positivos, impondo ao Poder Público o dever de proteção, consistente na obrigação que o Estado tem de adotar medidas protetivas e de promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos fundamentais.⁷⁴

Assim, “fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos”⁷⁵.

É exatamente essa nova função que “se põe na relação entre particulares, inclusive, quando num dos pólos apresenta-se alguém numa posição mais fragilizada em comparação com o outro”⁷⁶. Esses deveres de proteção trazem um tratamento diferente aos direitos fundamentais no direito privado.

Isso pode ser observado em diversos aspectos dentro e fora do Código Civil, especialmente em diversas decisões dos Tribunais Superiores.

O caso mais emblemático e o primeiro a tratar do assunto expressamente foi o discutido no Recurso Extraordinário n. 201819/RJ, que retratava o caso de afastamento de

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 27.

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem. p. 28.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 84.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 178.

⁷⁶ Idem.

associado sem o devido processo legal⁷⁷. Ali ficou assentado que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”⁷⁸ e, por isso, “vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”⁷⁹.

Na ocasião, Gilmar Mendes assentou que os associados têm direitos fundamentais que devem ser respeitados pela associação. Por isso, exclusão de associado sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional viola direitos fundamentais.⁸⁰

No mesmo sentido, o texto do art. 57, alterado pela Lei 11.127/2005, traz a garantia da ampla defesa e do contraditório expressamente para exclusão de associado, que somente se dará havendo justa causa.

Outro tema que merece destaque é a proibição da prisão civil do depositário infiel. Trata-se do reconhecimento da eficácia de direito insculpido em tratado internacional e que a Corte Constitucional recepcionou – embora não expressamente⁸¹ –, como direito fundamental, editando a Súmula Vinculante n. 25, pela qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁸²

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 30.

⁷⁸ STF. RE n. 201819/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 11 out. 2005.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Nos diversos julgados que tratam do tema, o STF colocou a recepção do tratado apenas como direitos humanos. Porém, não se pode esquecer que, direitos humanos versados em tratados internacionais, uma vez recepcionados como norma constitucional – como é o caso – tornam-se verdadeira norma de direito fundamental, até mesmo pelo próprio conceito e diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

⁸² Nesse sentido, confira-se: “*HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL*. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. [...]” (In: STF. HC n. 90450/MG. Rel. Min Celso Mello. Data do julgamento: 23 set. 2008).

Tantos outros temas decididos pelos Tribunais Superiores⁸³ mostram a atribuição da eficácia direta dos direitos fundamentais das relações privadas, algumas com maior grau de atuação, outras com menor.

Esses deveres protetivos do Estado nas relações privadas também podem ser vistos no Código Civil, quando trata dos direitos da personalidade e sua proteção, nos Arts. 20 e 21 do Código Civil.

Também se mostra na imposição da observância à função social do contrato e na boa-fé objetiva, tanto na celebração quanto na sua execução (Arts. 421 e 422). Ou ainda, na relativização do direito de propriedade, com a função social a ela atribuída (Art. 1.228, § 1º).

Portanto, o Direito Civil não é e nem pode ser visto como no século passado. As transformações sociais impõem um modo de pensar diferenciado.

Para captar transformações pelas quais perpassa o Direito Civil contemporâneo, há lugar (especialmente com a vigência e a prática do Código Civil de 2002) para uma nova introdução que se proponha a reconhecer a travessia em curso e que se destine a um olhar diferenciado sobre as matérias que compõem o objeto de análise. Clara premissa que instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil começa a ruir. Trata-se de captar os sons dessa primavera em curso, com os efeitos da nova codificação civil.⁸⁴

Nessa ordem de ideias, é imprescindível captar as mudanças vivenciadas pelo direito brasileiro desde 1988 e, principalmente a partir de 2002 com o Código Civil no âmbito das relações privadas. É preciso sentir a evolução e quebrar as barreiras dantes firmadas para se perceber a visão prospectiva da relação dialógica entre a Constituição da República e o Código Civil e, assim, entender a eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa com o direito privado.

Considerações Finais

Os direitos fundamentais têm uma importância ímpar na cena jurídica atual. Mais do que um simples contexto normativo, tais direitos se apresentam como verdadeiras garantias da pessoa inculpidas na Constituição Federal.

A par disso, a ideia da incomunicabilidade da Constituição e do Código Civil deve ser superada para se ter uma visão de comunicação dialógica entre um e outro. Não como um mero trabalho interpretativo – interpretação conforme a constituição – ou como uma relação de hierarquia e subordinação de normas – constituição/código civil -, mas como irradiação da

⁸³ Outros temas onde se encontram a eficácia direta dos direitos fundamentais: direito à moradia e o devedor solteiro, fiador e o bem de família *versus* direito à moradia, planos de saúde e necessidade de tratamento médico.

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2012. p. 1-2.

Constituição sobre as relações privadas reguladas pelo Código Civil e o estabelecimento de uma relação de diálogo entre ele e o texto constitucional.

Não há mais espaço na sociedade pós-moderna para uma visão fechada onde Constituição e Código Civil vivem em universos paralelos e distintos. Há a necessidade premente de quebrar esse paradigma e estabelecer uma visão prospectiva: a comunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil, entre os direitos fundamentais e o direito privado.

Nesse ser assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais ultrapassa o âmbito das relações puramente públicas – eficácia vertical. A ideia da comunicabilidade traz necessariamente a premissa de que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas.

Mas não é só. Essa incidência é direta e imediata, não dependendo da atividade legiferante para ter atuação no âmbito do direito privado.

É bem verdade que a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado não deve ser irrestrita e absoluta, mas deve atentar para os princípios e função do direito privado, deve considerar a especificidade do direito privado, ser flexível e gradual.

Logo, essa aplicabilidade deve ser apropriada e apenas será atingida com a análise das circunstâncias do caso concreto e as particularidades do direito fundamental em jogo com seu campo de proteção, adida a uma interpretação efetiva na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, para se garantir uma solução constitucional adequada.

Deve haver, portanto, nessa aplicação direta, uma gradação que se traduz nos deveres protetivos do Estado, notadamente, do Estado-juiz, na proteção e adequação desses direitos nas relações privadas.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direitos Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional:** teoria geral da Constituição. São Paulo: RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2012.
- GIUDICELLI, Gustavo. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Diálogos sobre Direito Civil.** São Paulo: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** v. 9/2015, p. 345-374, ago.