

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

FABIANO FRANCO DANIEL

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES INTERPRIVADAS
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2011

FABIANO FRANCO DANIEL

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES INTERPRIVADAS
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná

Orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA

2011

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, proporcionando os obstáculos ao longo do caminho, que a princípio parecem atrapalhar, mas que a experiência vivida dá a compreensão da importância no aprimoramento do homem como Ser ímpar no espetáculo da criação. À Minha mãe, irmãs e respectivos cunhados por enaltecereem minha capacidade, que a mim, às vezes, era motivo de dúvidas, mas a estes sempre pereceu sempre absoluta.

À minha esposa Lidiana, minha amiga, amante e companheira, pela força incomensurável em me compreender nos momentos mais difíceis e tortuosos que a vida acadêmica proporciona, jamais duvidando do sucesso e apoiando todas as atitudes e projetos implementados.

À minha filha Beatriz, a flor mais bonita, por entender minhas freqüentes ausências. Meus Padrinhos, Arnaldo e Rosânia, por existirem e aceitarem, há alguns anos, este ofício similar ao de pais, cumprindo-o e estando presentes em momentos de crucial importância em minha vida.

Ao Professor Paulo Nalin, meu orientador, pelo apoio, dicas e correções, imprescindíveis à consecução da árdua tarefa de monografar.

Ao Professor Marcelo Conrado, pelos ímpares ensinamentos e apoio no exercício da prática jurídica, compreendendo minhas faltas, porém, reconhecendo meu esforço.

A todos os servidores do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, por me auxiliarem nas peculiaridades inerentes à administração do curso, o que só eles entendem e nunca se furtaram de me balizar. Em especial Karina, Márcia, Jane, Nazidir, Seu Ari e Alessandra.

Por fim, a todos os colegas dos DTCEA-EG e DTCEA-CT que, no exercício diário da empatia, sempre estiveram prontos a ajudar, pois, nestes longos, porém, prazerosos anos como acadêmico, se não fosse a ajuda ímpar destes, talvez não tivesse conseguido.

A Meu Pai, melhor exemplo de homem já visto pelos meus olhos, que a vida, naqueles momentos em que somos postos à prova, subitamente levou.

Deixou saudades, balançou nossas estruturas, mas sua vida, sua retidão e dedicação deram-nos a certeza de dias vindouros melhores.

Dedico este trabalho e minha vida acadêmica.

*“Quem me dera, ao menos uma vez,
acreditar por um instante em tudo o
que existe. Acreditar que o mundo é
perfeito e que todas as pessoas são
felizes.”*

Renato Russo

RESUMO

As relações jurídicas de direito privado, diante do atual contexto jurídico-constitucional, demandam a irrestrita aplicação dos Direitos Fundamentais. Problemática que se destaca, pois, a mentalidade jurídica brasileira, sobretudo na seara cível, foi emoldurada pelo contexto patrimonialista. A propriedade dignifica o sujeito. O Código Civil de 1916, que bebeu da fonte codificadora europeia, foi um exemplo desta consolidação patrimonialista no solo nacional brasileiro. Contudo, a evolução do direito, fundada na necessidade de uma maior valorização do homem, coloca em questão o direito que tem como centro axiológico o patrimônio. Por isso, deu-se o crescente desenvolvimento e os respectivos diplomas que contemplam os direitos fundamentais como centro, nesse caso, novo centro axiológico, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Desta feita, no âmbito do Direito Privado coloca-se em destaque a aplicação dos direitos fundamentais, tendo como princípio diretor a dignidade da pessoa humana, fundamento da república e como tal deve balizar toda atitude, sobretudo, entre os atores privados, que na atuação diária têm o ônus de fazer o projeto constitucional, a partir da eficácia dos direitos fundamentais, diuturnamente, concretizar-se.

Palavras-chave: Direito Privado. Direitos Fundamentais. Eficácia.

ABSTRACT

The legal relationships of private law, in the current context, demand the unrestricted application of the Fundamental Rights. Problematic that it is distinguished, therefore, the Brazilian legal mentality, over all in context civil, was framed by the patrimony context. The property dignifies the citizen. The Civil Code of 1916 drank of the source european coder, was an example of this patrimony consolidation in the ground national Brazilian. However, the evolution of the law, established in the necessity of a bigger valuation of the man, places in question the right that has as values center the patrimony. Therefore, one gave to the increasing development and the respective document that contemplate the basic rights as center, in this in case that, new values center, over all the dignity of the person human being. Of this done one, in the scope of the private law the application of the basic rights is placed in prominence, having as managing principle the dignity of the person human being, bedding of the republic and as such must mark out with buoys all attitude, over all, between the private actors, who in the daily performance have the responsibility to make the constitutional project, from the effectiveness of the basic rights always to materialize.

Keywords: Private Law. Fundamental Rights. Efficacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. O DIREITO CIVIL FOCADO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO COMO LENTE	19
1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSTRUINDO UMA DISTINÇÃO .	19
1.2 PENSAMENTO CLÁSSICO: LIVRE INCIATIVA, IGUALDADE FORMAL E AUTONOMIA DA VONTADE	33
1.3 O DIREITO PRIVADO NA ESTEIRA DO RESPEITO INCONDICIONAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	35
1.4 A PARTIR DE QUANDO E ATÉ QUE PONTO UMA NOVIDADE	40
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS.....	44
2.1 MATIZES.....	44
2.1.1 TEORIA DA NEGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS E A DOCTRINA DO “STATE ACTION”	44
2.1.2 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA.....	49
2.1.3 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA	52
2.1.4 TEORIAS ALTERNATIVAS.....	58
3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UM COROLÁRIO DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES INTERPRIVADAS.....	60
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

Já há mais de duas décadas de vigência da Constituição Federal da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, assiste-se no âmbito das relações jurídicas uma renitente aplicação das regras de Direito Civil sob os auspícios de um espírito civil-patrimonialista, onde, muitas das vezes, os direitos fundamentais, em nome ora da autonomia da vontade ora da liberdade contratual, por exemplo, são relegados à margem do ordenamento jurídico.

Desta forma, faz-se mister uma aplicação imediata dos direitos fundamentais insculpidos em nossa Constituição, não em detrimento dos princípios de direito civil, mas sim com a devida relevância dos direitos fundamentais.

A interpretação do Direito Civil através das lentes constitucionais, tendo como eixo axiológico a dignidade da pessoa humana, nesse momento é indispensável, para que o Direito Civil, ao arrepio, muitas vezes do Código, faça prevalecer a pessoa e não, como na maioria dos casos ainda se vê, o patrimônio.

Compreende-se que a mentalidade jurídica brasileira, sobretudo na seara cível, foi emoldurada pelo contexto patrimonialista, onde, a propriedade dignifica o sujeito. É sujeito de direito aquele que possui. Máxima que se põe aquém do escopo constitucional brasileiro.

O Código Civil de 1916, que bebeu da fonte codificadora europeia, foi um exemplo desta consolidação patrimonialista no solo nacional brasileiro. Contudo, o desenvolvimento do direito, fundado na necessidade de uma maior valorização do homem, após a derrocada de um pensamento degradador da figura humana, sobretudo após os conflitos mundiais na primeira metade do século passado, coloca em questão o direito que tem como centro axiológico o patrimônio. Fato que não se abalou após o “novo” código civil de 2002, visto que em muitos pontos reproduz o seu antecessor, parece que mudando a roupagem, quando muito, sem alterações relevantes em sua substância, nada obstante seu inovador capítulo referente aos direitos da personalidade, sem correspondência no código antigo.

Ainda assim, deu-se o crescente desenvolvimento e os respectivos diplomas que contemplam os direitos fundamentais como centro, nesse caso, novo centro

axiológico, sobretudo a dignidade da pessoa humana, como exemplo, CDC, ECA, Estatuto do Idoso, dentre outros.

Nesse contexto, nasce a problemática ora pincelada, que se resume na seguinte questão: Poderá o direito civil brasileiro, tendo em vista a aplicação imediata dos direitos fundamentais, caracterizar-se como um direito civil constitucionalizado? Ou, sob um foco mais patrimonialista, inerente ao nosso histórico, deverá se ter uma mitigação destes direitos fundamentais, no sentido de irmos com calma, para dar tempo ao tempo? Lembremos: há mais de vinte anos de nossa Constituição.

Nessa esteira, a proliferação da pesquisa científica, seja em nível de graduação, especialização, mestrado ou doutorado, acerca deste tema é de fundamental importância para a solidificação de um Direito Civil mais justo e humano. E, inobstante a característica vestibular desta monografia jurídica que visa à conclusão do curso de bacharel em Direito, a referida pesquisa colabora com os estudos germinados no Brasil em meados de 1990 que, inspirados na doutrina de Pietro Perlingieri, trouxe ao direito civil pátrio novos ares, oxigenando nosso ordenamento há muito necessitado.

Assim, com o perdão da ousadia, presta-se o presente trabalho a colaborar com a pesquisa, salientando a necessidade preeminente de, cada vez mais, estudos detalhados e sistemáticos que, quiçá, servirão de argamassa para a tão atual e necessária constitucionalização do Direito Civil.

1. O DIREITO CIVIL FOCADO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO COMO LENTE

1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Construindo uma distinção

Até a positivação¹ dos Direitos Humanos, a partir do pensamento liberal-burguês, que concebeu aqueles ditos de primeira dimensão (ou geração)², a História viu um desenrolar de eventos, ora coadjuvantes ora protagonistas, que inexoravelmente gestaram aqueles direitos fundamentais que previam prioritariamente tutelar o individualismo frente ao poder estatal.

Assim, dando alguns passos atrás, abordar-se-á o desenrolar da História através das lentes dos Direitos Humanos, assim como, ao longo do tempo as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ora se confundiam ora se diferenciavam até, nada obstante a nebulosidade conceitual ainda existente, tornarem-se mais distintas.

Desta forma, tentar-se-á uma análise daquilo que a doutrina chama de *proto-história*³ dos Direitos Humanos até o momento de sua suposta primeira positivação, assim como o desenvolvimento posterior ao atual estado da arte dos Direitos Humanos na contemporaneidade.

Ao abordar a proto-história dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, Melina Girardi Fachin, na esteira da melhor doutrina, inicia afirmando que:

A ausência de um pensamento sistemático quanto aos direitos humanos e fundamentais, e o desconhecimento do fenômeno da limitação de poder, levou, por muito tempo, a vertente historiográfica dominante a negar a importância das culturas antigas para a caracterização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.⁴

¹ Visando não pecar pela imprecisão etimológica, salienta-se que o termo “positivação” aqui utilizado, pretende pontuar o momento em que Estados-nação, aqui destacamos EUA e França, substanciam suas constituições com Direitos inerentes aos homens, o que, nada obstante as particularidades espaço-temporais, merecem destaque pela importância ímpar no reconhecimento dos Direitos Humanos a nível mundial.

² Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p 54).

³ COMPARATO, Fábio Konder, 1936- A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴ FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos Dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na Cultura da Tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

Porém, não obstante a falta de sistematicidade referente aos direitos ora analisados, é de se reconhecer que, conforme menciona Sarlet:

(...) o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou ideias chave que, posteriormente, vieram influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis.⁵

Assim, e não menos importante, iniciando sua “afirmação histórica dos direitos humanos”, Fábio Konder Comparato ovacionando a posição central do homem na História, coloca que:

(...) a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.⁶

Pois bem, tendo o homem o papel central na História, naturalmente toda reflexão que levasse em consideração a religião, a filosofia, a família, a sociedade, enfim, toda a forma de se pensar o homem e toda forma deste se relacionar, levaria em conta direitos inerentes à natureza humana, mesmo que não reconhecidos como hodiernamente.

É assim que no campo da religião já se vê, sobretudo através dos livros da Bíblia cristã, um respeito à figura humana.

Visando ilustrar a afirmação, trazemos a lume as passagens da Bíblia, colacionadas por Comparato, que se valem para justificar este início:

(...) os dias do homem, disse o salmista: “são como a relva; ele floresce como a flor do campo, roça-lhe o vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar” (Salmo 103). No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Gênesis 1, 26). A cada um deles o homem deu um nome (2,19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante.⁷

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p 44.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p1.

⁷ *Ibid.* p.2.

Vê-se que, não obstante a ausência de um pensamento científico que demandasse, desta forma, uma sistematicidade, já se tinha menção à valorização do homem, sobretudo através das religiões.

Porém, o nascimento - se é que se pode delimitar o nascimento destes direitos – pode ser remontado ao período axial, o que de acordo com o sustentado por Karl Jasper⁸ aconteceu entre os séculos VIII a II A.C., formando o eixo histórico da humanidade.

A partir do período axial, o pensamento mitológico e visionário que sustentava explicações fantásticas começa a ceder lugar à racionalidade do pensamento. Inicia-se o surgimento da filosofia e a compreensão do homem como ser livre e racional.

Conforme preleciona Fábio Konder Comparato, “foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje”⁹.

Ainda , destacamos o que se segue referente a este período, crucial para a “delimitação” do que resolvemos pensar como nascedouro dos direitos humanos:

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.¹⁰

A partir então do século VIII A.C., o monoteísmo começa a se destacar e a centralidade do homem torna-se perceptível, por exemplo, já no primeiro livro do Pentateuco, o livro de Gênesis, quando ali o profeta relata que Deus fez o homem sua imagem e semelhança¹¹. Assim, independente da fé daquele que interage com a Bíblia, o fato de esta expressão estar ali redigida, representa a importância ímpar naquele momento que se dava a figura da pessoa humana.

⁸ JASPER, Karl. *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*. Munich und Zurich: Piper & Co Verlag, 1983, p. 19-42 *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p.2.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p.9.

¹⁰ *Ibid.* p.11.

¹¹ Gênesis, 1, 26.

A figura central do homem desloca para as margens aquelas religiões mais rituais e fantásticas. A transcendência dos homens e do mundo começa a ganhar espaço em detrimento aos cultos que tinham como ícones, por exemplo, a natureza, os soberanos. Enfim, o pensamento monoteísta, que via a necessidade de centralidade do homem em busca de uma finalidade deste neste plano, toma conta das reflexões a partir do período axial.

Sobretudo, a grande mudança no imaginário do homem da época deu-se no sentido de que o homem transformar-se-ia no fundamento de suas ações, assim como, objeto de análise e reflexão.

O advento da lei escrita coroou a incipiente ideia de que todos os seres humanos, respeitados os diversos matizes espaço-temporais, têm direitos e devem ser respeitados. Foi, de fato, a lei escrita a instituição social delimitadora do que vinha sendo gestada durante o período axial, a compreensão do homem como igual a “qualquer” outro homem e que, por isso, deveriam ser respeitados como tal. Pode-se dizer, então, que a lei escrita foi o marco divisório entre esta nova concepção e o que se entendia sobre o homem e sobre universo no período de outrora.

Os Judeus já pontuavam através de leis escritas as manifestações divinas de seus credos, porém, na Grécia, sobretudo nas cidades-estados de Atenas, que o “documento” salienta-se pelo seu papel de fundamento de uma sociedade política.

Apesar da preeminência que as leis escritas tinham em Atenas, as leis não-escritas também permaneciam importantes e necessitavam de outro fundamento, diferente daquele divino, o que os sofistas à época encontraram na natureza das coisas.

Na mesma diretriz sofista, os estoicos também, ao buscar o fundamento das leis não escritas, visionavam-no na natureza das coisas. Entretanto, um pouco mais adiante, sinalizavam a unidade moral e a dignidade do homem. Baseando esta concepção na igualdade em dignidade que os homens livres tinham por serem filhos do mesmo deus, Zeus.

Buscando guarida neste entendimento grego, o cristianismo, semelhantemente herda essas ideias, ao entender que, sob os olhos do Altíssimo, todos os homens são iguais. Não obstante as maiores e inúmeras atrocidades que a humanidade viu travadas sob os olhos, complacência e às vezes patrocínio da

igreja.

Vale aqui o destaque à ponderação de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que da “doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”¹².

Continuando, salienta-se, conforme já mencionado, a dificuldade teórica de se pontuar o nascimento da ideia de Direitos Humanos. Viu-se que não é novidade o papel central e de suma importância dos homens neste plano. Porém, os matizes foram diversos. Mitologia, fábula, religião, natureza, leis, enfim, o homem foi o protagonista da história e como tal deveria ser respeitado e, de fato o foi, proporcionalmente conforme cada época.

Viu-se também, e é muito importante salientar isso, que o cristianismo bebeu muito da fonte grega para sustentar sua concepção de respeito aos homens, mas ao adentrar na Idade Média, ou melhor, no período que se deu a partir da queda Império Romano, os ideais gregos foram marginalizados e outro caminho começaria a ser trilhado na consolidação da ideia de pessoa, sua dignidade e seus direitos.

Dois personagens de suma importância influenciaram todo o pensamento medieval e, logo, a concepção de direitos humanos, Boécio que viveu nos séculos V e VI e Santo Tomás de Aquino alguns séculos depois, que viveu e morreu no século XIII.

A relevância destes pensadores deve-se, sobretudo, pela definição clássica de pessoa proferida por Boécio e integralmente adotada por Santo Tomás na *Summa Theologica*, segundo a qual “diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”¹³.

Vale destaque a elevação que fazia à dignidade da pessoa humana Santo Tomás de Aquino, que fundado na existência de um direito natural, basilar da natureza racional do homem, vislumbrava a possibilidade do exercício do direito de resistência pelos homens se, caso e já naquela época, os governantes negligenciassem o direito positivo, que tinha como lastro aquele direito natural por

¹² SARLET, Ingo W. *Op. Cit.* p.44.

¹³ “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” in COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p.19.

ele prelecionado.¹⁴

Trazemos ao texto e com o intuito de chegar-se ao próximo momento de destaque da dignidade da pessoa humana, sobretudo a filosofia kantiana, a nota de Comparato, que assim menciona:

Foi sobre esta concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial a todo ser humano, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.¹⁵

O período medieval foi marcado pelo desenvolvimento daquela ideia incipiente do que seriam direitos humanos. Assim, posteriormente, alguns outros pensadores beberam da mesma fonte e desenvolveram o que doravante consolidar-se-ia nos direitos humanos, entendidos na sua mais atual concepção.

À guisa de parênteses, entretanto, outros filósofos, não obstante qualificados como medievais, já batiam às portas da modernidade e, mesmo que incipientemente, semearam algumas ideias que se desenvolveriam na modernidade até a fase mais eminente do desenvolvimento da matéria, que se entende ser os fins do século XVIII.

Cita-se, assim, como exemplo destes pensadores do início da modernidade, Giovanni Pico della Mirandola, Guilherme de Ockham e Hugo Grócio, sobretudo este último.

Chega-se à modernidade. Foi este período da história da humanidade o terreno fértil em que se desenvolveram as ideias basilares do que se entende por direito, nos moldes de hoje (respeitados os institutos de direito privado, herdeiros no seu cerne ao direito romano clássico).

As teorias contratualistas como germinadoras dos posteriormente chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, foram o principal mote da modernidade no que tange a história do direito, assim como, o entendimento do direito natural

¹⁴ SARLET, Ingo W. *Op. Cit.* p.45.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p.19.

como inerente apenas à moral humana¹⁶, desvinculando-o de um fundamento religioso, proporcionaram o campo para o desenvolvimento e consagração dos Direitos Humanos, no último quarto do século XVIII¹⁷.

A *Magna Charta Libertatum* é comumente apontada como primeiro documento a contemplar direitos fundamentais, alguns a apontam como o germe do direito constitucional, no sentido de limitação de poderes do soberano e por incluir em seu bojo direitos direcionados aos cidadãos, mas, se for analisar o contexto que a proporcionou, ver-se-á um viés diverso daquele referente às primeiras declarações de direitos, consideradas como as primeiras positavações dos direitos fundamentais, a saber: a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776, e a Declaração Francesa, em 1789.

A diferença primordial acima mencionada dá-se, sobretudo, pelo fato de a *Magna Charta* de 1215 ter sido uma demanda das elites da época contra o poder descomedido do Rei João Sem-Terra. Já as declarações de direitos posteriores foram conquistadas a partir de lutas originadas no seio da sociedade.

Sem embargo, o valor que se dá ao documento de 1215 refere-se ao sentido preambular de institutos como o *habeas corpus*, devido processo legal e a propriedade. Entretanto, alguns documentos também tiveram crucial importância nesse sentido, por exemplo, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e a *Bill of Rights* em 1689.

Mas, respeitadas as devidas proporções, sobretudo no que tange ao individualismo, inexistente nestes documentos, uma vez que nascidos em pleno medievo, época em que este estava ainda um passo atrás de sua concepção, a influência do pensamento religioso teve importância ao posterior desenvolvimento dos direitos fundamentais. Assim, o ambiente em que fervilhava a reforma religiosa proporcionou um dos primeiros direitos fundamentais reivindicado, a Liberdade religiosa¹⁸.

Pois, como um dos pilares dos direitos fundamentais, o individualismo

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.52.

¹⁷ FACHIN, Melina Girardi. *Op. Cit.* p.37.

¹⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. *Apud* FACHIN, Melina Girardi. *Op. Cit.* p.41.

gestado e nascido na modernidade começaria a se delinear, sendo, de acordo com Melina G. Fachin “o divisor de águas que, somado ao contratualismo, inaugura o pensamento moderno acerca da categoria dos direitos humanos e fundamentais, sempre sob o manto da universalidade presumida *ab initio*”¹⁹.

O que se vê, na esteira do que foi supramencionado, é que as primeiras declarações de direitos do século XVIII tiveram na liberdade e no individualismo seu principal mote, proporcionando a magnitude que estes dois documentos tiveram na história dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Na dialética da história, o Estado Absolutista foi a instituição que tornou fértil o terreno para o desenvolvimento destes dois pilares, primeiro pela forma despótica dos soberanos administrar e, depois, porque foi neste período que surgiram os teóricos da doutrina contratualista, crucial à substância dos documentos de matriz liberal do século XVIII.

Neste sentido, John Locke foi primeiro a idealizar, naquele momento, direitos naturais e inalienáveis inerentes à natureza humana. Primeiro o homem, sua liberdade e conseqüente individualismo e depois os interesses do Estado.

Nessa esteira dos direitos naturais e inalienáveis dos homens foi que o Iluminismo desenvolveu toda sua teorização. Os direitos de liberdade do homem e sua individualidade pretendiam não proporcionar ao Estado Absolutista imiscuir-se na esfera pessoal de cada cidadão. Neste diapasão que as declarações de direitos encontram o contexto ideal para emergirem.

A Declaração Americana e a Francesa, apesar de algumas diferenças, sobretudo na amplitude²⁰ que cada uma preconizava na contemplação de direitos, foram os primeiros documentos escritos a positivizar direitos fundamentais aos Homens. Nascia sobre a tríade Liberdade-igualdade-propriedade os Direitos fundamentais de primeira Dimensão.

¹⁹ FACHIN, Melina Girardi. *Op. Cit.* p.42.

²⁰ Nessa linha, Paulo Bonavides: “Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.562).

Neste sentido, salienta Paulo Bonavides:

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a **liberdade**, a **propriedade**, a segurança e a resistência à opressão.

O fim de toda comunhão política não podia ser outro senão conservá-los, rezava o célebre texto. O teor de universalidade da Declaração (*Francesa, de 1789*) recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: “Foi para ensinar que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas declarações”. (Grifos nossos).²¹

Abrindo parênteses, faz-se mister trazer à colação as palavras de Perez Luño acerca do momento inicial em que se começa fazer uso do termo Direitos Fundamentais, distinguindo-o do termo mais genérico e abrangente Direitos Humanos, é a partir deste período histórico e calcado na positivação, oriunda destes tempos, que se começa a chamar Direitos Fundamentais aqueles Direitos Humanos adotados e positivados por um documento relativo a um determinado Estado. Neste sentido destaca “El término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”²².

As condições precedentes à revolução francesa proporcionaram o contexto a esta. O desenvolvimento das teorias contratualistas, que promoveram uma nova visão de poder estatal, e a laicidade do direito natural foram um dos substratos do pensamento iluminista, que inspirou a revolução.

Pode-se afirmar que, na esteira de Norberto Bobbio, estas primeiras declarações são o resultado da primeira fase da história dos direitos do homem, ou seja, “Direitos não mais enunciados por filósofos, mas por detentores do poder de governo”²³.

Pois bem, o ambiente francês viu nascer, a partir de toda a gestação dos direitos do homem, os assim denominados pela doutrina, direitos de primeira dimensão. Os que, conforme a lição de Paulo Bonavides, contemplam aqueles direitos agregados à liberdade, sobretudo direitos civis e políticos, sendo os

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p.562.

²² PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. *Derechos Humanos e Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984. p.30.

²³ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p.73.

primeiros a constarem num documento de índole formal. Estes direitos emergiram na sociedade visando-se a limitação do poder, até então ilimitado, do Estado. Assim, oponíveis somente contra o Estado.

Para a classe burguesa que foi o principal ícone da Revolução Francesa, estes direitos emolduravam-se exatamente aos seus propósitos, que era, sobretudo, o livre desenvolvimento das atividades privadas, principalmente comerciais, sem a influência descomedida do aparato estatal. Nascia, naquele momento, sob a tutela desta nova ordem social emergente, o liberalismo de matriz eminentemente burguesa.

Traz-se à colação e com o intuito de passarmos suavemente à próxima fase dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles entendidos como de segunda dimensão, as palavras de Paulo Bonavides, que salientando o caráter não estatal dos direitos de primeira dimensão, assim destacou:

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.²⁴

A dialética da história proporcionou o contexto para aos direitos entendidos como de segunda dimensão, pois, foi em contraponto às teorias liberal-burguesas que surgiram no século XX as correntes de pensamento que professavam os direitos sociais. Direitos estes inerentes a uma participação ativa do ente estatal.

Apoiados no princípio da igualdade, os direitos sociais surgem visando uma adequação da sociedade deveras desequilibrada pela exacerbação capitalista, que sustentada pelo liberalismo subjugou as classes menos favorecidas, olvidando muitos dos princípios historicamente responsáveis pela emersão da mesma classe que, outrora marginal, proporcionou à humanidade o início da positivação destes.

Destaca-se aqui, como princípio, a liberdade, uma vez que durante o século XIX a classe de trabalhadores explorados, pelas emergentes e depois dominantes indústrias, vendia sua mão de obra por um salário ínfimo, enriquecendo a classe

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 564.

burguesa e deixando de lado o mais simplório ato de ir e vir, pois, trabalhavam praticamente dias inteiros.

Assim, indo e vindo de sua pobre residência à masmorra que era a indústria daquela época e não a mercê de sua própria vontade, eram como escravos, conseqüentemente, tinham tolhido o maior de todos os princípios, a dignidade inerente à qualidade de ser humano.

Estes direitos de cunho social surgiram eivados pelo entendimento de que não eram totalmente eficazes, sendo remetidos, como salienta Paulo Bonavides, à esfera programática²⁵. Porém, o desenvolvimento do constitucionalismo proporcionou a estes tipos de direitos a aplicabilidade imediata, conforme, por exemplo, no Brasil, a doutrina de Luís Roberto Barroso²⁶.

Nessa linha de pensamento Bonavides salienta que:

(...) os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornarem-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.²⁷

Desta forma, são reconhecidos como Direitos de segunda dimensão, além dos direitos sociais, os direitos culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

O caminho percorrido pela humanidade nos anos subsequentes a revolução francesa levou a mesma à percepção de que os valores existenciais do indivíduo estão diretamente relacionados à vida em sociedade. Somente no seio da comunidade é que o homem se realiza plenamente. Os medos, anseios, frustrações, realizações, fracassos, sucessos, enfim, os *telos* inerentes ao ser humano são gestados, gerados e satisfeitos na vida em sociedade.

O fim daquele exaltado, porém, de certa forma exacerbado individualismo, é tudo menos o almejado pelo homem racional, que, apesar de tal característica, tem no antônimo desta, ou seja, na paixão, o tempero essencial da vida, sobretudo da vida em sociedade.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p.565.

Neste mesmo diapasão, Paulo Bonavides salienta que:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.²⁸

Vê-se que o desenvolvimento humano trilhou diversos caminhos e que, nada obstante as agruras da história, muito já se conquistou. Não que os homens ao transcorrer do tempo tornem-se a cada dia melhores, mais desenvolvidos, a ideia de progresso, inclusive, deve, nesta seara, ser rechaçada, mas é inegável a conquista de Direitos.

Direitos estes que vêm ao encontro da ideia de progresso, pois, a cada luta por estes, o adversário era um não-direito, também referente a mesma humanidade. Ou seja, a falta de harmonia demanda um mecanismo que vise ao equilíbrio, assim, a conquista de um direito é precedida pela violação. Tal como o bem e o mal que se alimentam reciprocamente.

Assim, numa sociedade onde temos direitos fundamentais justapostos, onde as gerações não se sobrepõem umas as outras, mas se complementam e se completam, daí a crítica ao termo gerações, preferindo-se falar em dimensões, é natural a demanda por novas tutelas. Os direitos sociais e individuais já conquistados fazem, ou melhor, contribuem para o surgimento de novas categorias de direitos.

Nesse ponto é que o homem começa a se preocupar com o plano onde vive. O ser humano só é digno se viver num ambiente harmônico, não se fala aqui em conflitos entre homens, mas sim em conflitos entre a humanidade e o meio ambiente onde vive. Foi pautado nesta preocupação que surgiram os direitos de terceira dimensão, ou seja, aqueles direitos que visam proteger, além do meio ambiente, a tutela da paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação²⁹.

²⁸ *Ibid.* p.565.

²⁹ *Ibid.* p.569.

A emersão dos direitos de terceira dimensão deu-se, de acordo com o magistério de Paulo Bonavides, como a coroação de trezentos anos de concretização dos direitos fundamentais. Direitos que tem na fraternidade seu principal embasamento, objetivando não a tutela de interesses individuais, mas a proteção de toda a humanidade. Direitos que, embora tenham na fraternidade seu principal mote, caracterizam-se, sobretudo, pela solidariedade³⁰.

Assim, são estes direitos fundamentais que visam, conforme Etienne-Richard Mbaya citado por Paulo Bonavides, tutelar as relações entre Estados soberanos, o equilíbrio entre nações desenvolvidas e nações emergentes, assim como, no que tange a seara econômica, preconiza a coordenação sistemática de política econômica³¹.

São os direitos de terceira dimensão aqueles direitos que, de alguma maneira, tentam saldar a dívida que a comunidade de nações desenvolvidas tem oriunda do crescimento desmesurado à custa de nações pobres, seja pela política colonialista, seja pelo desenvolvimento capitalista, que com suas garras inexoráveis e inevitáveis, não se preocupavam com questões mais caras à humanidade que o simples lucro e desenvolvimento de seus impérios, esse sim há muito levado a sério.

Paulo Bonavides no seu decurso através das “gerações” dos direitos fundamentais ainda menciona a quarta e quinta dimensões destes. A quarta dimensão, de acordo com autor referido, é caracterizada pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo e a quinta, já numa análise bastante vanguardista, seria caracterizada, sobretudo, pelo direito à paz que, conforme as palavras do mesmo “é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas”³².

Ao longo da análise *supra* ora se fez menção à terminologia Direitos Humanos ora, Fundamentais, nada inconsciente, nem tampouco fruto de uma pesquisa superficial, mas sim com o intuito de já trazer a lume a nebulosidade do assunto.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid*. p.580.

Inclusive e nada obstante a opção do constituinte brasileiro pelo termo Direitos Fundamentais, no próprio texto magno essa imprecisão terminológica se faz presente³³.

Cabe salientar, entretanto, que os termos não são sinônimos e, apesar de harmônicos entre si, merecem a alcunha distintiva que visa maior precisão na análise do assunto. Desta forma, a colocação de Ingo Wolfgang Sarlet se faz indispensável:

Em que pese sejam ambos os termos (...) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos(...).³⁴

Assim também preleciona Perez Luño:

De ahí que grande parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (Weltanschauung) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico. Recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho.³⁵

Desta feita, independente de nossa Constituição não ser precisa no que tange a esta diferenciação, por exemplo, Art. 4º, III; art. 5º, § 1º; art. 5º, LXXI e art. 60, § 4º, adotaremos ao longo deste trabalho a terminologia Direitos Fundamentais, até mesmo porque nosso estudo funda-se na concepção da aplicação destes direitos, adotados pelo nosso ordenamento como fundamentais, nas relações entre privados.

Dessa forma, pautando-se no que preconiza as constituições contemporâneas, em especial a brasileira, que elevou ao *status* de princípio fundamental de toda a ordem jurídica a “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III,

³³ SARLET, Ingo W. *Op. Cit.* p.34.

³⁴ *Ibid.* p.35 e 36.

³⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Henríque. *Op. Cit.* p.31.

CFRB) e tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I, CFRB), analisar-se-á as relações entre as pessoas de direito privado, visando uma proposta mais condizente com os valores atuais conquistados pela contemporaneidade, através daquilo que a doutrina resolveu chamar de Direito Civil Constitucionalizado.

1.2 Pensamento Clássico: Livre iniciativa, igualdade formal e autonomia da vontade

Hodiernamente, como acima mencionado, teóricos encontram-se debruçados sobre a análise dos direitos fundamentais de quarta e quinta gerações, mas, é de se dar importância à primeira expressão destes direitos, que se deu nos fins do século XVIII, calcados na principiologia iluminista, sobretudo na França.

O poder opressor do Estado despótico gestou a necessidade de liberdade dos indivíduos frente ao *Leviatã*. O crescente desenvolvimento da classe burguesa serviu de substrato prático, mas também teórico, à necessidade de liberdade no trato das relações comerciais.

Assim, o germe dos direitos fundamentais, outrora gerado, foi se desenvolvendo e gradativamente, no desenrolar contextual da história, emergiram os direitos fundamentais de primeira dimensão.

A liberdade, a igualdade e a propriedade surgem, desta forma, para subsidiar a luta do “povo” contra o Estado. Neste momento a aplicação em nível vertical dos direitos fundamentais é o que se demandava.

Logo no início do século XIX, mais precisamente em 1804, surge como expressão da vitória de uma ideologia, o *Code Civile des Français*, ou melhor, o Código Napoleônico.

Enaltecia-se, então, a autonomia da vontade, a igualdade formal e, obviamente, a propriedade.

A tentativa de enquadrar toda a situação do mundo dos fatos dentro de modelos pré-determinados insculpidos no *Code* representaria uma forma de combate aos detentores do poder de outrora, uma vez que, aos juízes (estes ainda

oriundos do *Ancien Régime*) não era dado o poder discricionário, mas, apenas e tão somente, deveriam ser a boca inerte da lei ³⁶.

Desta forma, espiritualizados pelas ideias francesas, a maioria dos ordenamentos civis ocidentais repercutiram estes ideais, tendo como princípio regente do direito civil a igualdade formal, a autonomia da vontade e a propriedade.

Igualdade formal representada, eminentemente, desde a antiguidade clássica, pela lei. Assim, era a lei que igualava os homens, sujeitos de direito, simples elementos de uma relação jurídica, determinada pelo código.

A autonomia da vontade, na mesma esteira, poderia ser entendida como a representação da liberdade individual frente ao Estado, uma vez que, cabe a cada um a expressão de sua vontade numa relação jurídica, sem a interferência estatal. Ao Estado não cabe a intromissão nos negócios entre os privados, desde que estes estejam enquadrados no modelo legal.

A propriedade é o que substancia o negócio, desta feita, é sujeito de direito o sujeito proprietário. Àquele não-proprietário cabe a coadjuvância no palco das relações sociais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão bastavam ao regime burguês da época, tiveram sua importância, estabeleceram uma nova ordem e solidificaram uma poderosa classe social.

Sem embargo, diante da evolução da sociedade, do comércio de massa, da tecnologia ao alcance de quase todos, do desenvolvimento econômico de nações outrora subdesenvolvidas, faz-se mister um novo delineamento das relações privadas.

Fica a dúvida se a codificação, método que pretende emoldurar toda ação humana, é suficiente aos dias atuais. Se o modelo de relação jurídica, criado no século XIX pela Escola Pandectista alemã, que põe o homem ao nível do objeto, nada obstante a dignidade da pessoa humana, já não deve ser revisitado e, quiçá, reformatado, ao ponto de maleabilizar-se às realidades sociais.

Veja-se, o direito privado tem sua estrutura básica fincada no conceito de relação jurídica, que enquadra dentro de sua sistemática quatro elementos básicos,

³⁶ Expressão atribuída a Montesquieu, no seu *O Espírito das Leis*.

a saber, um sujeito passivo e um ativo, o vínculo de atributividade e, por fim, o objeto³⁷. Assim, dentro desta moldura estrutural, a redução da pessoa a mero elemento desta relação merece uma análise mais crítica, sobretudo quando se aprecia o direito privado através das lentes dos direitos fundamentais insculpidos em nossa constituição.

Há cerca de dois séculos após a inovação trazida pelo *Code*, a comunidade brasileira foi contemplada pelo seu Novo Código Civil, diploma que na sua substância traz os mesmos valores do antigo código de 1916.

Como figura central deste “novo” código, semelhantemente ao do século passado, vê-se o patrimônio. O homem, que enaltecido pela constituição devido à historicidade caracterizadora deste diploma magno, concebido no seio da sociedade, pautado em valores ínsitos em cada célula componente do bojo social, ainda ocupa, no direito privado, sobretudo o direito civil, papel marginal, mero elemento da relação jurídica, igualado, quando muito, ao objeto.

Nada obstante, é ínfima a quantidade de civilistas que negam o papel central dos valores constitucionais nas relações entre privados, muito embora ainda seja enaltecido, obviamente que com menor incidência, o Código Civil, numa perspectiva bem tradicional, como centro do Direito Privado.

1.3 O Direito Privado na Esteira do Respeito Incondicional à Dignidade da Pessoa Humana

O desenvolvimento do direito civil no contexto liberal fundamentou-se, assim supracitado, eminentemente pela tríade autonomia da vontade, igualdade formal e propriedade. Respeitadas, desta forma, as particularidades de cada instituto que se desenvolveu no âmbito do direito civil, estas três figuras teóricas estiveram e ainda estão presentes nos conceitos que substanciam a matéria que tem a pretensa finalidade de normatizar a vida dos homens nas relações com seus pares.

Sem embargo da importância histórica destes elementos, devido ao desenvolvimento social, neste campo: a massificação das relações comerciais, o acesso das classes C e D a bens outrora inalcançáveis, o acesso fácil à informação,

³⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p.217-218.

à democratização de ambientes antes apenas reservados a poucos escolhidos, enfim, devido ao novo panorama que se delineia no horizonte cada vez menos distante, faz-se indispensável o pensamento das relações jurídicas travadas no âmbito privado, aqui se salienta o direito civil, por outro prisma, mais estreito e menos paralelo, logo, convergentes com os princípios insculpidos na Constituição Federal brasileira.

Desta feita, traz-se a lume, pela sua importância e posição central dentro do novo ordenamento que desde 1988 se desenvolve, no Brasil, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República e que, como tal, deve permear toda relação que sob o manto do ordenamento jurídico nacional pretende se pautar.

Corroborando este início de abordagem, cabe salientar o destaque de Paulo Nalin que, ao discorrer acerca do escopo contratual contemporâneo, destaca no sentido da relação contratual não mais ter como única, ou mesmo, precípua, função a circulação de riquezas³⁸. Ou seja, o contrato, nada obstante seu objetivo negocial, deve trazer em seu cerne outros valores além daqueles tradicionalmente conhecidos. E mais:

Atualmente, aquele antigo desenho não mais prevalece, perante uma Constituição normativa que põe, no centro de seu ordenamento, a pessoa humana, consagrando a ela um valor preeminente. É com base nesta relocação das figuras legais que se busca reconstruir a ideia de contrato, sempre centrada na figura da pessoa humana (sujeito contratante) e na sua proteção constitucional.³⁹

É hora de trazer à baila no palco onde se apresenta as relações entre privados, valores que auxiliem a emersão da dignidade da pessoa humana como princípio regente de toda relação jurídica, seja esta pública ou privada.

Neste sentido destacam Fachin e Pianovski Ruzyk o seguinte:

(...) quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, essa racionalidade não-sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.⁴⁰

³⁸ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.242.

³⁹ NALIN, Paulo. *Op. Cit.* p.47.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil*, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.99.

O respeito à dignidade da pessoa humana, vê-se, não deve, dentro de um ordenamento, condicionar-se a nada, pois, sendo o centro irradiador de valores a toda gama de relações jurídicas, a dignidade deve ser incondicionada. Toda relação deve ser vista através das lentes deste princípio fundamental.

Assim, no sentido de justificar a incidência do princípio em todo ordenamento jurídico, Sarlet evidencia que:

(...) é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que, por sua vez, serve de fundamento à exegese ampliada do artigo 11 e seguintes do Código Civil brasileiro, no sentido de que também o elenco dos direitos de personalidade não é taxativo, no sentido de um *numerus clausus*.⁴¹

No mesmo sentido, enfatizando a dignidade da pessoa como sendo respectiva a todo o ordenamento jurídico e já no sentido de sinalizar a aplicação de um direito privado mais humano, que leve em conta valores alheios àqueles tradicionais e ultrapassados, mas que, nada obstante a clareza constitucional, ainda pautam relações jurídicas, sobretudo no âmbito privado, Fachin e Pianovski Ruzyk colocam da seguinte forma:

A tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana são fundamentos de toda a ordem jurídica – não só do Direito Público – sendo, pois, deveres atribuídos a todos, e não só ao Estado. A noção de liberdade vinculada à propriedade, por exemplo, que, contemporaneamente, se manifesta como liberdade de iniciativa, é expressamente funcionalizada à dignidade da pessoa, conforme se depreende do artigo 170 da Constituição Federal. Opera-se inversão de fundamento o Direito Civil, que se desloca do 'ter' para o 'ser'.⁴²

A configuração de um direito civil calcado na dignidade da pessoa humana trabalha no sentido de um direito menos patrimonial, sem embargo da função precípua relativa à circulação de riquezas, porém, que enalteça a figura do homem, colocando-o como figura de destaque, diferente do que preconiza o modelo

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e “novos” Direitos na Constituição de 1988: Algumas Aproximações, *in*: HARMATIUK MATOS, Ana Carla (org.). A Construção de Novos Direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. p.16.

⁴² FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.* p. 101.

tradicional de relação jurídica, que o equipara ao objeto - quando muito o equipara -, o que se nota é uma inversão de valores, onde o ter precede o ser, afastando-se do que, na esteira dos valores constitucionais hodiernos, seria o ideal, já salientado na nota *supra* e enfatizado abaixo:

Os três pilares do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração⁴³ para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.

Essa inversão axiológica, precipuamente, deve ser substancial. Os valores irradiados da constituição, aqui no caso, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, necessitam de um substrato social. O cuidado com discurso acerca da aplicação de princípios outrora alienados do direito civil, deve ser no sentido da precaução teórica, pois, corre-se o risco de, assim como teorizado por *Ferdinand Lasalle* em famosa conferência, ter-se um sentimento de desestima desses valores⁴⁴ e, semelhantemente a alguns direitos ínsitos em nossa constituição⁴⁵, ficar-se com a previsão legal fadada a mera palavra, utilizada apenas para subsidiar discursos vazios. A constituição e seus valores mais nobres não devem ser rebaixados ao nível de mera “folha de papel”, mas sim trazer para além da previsão legal, valores materialmente aplicáveis.

Nesse sentido, cabe o destaque que se segue:

A dignidade da pessoa humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração. Caso contrário, de espaços de abertura não-sistêmica, os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica.⁴⁶

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Apud*, HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.112.

⁴⁵ Pode-se exemplificar a Emenda Constitucional n. 64/2010, que elevou o direito à alimentação ao nível constitucional, num país que, não obstante direitos bem delineados no corpo constitucional, que poderiam, sem sombra de dúvidas, abarcar este direito fundamental, é responsável por um exército de milhares de famintos.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.* p.102.

Visto dessa forma, o direito civil em especial, como pretense ordenador das relações sociais, sobretudo entre entes privados, uma vez que componente do ordenamento jurídico como um todo, deve ter na dignidade da pessoa humana seu principal fundamento. E como fundamento, além de outras funções, deve exercer função integradora como parâmetro hermenêutico, na aplicação das normas que o estruturam.

Impõe-se seja ressaltada a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que este – por força de sua dimensão objetiva – serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico.⁴⁷

Apenas com a elevação do homem ao nível pretendido pela constituição⁴⁸ é que se alcançará o objetivo de se ter um direito civil mais humanizado e menos patrimonial. No momento em que a dignidade da pessoa for o substrato de toda relação social, por exemplo, quando os entes privados detentores do poder econômico, como bancos, multinacionais, comércio em geral, olharem seus interlocutores, ou seja, o cidadão, como essência de seu sucesso e, logo, de sua existência, não apenas para cumprir previsões legais ou metas de sistema de gestão de qualidade, por exemplo, poder-se-á ter esperança num direito mais humano. Um direito civil mais afastado de seus valores clássicos, que via no patrimônio sua principal ferramenta, depende dessa premissa.

Um respeito incondicional à dignidade da pessoa humana faz-se indispensável, pois, apenas com esta visão poder-se-á alcançar aquilo que se apresenta como novidade, se se tomar em conta os valores tradicionais que regem as relações entre os privados, ou seja, um direito civil mais humanizado e menos patrimonializado.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.181.

⁴⁸ Fala-se em “pretendido” porque, nada obstante a cogência da norma constitucional, ainda hoje, após quase 23 anos de vigência desta, vê-se no seio da sociedade uma aplicação das normas civis paralelas aos valores constitucionais.

Na mesma linha, destaca Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) se torna necessário persistir na leitura do Código à luz da Constituição, de maneira a ampliar, cada vez mais, o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à pessoa humana, única em sua dignidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta sendo talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que, nisto se confia, um dia venha a ter alcance universal, consagrando a este princípio plena e absoluta eficácia, é com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir a unidade valorativa e sistêmica ao direito civil.⁴⁹

A partir do exposto, frisa-se não mais aceitável no âmbito de um ordenamento jurídico que tenha no ápice, ou melhor, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, que este valor primordial ceda a princípios ordinários de Direito Civil há muito sedimentados, porém, já bastante ultrapassados, diante da turbulência atual.

1.4 A partir de quando e até que ponto uma novidade

Estabelecer um início estanque da problemática sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas queda-se, deveras, difícil.

O início da preocupação com a questão dos direitos fundamentais, nada obstante o desenvolvimento destes ao longo de milênios, pode ser equiparado ao início da modernidade, com o advento das revoluções liberais.⁵⁰ Mas, a questão crucial é definir a partir de quando as relações entre entes, até então postos num mesmo plano, começam a se “desequilibrar” ao ponto de suscitar uma rogação por direitos humanos que as substanciem.

Dentro da lógica em que se desenvolveram os direitos fundamentais, ou seja, inscrita no ideário liberal do século XVIII, a primeira expressão destes contemplava, apenas e tão somente, uma proteção ímpar do indivíduo frente ao poder monárquico do iminente regime derrocado.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da Pessoa Humana: Estudos de direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.50.

⁵⁰ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações entre particulares, *in*: BARROSO, Luís Roberto (org). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.123-124.

Desta feita, é nesse sentido que destaca Jane Reis Gonçalves Pereira, em artigo atinente à matéria:

Não é difícil compreender a razão por que historicamente conferiu-se destaque à proteção dos direitos humanos em face do Estado: estes afirmaram-se precisamente como reação ao poder das monarquias absolutistas. No limiar do constitucionalismo, do Estado provinham as ameaças mais graves à liberdade e à dignidade do homem. Assim, a emergência dos direitos humanos no contexto da superação do Absolutismo fez com que estes, em sua primeira expressão, fossem identificados com a ideia de limitação do poder estatal.⁵¹

A consolidação do ideário liberal veio, então, em 1804 com o *Code*, numa proposta de regular as relações privadas da época, deixando a cargo das constituições a regulação das relações entre o Estado e os entes privados. Dividia-se, claramente, o público e privado no âmbito do direito.

Mas, foi no seio de uma sociedade calcada pelo pensamento liberal-burguês que este próprio sistema gestou a necessidade de uma aplicação dos direitos humanos, tanto frente ao Estado quanto frente a outro ente privado.

Primeira expressão, podemos citar, deu-se com as regulações no âmbito do direito laboral.

Numa lógica um tanto quanto prejudicial aos homens, as indústrias, na incipiente Europa industrial, desenvolveram-se, sobretudo, baseadas na exploração dos proprietários dos meios de produção sobre seus empregados, que, sem uma proteção jurídica condizente com a sua condição de homem, viam-se “sugados” por aqueles que compravam sua força de trabalho por valores ínfimos e pífios, ao contrário do que pregavam os ideais humanistas que proporcionaram a nova ordem mundial a partir do século XIX.

Neste sentido, Daniel Sarmiento sinaliza que “a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver”⁵².

⁵¹ *Ibid.* p.124.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direito Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.15.

Assim, os direitos fundamentais de segunda dimensão, com um viés mais programático já sinalizavam uma demanda inarredável por direitos fundamentais no seio das relações entre privados.

É o que transparece no destaque a seguir:

Nesta linha, Robert Peel, já na primeira metade do século XIX, editava na Inglaterra as primeiras normas sociais, como objetivo de proteger o trabalhador e minimizar os nefastos impactos da Revolução Industrial sobre a classe operária. Em linha semelhante, Bismarck, na Alemanha, pretendendo, por um lado, impedir os avanços dos socialistas, e, por outro, desejando obter alguma paz social, esboça, nas décadas de 60 e 70 do século XIX, uma legislação de proteção ao trabalhador e de assistência social.⁵³

Neste sentido, é inegável que na seara trabalhista, uma vez desmembrada do direito civil, a incidência de direitos fundamentais aplica-se desde há muito tempo, num sentido oblíquo ao que se pretende para as relações civis, mas serve-se inexoravelmente ao balanceamento e mitigação da hipossuficiência dos trabalhadores.

Já no âmbito privado das relações civis, o sol dos direitos fundamentais teve (e ainda tem) seu brilho ofuscado pela nuvem do tradicionalismo exacerbado e conveniente de uma sociedade calcada e desenvolvida a partir de ideais patrimonialistas, concentradora de riqueza, onde a multiplicação de bens deve-se ao índice contraído pelo gene daqueles que nasceram em berços banhados pelo ouro do capitalismo.

Sem embargo, pode-se pontuar como início da discussão doutrinária acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas o solo alemão, mais especificamente nos idos de 1950, iniciando-se com imensa polêmica, podendo-se concluir que matéria dessa monta expressiva ao direito civil é um produto *made in Germany*, utilizando-se das palavras de Munch⁵⁴.

O debate espalha-se pelo mundo, tomando corpo na Europa e, guardadas as devidas proporções, nos EUA. No Brasil, podemos ter como momento de efetivo início e pretensão desenvolvimento da matéria, inclusive influenciando julgados nas

⁵³ *Ibid.* p.17.

⁵⁴ *Apud, Ibid* p.xxvi.

cortes superiores do país, os anos de 1990, através de estudos realizados por autores alinhados a doutrina da constitucionalização do direito civil.

Nada obstante, apesar do novo Código Civil ser produto pronto em 2002, é fruto de um pensamento arcaico, gestado desde os anos 70, logo, antes da promulgação da constituição de 1988, assim, ao contrário do que seria o ideal, conforme a doutrina mais abalizada⁵⁵, carrega uma reprodução de valores há muito substanciados no Código Civil de 1916.

A Constituição brasileira em sendo o ápice do ordenamento jurídico nacional tem que irradiar todos os seus valores a este ordenamento, logo, ao código civil. Dispositivos ínsitos no código civil contrários aos valores constitucionais devem ser relegados pelo ordenamento e quedarem-se revogados. Pode-se colocar que o direito nacional, vem a passos largos nos últimos anos tentando reverter nossa histórica situação reacionária, deturpada, dos anos adjacentes à promulgação da Carta Constitucional, ou seja, a efetivação evidente do Código de defesa do Consumidor, a proibição da prisão do depositário infiel, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, respondem por essa mudança de rumos do direito civil pátrio.

Não se pode às portas do ano de 2012, mais de 23 anos após a promulgação da Constituição, pensar em aplicação dos Direitos Fundamentais em todos os meandros do direito, em especial, às relações entre entes privados, como uma novidade, pois, novidade, assim como o Código Civil de 2002, há tempos já não o é. Verdadeiramente, a incidência dos Direitos Fundamentais às relações entre privados é uma necessidade, já atrasada, que se concretizada de acordo com o preconizado pelo ordenamento, visto através das lentes dos valores constitucionais brasileiros, tornará o direito privado, sobretudo o civil, mais humano, lugar onde o homem será a medida de todas as relações, deixando ao bem, ao patrimônio, o papel coadjuvante, assim, importante, mas, submisso aos valores humanos, há anos presentes neste plano tupiniquim.

Assim se espera. Talvez tarde, mas, melhor que nunca.

⁵⁵ Em especial, TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direitos Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. À luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SARMENTO, Daniel. Direito Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; etc.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 Matizes

A teoria que se desenvolveu, desde o início da segunda metade do século passado, sobre a aplicação e incidência dos direitos fundamentais às relações interprivadas, comporta considerável gama de variantes. Assim, cada ordenamento desenvolveu-se em sentido um tanto quanto diferente nesta seara particular do direito.

Porém, no intuito de delimitar o estudo e a pesquisa, abordar-se-á, sob a ótica do direito comparado, quatro matizes de aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações entre privados.

São elas: a) a teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre privados e a teoria do “state action” norte-americana; b) teoria da eficácia indireta ou mediata; c) teoria da eficácia direta ou imediata; e d) teorias alternativas e mistas.

Cabe salientar que, no intuito de fugir do pecado da omissão, a não menção de algumas variantes deve-se ao entendimento de que estas aqui delimitadas são as mais importantes e mais desenvolvidas em relação à aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas.

2.1.1 Teoria da Negação dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas e a Doutrina do “State Action”

Apesar de hoje ser ínfima a quantidade de juristas que defendem a negação da aplicação dos direitos fundamentais⁵⁶, a teorização acerca desta negativa, desenvolvida, sobretudo, como antítese ao surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha, por autores como Mangoldt e Forsthoff⁵⁷, merece destaque na presente pesquisa.

Talvez pelo papel importante que teve no debate originário do desenvolvimento da própria aplicação dos direitos fundamentais, porém, mais por

⁵⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué Medida Vinculan a los Particulares los Derechos Fundamentales?, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 310.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.188.

ser nos Estados Unidos da América, dada sua importância no cenário jurídico constitucional, onde a negação, mitigada pela ampliação da aplicação da teoria do *state action*, tenha amplo desenvolvimento, inclusive ainda hoje tendo decisões da Suprema Corte relegando a aplicação.

Sem embargo da importância americana neste cenário, foi na Alemanha pós-guerra que emergiram os teóricos contra a horizontalidade dos direitos fundamentais. Desta feita, salienta Daniel Sarmento o seguinte:

O contexto constitucional alemão, que prevê expressamente apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais no seu art. 1.3, bem como a vontade histórica do constituinte, pois não se discutiu, durante a elaboração da lei fundamental alemã, a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, já que as atenções estavam voltadas para a proteção contra o Estado, até pela proximidade da experiência nazista.⁵⁸

Assim, na esteira daquele contexto, seria aceitável, sob aquela ótica, a negação, assim como, o apego ao clássico liberalismo, fundado na autonomia individual, justificando o ideário então abordado.

Porém, a lei Fundamental de Bonn não tardaria em ser eficaz, o que ficou patente a partir da década de 50 do século passado, quando o Tribunal Constitucional Federal passa a proferir decisões no sentido da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas⁵⁹.

Não obstante a origem germânica, foi no direito norte-americano que a teoria da não-vinculação dos privados aos direitos fundamentais teve melhor guarida.

Sendo:

Um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar esta posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere aos Poderes Públicos na maioria de suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais.⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.188.

⁶⁰ *Ibid.* p.189.

Confirmando a assertiva Jane Reis Gonçalves Pereira preleciona que:

Nos Estados Unidos, a Jurisprudência se mantém presa à concepção liberal de que os direitos individuais são oponíveis apenas ao Estado, sendo infensa à ideia de aplicação das liberdades constitucionais no âmbito das relações privadas.⁶¹

Na história constitucional americana a edição de algumas emendas poderia servir de substrato à aplicação direta. Neste sentido, a 13ª Emenda que proibiu a escravidão, poderia ter sido considerada um avanço nesta seara, pois, ao privado, naquela sociedade contra sua vontade, não era dado o direito de livremente utilizar-se de mão-de-obra escrava.

Mas, da proibição da escravidão para o banimento da discriminação racial, tinha-se um caminho longo e tortuoso a seguir.

Neste sentido, a 14ª Emenda, prevendo que os Estados deveriam respeitar os princípios da igualdade e do devido processo legal, caso aplicada através de uma ótica humanista, poderia ter sido um grande avanço, porém, não teve a eficácia desejada, levando-se em conta os valores que o Ocidente já há muito adotara. Pois, em casos levados à apreciação da Suprema Corte, baseando-se na 14ª Emenda, onde negros que tiveram o acesso negado a locais privados, por exemplo, hotéis, teatros, trens e afins, confirmou-se o cerceamento às respectivas liberdades.

Assim, nada obstante a emenda em destaque trazer valores fundamentais, aplicáveis no âmbito da nação americana, o fundamento utilizado levou em consideração princípios muito mais caros ao ideário americano, balizados por valores liberais e fundados no pacto federativo.

Nessa esteira, Daniel Sarmiento ao comentar esses casos, então preambulares, enfatizando a posição tomada por aquela Suprema Corte, salientou os dois pilares que ao mesmo tempo em que firmam a doutrina do *state action* também servem de mote para a negação da aplicação direta dos direitos

⁶¹ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Op. Cit.* p.168.

fundamentais às relações interprivadas, por muito tempo, nos Estados Unidos da América:

a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e b) O congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual.⁶²

No primeiro ponto, então, evidencia-se a doutrina do *state action*, segundo a qual, estariam vinculados aos direitos fundamentais, tão somente, os atores públicos, aos privados caberia regerem-se pelos princípios liberais, liberdade contratual e livre iniciativa, por exemplo.

Mas, atenuações não tardariam em acontecer. A partir dos anos de 1940 a Suprema Corte começa a adotar o que se entende por *public function theory*, onde particulares que agissem no exercício de atividades tipicamente estatais, sujeitar-se-iam aos ditames constitucionais.

Muito embora o objetivo da análise em tela seja a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, desta forma, a ampliação do poder de ação da constituição americana, através da *public function theory*, seja saudável a este conteúdo, pode-se perceber que, levando-se em consideração o ideário capitalista, outro objetivo incentivou esse resultado, ou seja, a *public function theory* servia ao controle do estado aos atos dos atores privados que, no exercício de funções públicas, pautados no estrito entendimento do *state action* pretendiam esquivar-se do raio de ação constitucional.

Assim, no caso *Marsh v. Alabama*, de 1846, onde uma empresa privada administrava uma parcela de suas terras nos moldes de uma verdadeira cidade, inclusive com comércios, residências, ruas, etc., proibira o acesso das testemunhas de Jeová, ao arripio da Constituição. A Suprema Corte, pautada pela 1º Emenda, a qual assegura o direito de culto, declarou inválida a proibição.

Baseada também na *public function theory* a Suprema Corte declarou inválidos os estatutos dos partidos políticos americanos – pessoas jurídicas de direito privado – que proibiam a filiação de pessoas negras.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.190.

Outros julgados poderiam ser exemplificados aqui para demonstrar a aplicação, digamos oblíqua, dos direitos fundamentais aos privados. O fato é que mesmo com focos de aplicação, o que impera nos EUA é a não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Inclusive, mesmo na aplicação da *public function theory* não se vê um padrão de comportamento dos tribunais acerca dessa teoria, chegando até, segundo salienta Daniel Sarmiento, a Suprema Corte, desde os anos 1970, tender a uma aplicação mais restritiva desta⁶³.

À guisa de exemplo da oscilação da aplicação desta teoria, traz-se a lume o caso *Boy Scouts of America v. Dale*, de 2000. Trata-se de uma ação movida por um integrante da *Boy Scouts*, organização privada de escoteiros, que o expulsou baseando-se no fato de este ser homossexual. O fato aconteceu na cidade de New Jersey, onde há uma lei que proíbe qualquer discriminação contra homossexuais, nada obstante isso, a Suprema Corte entendeu que a lei ofendera a 1ª Emenda, liberdade de associação e expressão, ao forçar que um grupo pautado em valores tradicionais fosse obrigado a ter em seus quadros um cidadão homossexual.

Apesar de ser dominante na doutrina americana o entendimento de que os valores constitucionais direcionam-se diretamente ao poder estatal, ficando aos privados resguardados os valores liberais, levando-se em conta a *state action doctrine*, algumas vezes já sinalizam em sentido convergente a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.

Podemos citar aqui, sem nos aprofundarmos, em respeito ao objeto do capítulo, *Erwin Chemerinsky*, o qual chama a atenção para o desequilíbrio da relação privada quando se tem respeitados os princípios liberais em detrimento da violação de um valor fundamental e que, para ele, a autonomia dos estados, muito cara ao pacto federativo americano, tem limite na Constituição Americana. E, também, *John E. Nowak* e *Ronald D. Rotunda*, para quem a ponderação de interesses seria de salutar importância para a aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas⁶⁴.

⁶³ *Ibid.* p.192.

⁶⁴ *Ibid.* p.196.

Pode-se concluir que, devido ao exacerbado individualismo característico da cultura americana, os valores que elevam o liberalismo, logo, respeitadores da autonomia da vontade e liberdade de contratar, são prevalentes aos americanos. Assim, os valores que estão inscritos na Constituição daquele país, nada obstante fundamentais, porque humanos, dirigem-se, sobretudo, ao Estado, balizando a atuação deste em respeito ao cidadão, conforme o entendimento constitucional liberal.

Desta forma, independente de algumas oscilações entre a doutrina do *state action* e a *public function theory*, o quadro que se delineia nos EUA é o da não aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Espera-se, entretanto, que algumas vozes mais sensatas influenciem as cortes de lá e a constituição americana, dada sua eminente aplicabilidade, inspire ares mais condizentes aos Direitos Humanos, sobretudo, no que tange a relações privadas.

2.1.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata

A teoria da eficácia indireta encontra-se no meio termo entre a teoria acima abordada, que nega a incidência dos direitos fundamentais às relações interprivadas, e a teoria da eficácia direta ou imediata, que será estudada infra.

Para a teoria da eficácia indireta, nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, o direito público e o privado se comunicam numa forma de troca axiológica em vistas da aplicação dos direitos fundamentais. Assim:

(...) é por meio de cláusulas gerais – tais como bons costumes, moral, boa-fé etc. – que se operam os intercâmbios valorativos entre direito público e direito privado. Os direitos fundamentais são os parâmetros de interpretação que o juiz há de ter em conta aos interpretar os preceitos do direito civil que veiculam conceitos dessa natureza.⁶⁵

Em 1956, Günter Dürig, em obra intitulada *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, na Alemanha, desenvolveu originariamente a teoria da eficácia indireta⁶⁶. A qual ganhou corpo naquele país, sendo até os dias atuais o que se vê referente à aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

⁶⁵ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Op. Cit.* p.160.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.197.

O meio termo dessa teoria consiste no fato de, ao mesmo tempo em que não nega a aplicação dos direitos fundamentais, também não aceita a incidência direta. Desta forma, de acordo com esta teoria, a constituição seria como uma tábua de valores a pautar toda relação travada no âmbito jurídico, no sentido de, na falta de uma lei regente aplicar-se-ia a constituição.

Mas, a expressão mais emblemática da teoria da eficácia indireta fica por conta do balizamento que a constituição faria referente às atitudes do legislador. Ou seja, seria durante a atividade legislativa, na nomogênese jurídica, que os valores fundamentais erigidos a níveis constitucionais far-se-iam presentes. Neste sentido, ao judiciário caberia o controle dos atos legislativos, a partir do controle concentrado, em países com um sistema de controle de constitucionalidade semelhantes ao nosso, por exemplo.

Os adeptos dessa teoria elevam o princípio da autonomia da vontade para fundamentá-la, pois, caso a incidência da constituição fosse direta, correr-se-ia o risco de ver a autonomia desfigurada e o direito privado convertido em simples concretização do direito constitucional.

Nesse sentido salienta Daniel Sarmento:

Os argumentos esgrimidos pelos adeptos da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas são atenuações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência destes direitos sobre os particulares. A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm de se interpretadas ao seu lume.⁶⁷

Nessa mesma linha, o fato de o direito privado ser regido por princípios próprios já há muito sedimentados, unido a questão do conservadorismo característico daqueles que defendem a não incidência direta da constituição no âmbito privado, fundamenta a explicação do porquê a aplicação direta não seria a melhor proposta. Ou seja, ao direito privado cabem os princípios próprios do direito privado. A constituição seria mediatizada pela atuação legislativa. Desta forma, na aplicação do direito privado os direitos fundamentais aplicar-se-iam através da lei, anteriormente criada.

⁶⁷ *Ibid.* p. 199.

Vislumbra-se, na esteira desta teoria, uma mudança ínfima de perspectiva, uma vez que, a atividade legislativa, independente dos princípios do direito privado, deve-se pautar pelos valores constitucionais, logo, pelos direitos fundamentais. Assim, uma intermediação do legislador no sentido de se fazer aplicar os direitos fundamentais às relações interprivadas, nada mais seria do que um comportamento intrínseco a atuação legislativa, para um ordenamento jurídico sistemático e consoante.

Por outro lado, no que tange a atuação do judiciário, que seria a outra face da aplicação mediata, vê-se uma aplicação semelhante àquela sob a ótica do art. 4º da LICC, porém, com uma pequena, mas não menos importante, inversão. Ou seja, os direitos fundamentais seriam o primeiro critério de preenchimento de lacunas ou aplicação de critérios na falta de uma legislação completa. No mesmo sentido, caberia ao judiciário o afastamento da aplicação de leis incompatíveis com o sistema constitucional, algo semelhante ao controle concreto de constitucionalidade brasileiro.

Ao analisar a atuação do judiciário, conforme a teoria da aplicação mediata, Juan María Bilbao Ubillos, salienta que a colmatação feita pelo juiz não passa de um artifício para não reconhecer a aplicação direta, porém, chegando-se ao mesmo fim:

(...) quienes critican esta doctrina ponen el acento en la artificialidad de esa construcción, en su incapacidad para explicar algunas de las cosas que suceden en la realidad: no es más que una pirueta que intenta soslayar el explícito reconocimiento de la relevancia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Porque, a fin de cuentas, el juez acaba declarando el derecho de uno u otro litigante cualquiera que sea el entramado teórico en que se apoye.⁶⁸

Como já citado, foi na Alemanha que surgiu esta teoria, tendo influenciado por lá inúmeros casos de aplicação dos direitos fundamentais entre privados, por exemplo, o famoso caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional Alemã, em 1958.

Assim, depois de vários julgados no sentido da aplicação indireta dos direitos fundamentais, consolidou-se na jurisprudência alemã esta orientação que nas palavras de Daniel Sarmento “representa uma espécie de compromisso entre o

⁶⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. *Op. Cit.* p. 317.

pendor socializante da teoria da eficácia horizontal direta, e a visão liberal clássica dos direitos fundamentais, que os confinava ao campo do Direito Público”⁶⁹.

Por fim, a teoria da aplicação indireta representou um grande avanço na relação direito privado *versus* direitos fundamentais, sobretudo nos meados de 1950 quando surgiu na Alemanha, logo após um período complexo, onde os direitos fundamentais valiam-se, eminentemente, à tutelar os indivíduos frente ao estado, outrora nazista. Porém, no momento atual, num contexto permeado pela demanda cada vez mais presente aos direitos humanos, onde a proximidade com o mundo está ao alcance de um *click*, mas a aproximação entre os homens, no sentido do afeto, da camaradagem, da consideração mútua, cada vez mais acidentada, logo, a camada que protege o homem do próprio homem, devido à descrença num mundo melhor, mais fraca, tendendo a romper-se, é esperado que os direitos fundamentais incidam de maneira incondicional nas relações entre os homens.

Não se pode deixar à mercê do legislador nem à boa vontade, ou melhor, ao bom entendimento dos juízes, a horizontalidade dos direitos fundamentais, porque se assim o for, estar-se-ia andando de lado, quiçá, para trás, contra a corrente dos bons fluidos constitucionais, há muito já promulgados por aqui.

2.1.3 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata

Assim como a teoria da eficácia indireta, a teoria da eficácia direta é um produto *made in Germany*, concebida no início da década de 50, por Hans Carl Nipperdey. Consiste na teoria mais ousada no que tange à aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas.

Nipperdey, citado por Sarmiento, afirma que:

(...) alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculam apenas o Estado, outros pela sua natureza, podem ser **invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador**, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.⁷⁰ (*grifo nosso*)

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.202.

⁷⁰ *Ibid.* p.204.

Sendo a Constituição a Carta política de uma nação, promulgada com base em valores inerentes ao cidadão, inscritos no seio da sociedade respectiva, assim como, dentro de um contexto onde a Constituição não é apenas uma tábua de valores, mas sim norma ínsita a um sistema jurídico-legal, porém, superior e que deve, além de incidir, balizar todo ordenamento e comportamentos sujeitáveis ao seu poder, queda-se lógico que a Constituição seja, no Brasil, sobretudo, portadora de direitos subjetivos destinados aos seus cidadãos-constituintes.

Nessa linha, Jane Reis Gonçalves Pereira salienta que:

A tese da eficácia direta postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que assumam posições de poder. Nas situações que envolvam iguais, embora não se aplique a finalidade protetora dos direitos fundamentais, estes também incidem diretamente, sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados.⁷¹

Argumento fortalecido pelo jurista espanhol Tomás Quadra-Salcedo, que assim ratifica:

(..) la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.⁷²

Não se pode conceber que numa sociedade como a atual, em que alguns atores privados detêm um poder, logo, influência, semelhante, quiçá, superiores, a alguns Estados, furtem-se do respeito aos direitos fundamentais, pautando-se pelo manto da autonomia da vontade.

⁷¹ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Op. Cit.* p.159.

⁷² QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El Recurso de Amparo y Los Derechos Fundamentales en Las Relaciones entre Particulares.* Madrid: Civitas, 1981. p. 70.

Por outro lado, diante do jogo de forças igualitário entre dois privados, os direitos fundamentais incidem, mas o exercício ponderativo demanda uma capacidade maior de trabalho.

(...) os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam, seus opositores, pois, ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.⁷³

Sem a intenção de por um caráter evolucionista a questão, é fato que a mentalidade liberal, onde os direitos fundamentais são oponíveis somente contra o Estado, deve-se nesta seara ser evitada, pois, num contexto aliado ao estado de matriz social, onde, além de outras, as organizações privadas regem a sociedade, nada mais normal, quisera natural, que estas se rejam pelos mesmos direitos constitucionais por elas levantados, no momento do relacionamento com o Estado que lhes outorga o controlado poder.

(...) quando for manifesta a desigualdade de poder entre as partes, e uma delas estiver submetida a uma situação de sujeição em relação à outra, a primeira vai tornar-se detentora de direitos subjetivos fundamentais oponíveis à segunda. Isto, todavia, não exclui o fato de que a entidade privada detentora de poder social, seja também titular de direitos fundamentais, razão pela qual pode ser necessário, em certas circunstâncias, proceder a uma ponderação entre tais direitos e os invocados pela parte mais frágil da relação jurídica em questão.⁷⁴

Pois, caso assim não o fosse, correr-se-ia o risco de criar um poder paralelo ao Estado, talvez até mais forte que este, porque imunes à proteção que os direitos fundamentais outorgam aos seus cidadãos.

No contexto do Estado Social, onde os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, torna-se fundamental vinculá-los diretamente aos direitos fundamentais e à Constituição. Ademais, a concepção da Constituição como norma jurídica, que consagra os mais relevantes valores da sociedade, exige a sua incidência sobre as relações privadas, estando superada a visão que restringia a incidência da Lei Maior às relações entre cidadão e Estado.⁷⁵

⁷³ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.205.

⁷⁴ *Ibid.* p.212.

⁷⁵ *Ibid.* p.207.

Em sentido convergente, no direito comparado, temos alguns juristas que defendem a teoria da eficácia imediata, pautados nestes parâmetros, ou seja, que a Constituição gera aos cidadãos direitos subjetivos, oponíveis ao Estado, aqui já não uma novidade, mas também oponíveis aos privados.

Destes juristas, destacam-se, à guisa de exemplo, Naranjo de La Cruz, o qual se posiciona assim:

(...) los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento de entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaliza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos e los poderes públicos como a los particulares.⁷⁶

No mesmo sentido, J.J. Gomes Canotilho que, apesar de moderar seu posicionamento em algumas obras recentes, alinha-se à teoria da eficácia imediata:

(...) destacou que o judiciário, no julgamento de um litígio privado deve, em primeiro lugar, aplicar as normas do Direito privado em conformidade com os direitos fundamentais, pela via da interpretação conforme à Constituição. Se isso não for possível, ele deve recusar-se a aplicar ao caso a norma em questão, no exercício do controle incidental de constitucionalidade. E, em caso de ausência de norma ordinária apropriada. Ele deve concretizar os direitos fundamentais, valendo-se não apenas das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do próprio Direito Privado, mas também das próprias normas constitucionais consagradoras de tais direitos, cuja aplicação direta pelo judiciário ele defende.⁷⁷

Também, e não menos importante, dada a influência no Direito brasileiro, sobretudo, nos adeptos alinhados à constitucionalização do direito civil, o mestre italiano, Pietro Perlingieri, que assim acentuou:

(...) a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-se aos novos valores.⁷⁸

⁷⁶ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos y fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p.199.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.210.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.p.12.

Diante deste contexto, o que se vê é que na Alemanha, onde a teoria foi inicialmente concebida, não se vislumbra uma tendência pela sua opção, mas sim, pela teoria da eficácia mediata, já em países como os da península ibérica, Itália e ainda Argentina, a opção pela eficácia direta ganhou considerável relevo. Conforme nos ensina Daniel Sarmento:

(...) a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, embora não tenha prevalecido na Alemanha, onde foi inicialmente concebida, tornou-se dominante em vários outros estados, como Espanha, Portugal Itália e Argentina.⁷⁹

Parece-nos que a escolha pela da teoria da eficácia imediata é a mais acertada, pois, torna-se extremamente difícil entender que ordenamentos jurídicos pautados pelos valores constitucionais, como os são os da maioria do Ocidente, marginalizem os direitos fundamentais em detrimento de uma concepção liberal, gestada em momento diverso onde a prevalência da autonomia da vontade era justificada.

Bilbao Ubillos coloca que essa incidência direta é, inclusive, inevitável diante do atual contexto, pois, “admitir la eficacia *inter privatos* de la mayor parte de los derechos fundamentales, con todas la matizaciones, modulaciones y cautelas que resulten necesarias, es una solución prácticamente inevitable”⁸⁰.

Assim como, Sarmento ao enfatizar a aplicação da mesma teoria, no sentido do respeito a algumas indispensáveis modulações, destaca:

(...) existem fatores universais que exigem a extensão da proteção outorgada pelos direitos humanos à esfera das relações entre particulares, diante da desigualdade gritante, da opressão e da injustiça que permeiam estas relações. Mas, por outro lado, há fortes razões para rejeitar uma simples equiparação do ator privado aos poderes públicos, em termos de vinculação aos direitos humanos, já que esta pode conduzir as restrições à autonomia individual até patamares inaceitáveis para os Estados Constitucionais, que se preocupam realmente com a liberdade de seus cidadãos.⁸¹

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.216.

⁸⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. *Op. Cit.* p. 318.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.233.

E mais:

(...) confinar as liberdades constitucionais às relações públicas equivale a permitir que se instale a 'lei da selva' no espaço privado. Por consequência, mais intensa será a preocupação coma igualdade real entre as partes, ou com a liberdade que estas efetivamente desfrutam, no contexto de uma sociedade marcada por relações assimétricas de poder, e, por isso, maior será a tolerância em relação aos limites impostos à autonomia da vontade.⁸²

A teoria da eficácia direta, de acordo com o magistério do espanhol Bilbao Ubillos, torna-se perfeitamente compatível com a da eficácia indireta, pois, é óbvio que, num Estado constitucional, o poder legislativo pautar-se pelos direitos fundamentais, assim, toda legislação, oriunda deste poder, deve contemplar os valores desejados. Sem embargo, diante do caso concreto, onde a gama de comportamentos muitas vezes foge aos limites legais, na falta de uma norma intermediadora, seja a constituição, com seu rol de direitos fundamentais, a lei aplicável ao caso posto a sua prova.

Admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente. Frente a esta posibilidad, está la de quienes excluyen, de entrada, cualquier posibilidad inmediata.⁸³

Ainda, diante da viabilidade da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações interprivadas no direito pátrio, é pela semelhança contextual jurídica, tendo em vista Código Civil e Constituição, entre Brasil e Itália, comentada por Paulo Nalin, traz-se ao foco a posição do professor da Universidade de Camerino, para quem:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.⁸⁴

⁸² *Ibidem*.

⁸³ BILBAO UBILLOS, Juan María. *Op. Cit.* p. 319.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.* p.11.

Por fim, a fim de concluir o presente subcapítulo, destaca-se que, conforme salientou Nalin:

Em verdade, não pode o civilista brasileiro hodierno, por todo o instrumental oferecido pela Carta de 1988 e com a superação do estigma de mera “Carta Política”, imaginar que o destinatário da norma constitucional é, somente, o legislador ordinário, prisioneiro de sua atividade (...).⁸⁵

Desta forma, vê-se, sob a guarida da mais abalizada doutrina, que a aplicação direta dos direitos fundamentais é a teoria mais condizente com a realização do projeto constitucional, inscrito em nossa Lei Maior.

2.1.4 Teorias Alternativas

Além das teorias acima analisadas, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas apresenta outros matizes, não menos importantes à presente análise, porém, menos explorados no presente trabalho. Uma vez que o foco da pesquisa é a constitucionalização do direito civil, tendo como um dos pressupostos a aplicação direta, estas outras nuances serão apenas brevemente mencionadas.

Dentre as teorias que chamaremos aqui de alternativas, tem-se a Teoria dos Deveres de Proteção, que nas palavras de Daniel Sarmento não passam de “uma variação da teoria da eficácia indireta acima analisada”⁸⁶.

Desta teoria tem-se como um de seus representantes Claus-Wilhelm Canaris que sustenta o seguinte:

(...) o estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares.⁸⁷

⁸⁵ NALIN, Paulo. *Op. Cit.* p. 46.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.216.

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003.

A teoria dos deveres de proteção consiste na ideia de o Estado no trato com o particular pautar-se pelos direitos fundamentais, na esteira do pensamento liberal, porém, sobretudo, em sendo o Estado o garantidor desses direitos, ao mesmo tempo em que respeita o espaço individual de cada cidadão, tutelando dessa forma a autonomia da vontade, contra esses próprios particulares, mas, agora a favor de outros particulares, faça prevalecer, sob sua égide, os direitos fundamentais.

Assim, seria o Estado o eminente protetor e garantidor dos direitos fundamentais, dentre outros meandros, no âmbito do direito privado. Essa garantia e proteção - daí a crítica - assemelham-se ao que aqui já foi abordado, quando se referiu à teoria da eficácia indireta, ou seja, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais e a irradiação destes a todo ordenamento jurídico, o que se expressaria na efetiva aplicação judicial.

Sem embargo de esta teoria ter tido forte aplicação na Alemanha, há críticas feitas a ela, no sentido de que torna a proteção dos direitos fundamentais interprivados refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade, assim como, um controle de inconstitucionalidade por omissão, o que seria o mais ponderável neste caso, queda-se falho, tornando-se falha a aplicação desta teoria no solo brasileiro, por exemplo.

Podemos citar ainda a Teoria da Convergência Estatista, citada por Sarmiento, atribuída a Jürgen Schwabe, segundo a qual é sempre o Estado o responsável pelas lesões aos direitos fundamentais⁸⁸.

Outra possibilidade foi a aventada por Robert Alexy, o qual preconizou a união de três teorias, eficácia direta, teoria da eficácia indireta e a teoria dos deveres de proteção, que, para ele, conduziriam aos mesmos resultados, nada obstante suas premissas metodológicas divergentes⁸⁹. Refutando o argumento dos teóricos alinhados à teoria da negação em relação à autonomia privada, pois, para Alexy, a ponderação seria a solução para a aplicação dos direitos fundamentais interprivados, diante do leque de oportunidades que se abre quando da aplicação dos direitos constitucionais.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p.221.

⁸⁹ *Ibid.* p.222.

Por fim, outro ponto citado por Sarmento, dentro dos vários matizes teóricos envolvendo a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, refere-se à eficácia destes direitos no seio das relações privadas ao nível da jurisdição supranacional dos direitos humanos. Assim, posiciona-se:

(...) apesar das dificuldades praticas de natureza processual, já se esboça na jurisdição internacional dos direitos humanos uma forte tendência ao reconhecimento de que os direitos previstos nos tratados e convenções internacionais projetam relevantes efeitos no âmbito das relações entre particulares.⁹⁰

Desta feita, entende-se que, como já mencionado, pelo fato destas teorias, aqui chamadas alternativas, englobarem, ou melhor, mixarem as teorias acima melhor detalhadas, a brevidade do presente subcapítulo, para apenas evitar omitir os autores que a estas se alinham e diante do escol que estes representam, assim se justifica.

⁹⁰ *Ibid.* p.232.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UM COROLÁRIO DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A concepção de um direito privado baseado na autonomia da vontade, livre iniciativa e igualdade formal, fruto do ideário liberal, parece-nos incompatível com um sistema jurídico que vislumbra a constituição como o centro irradiador do ordenamento. Não uma constituição entendida apenas como tutela estatal, mas sim, uma constituição emancipatória que, sobre todas as suas finalidades, tem no acolhimento aos direitos fundamentais sua eminente razão existencial.

Neste sentido, Pietro Perlingieri destaca que:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.⁹¹

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, quando logo no seu Artigo 1º, III, prevê a Dignidade da Pessoa Humana, não apenas como princípio, mas a eleva ao *status* de fundamento da República, carrega esses valores humanos existenciais. Ainda, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, quando contempla no §1º do Artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, respeitadas algumas peculiaridades técnicas, fornece subsídios suficientes à teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, logo, também à constitucionalização do Direito civil.

Nessa mesma linha, em consonância com o Artigo 3º da Constituição, Bodin de Moraes:

Os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito.⁹²

⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.* p.16.

⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* p. 11.

Desta forma, em contra ponto a este direito civil de matriz liberal, vê-se um direito civil onde a incidência dos direitos fundamentais faz-se de forma imediata e direta – sem embargo de uma legislação consoante a estes direitos fundamentais, que, se convergente à constituição, tem na sua aplicação (teoria da eficácia indireta) a própria concretização da Lei Maior.

Assim, na melhor esteira da teoria civil-constitucional, preceitua-se que a aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas, no Brasil, é, dentre outros parâmetros, o cerne do que se entende hoje como sendo o Direito Civil Constitucionalizado.⁹³

Desta feita, preambularmente, uma abordagem que pretenda tratar da incidência constitucional nas relações privadas, não pode se furtar de mencionar a dicotomia outrora existente entre direito público e direito privado. Dicotomia esta que por muito tempo substanciou o argumento dos teóricos que, pautados em parâmetros liberais, sustentavam que a constituição era o estatuto do direito público e o código civil o centro mentor de todo direito privado. Polarização que obstava a aceitação de um direito civil-constitucional.

Assim, abordando o tema da *summa divisio*, Tepedino afirma que:

O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular.⁹⁴

Mas, diante do novo direito constitucional, da proliferação de microssistemas, do intervencionismo estatal na economia, para citarmos alguns pontos apenas, preme a necessidade de abandono desta dicotomia.

Nessa esteira, preceitua Bodin de Moraes:

Diante de tantas alterações, Direito privado e direito público viram modificados os seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual, e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão.⁹⁵

⁹³ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p.100.

⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit. p.11.

Essa distinção ofusca a possibilidade de comunicação entre o público e o privado. Comunicação que, sem embargo de um núcleo peculiar tanto do público quanto do privado, resta inevitável, pois, diante do rol de direitos fundamentais de índole privada previstos na Constituição, somados a necessidade de incidência de alguns direitos fundamentais às relações privadas, devido à falta de uma legislação civil que contemple todos os comportamentos possíveis num determinado contexto, a referida e desnecessária dicotomia seria ineficaz, fruto apenas da desilusão e conservadorismo daqueles que tem seu foco embaçado, perante os novos ares do direito civil contemporâneo.

O direito constitucional brasileiro elegeu como meta a dignificação do homem, para tanto, todas as normas do sistema jurídico devem ser compreendidas através das lentes constitucionais. Assim, toda norma que trazer em seu bojo ou na sua aplicação for detectada a fuga aos valores constitucionais escolhidos, convém declarar sua inconstitucionalidade.

Nesta linha, destacando a supremacia constitucional, Perlingieri acentua “a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto”⁹⁶.

E, corroborando, Bodin de Moraes:

O nosso sistema jurídico é fundado sobre o texto da Constituição e a Constituição vigente no Brasil é, como sabemos, de caráter rígido. Daí cada dispositivo de legislação ordinária dever ser conforme aos princípios e às regras constitucionais, podendo, se os contrariar, ser declarado ilegítimo (inconstitucional) e perder, assim, a sua eficácia.⁹⁷

Na sequência tem-se que a migração de alguns institutos geralmente ínsitos ao direito privado, logo, regidos pelos códigos, tais como o contrato, por exemplo, que a partir de certo momento no século passado, com o fenômeno do dirigismo contratual, passa a ser regido também por leis esparsas, unidos à preocupação com a função social da propriedade, do contrato, da família, das relações consumeristas,

⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.* p.5.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* p. 16.

começam a compor o rol de diretrizes constitucionais, o que inevitavelmente causariam uma abertura no muro que dividia o público do privado.

Nesta esteira, Fachin e Pianovski Ruzyk salientam, também, que “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interpivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado”⁹⁸.

Assim, essa porosidade que caracteriza a ideia de sistema, onde a constituição, por ser a norma superior, contempladora e protetora dos direitos fundamentais, fica inevitável a difusão destes direitos por todo o ordenamento jurídico, sobretudo, em respeito ao foco da pesquisa, o direito civil.

O direito civil de conteúdo constitucional e constitucionalizado não mais pode ser visto com um fim em si mesmo, porém, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, é instrumento para o alcance das demandas ínsitas à concretização desta dignidade.

O contexto jurídico nacional não mais autoriza um direito civil alheio aos valores constitucionais, pois, tanto o conteúdo codificado, não obstante mais recente que a própria Constituição, quanto às leis esparsas que tratam de conteúdo civilístico, não comportam o sem número de variações que o comportamento humano pode conceber, diante da dinâmica do mundo atual. Sobretudo, quando se depara com o fluxo tecnológico, responsável pelo turbilhão de informações oriundas de um mundo que há alguns anos faria inveja, tranquilamente, a qualquer quadro matizado com as cores do mais autêntico surrealismo.

Consonante às mudanças sociais, o direito precisa estar aberto e sensível a qualquer modificação da realidade⁹⁹, pois, vive-se no mundo do consumo em massa, da quantidade e não qualidade da informação, da moda irracional, das inúmeras crises econômicas, das multinacionais, dos bancos, do lobby, ou seja, um contexto que gera insegurança. Insegurança que, sem embargo da proposta civilística clássica, não é vencida por um ordenamento jurídico que preveja a segurança.

O escopo de um ordenamento protetor e emancipatório, diante dessa tribulação atual, não pode ser a segurança jurídica das relações – esta há de ser o

⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.* p.100.

⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.* p.1.

meio – mas sim, o homem, o cidadão digno, numa assertiva, a dignidade da pessoa humana. Desta feita, só um direito aberto, poroso, predisposto a modificar-se de acordo com a sociedade, pode pretender-se eficaz no contexto onde se realiza.

Todavia, pode-se dizer que neste ambiente de insegurança gestou-se um sentimento, atribuível à própria condição humana, que visa, talvez, o combate àquela consequência infame fruto desta sociedade. Está-se aqui a abrir caminho à menção da solidariedade, que Maria Celina Bodin de Moraes chamou de sentimento, destacando sua novidade, uma vez que inexistente noutras épocas.

(...) considera-se que a incerteza tenha acarretado um grande benefício, benefício que, em perspectiva histórica, parece ter nascido no século XX – o século em que, pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou um nível tal, que já nos parece bastante possível a completa autodestruição da espécie humana e do planeta. Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas é novo; não existia no passado.¹⁰⁰

A concepção da solidariedade neste século, sem embargo da geração dos imbróglis acima citados, deve-se a uma nova concepção de cultura absorvida pelo Ocidente, que gerou, baseada neste sentimento, mesmo que com falhas e incompletudes, o maior respeito às minorias, dentre estas, as mulheres, os discriminados raciais, a criança, o adolescente, os homossexuais, enfim, categorias de seres humanos que outrora à margem do ordenamento jurídico, hoje, têm, nada obstante algumas precariedades, maior proteção jurídica.

Dentro da seara privada não poderia ser diferente. Esta festejada solidariedade encontra seu espaço. Seja no contrato, na família ou na propriedade, a solidariedade é hoje um princípio, de Direito Civil inclusive, e como tal, diante de normas jurídicas alienadas aos valores mais nobres da Constituição, deve-se fazer prevalente, incidindo de forma direta, no sentido de corrigir a possível incongruência, objetivando a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização do direito privado, em linhas mais genéricas, comporta duas vertentes principais, de acordo com o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes. Uma que diz respeito ao conteúdo civilístico contemplado pela Constituição

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* p.38.

e outra referente à incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais nas relações interprivadas¹⁰¹.

Referente ao segundo ponto, consoante ao trabalho em tela, nota-se que um direito privado inscrito nos limites de um Estado que comporta uma Constituição protetora de direitos fundamentais, nada obstante convivente com princípios privatísticos, saudáveis a circulação de riquezas e desenvolvimento econômico, não pode se ver refém de um pensamento reacionário e liberal que refuta a incidência dos direitos fundamentais. Pois, a não aplicação de direitos fundamentais às relações privadas afasta a proposta de despatrimonialização do Direito Civil, útil a repersonalização deste.

Já Paulo Nalin, em obra atinente ao conceito contratual reescrito sob a ótica constitucional¹⁰², auxiliado pela doutrina de Gustavo Tepedino¹⁰³, aponta sete características ínsitas à constitucionalização do direito privado.

Em primeiro lugar, destaca a premente mudança na estrutura da norma jurídica, que passaria do tipo hermético caracterizado pelo binômio preceito-sanção, para o de cláusulas gerais abrangentes e abertas.

Num segundo momento, salienta a proposta referente à redução do contexto técnico da linguagem empregada nos textos legais. Ou seja:

(...) visando o legislador, com isto, promover um atendimento às especificidades dos setores destinatário da regra elaborada, como a informática, a economia, as finanças e outros. O comprometimento legislativo com a linguagem vulgar, a qual se distancia do apuro técnico e específico do Código Civil, implica maior eficácia das regras constitucionais.¹⁰⁴

Em terceiro lugar, destaca a descaracterização da regra jurídica baseada no enredo sancionatório repressor (negativo), enfatizando a necessidade de sanção positiva. Em quarto plano, menciona a necessidade em alinhar os efeitos

¹⁰¹ *Ibid.* p. 29.

¹⁰² NALIN, Paulo. *Op. Cit.* p.33.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.* p.9.

¹⁰⁴ NALIN, Paulo. *Op. Cit.* p.34.

patrimoniais dos atos jurídicos aos valores superiores da Constituição, sobretudo a dignidade pessoa humana.

Depois, em quinto lugar, traz a lume a revisitação às fontes do Direito Civil, colocando em posição de destaque, no rol destas, a prevalência da Constituição em detrimento do Código Civil. Na sexta fila, Paulo Nalin, dentro destas premissas metodológicas, cita a problemática do novo contratualismo. “Um contratualismo contemporâneo, que revela a fórmula pela qual a sociedade exterioriza os seus interesses sociopolíticos por intermédio da negociação legislativa”¹⁰⁵.

Por último, alinhado ao objeto da presente pesquisa, destaca a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais às relações interprivadas. Destacando que:

(...) resta patente a opinião sobre a plena, irrestrita e incondicionada aplicabilidade da norma constitucional às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes, regramento infraconstitucional aberto às novas tendências sociais.¹⁰⁶

Por conseguinte, Gustavo Tepedino, elenca alguns elementos, que chama de preconceitos, a serem abandonados pelo civilista brasileiro para reunificar o direito civil sob a ótica da Constituição¹⁰⁷.

Primeiramente, enfatiza a questão dos princípios constitucionais não serem imaginados como princípios políticos apenas. Pois, diferente do abordado conservadoramente, os princípios constitucionais não são destinados apenas ao legislador ordinário, mas, devem sim, pautar todo ordenamento e na ausência de lei específica a balizar o caso concreto, têm de incidir diretamente, concretizando os valores elegidos pelo constituinte, sob a égide da democracia embriagante dos tempos da promulgação da Constituição.

Num segundo momento, afasta a possibilidade de serem colocados em mesmo nível os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais. Caso

¹⁰⁵ *Ibid.* p.43.

¹⁰⁶ *Ibid.* p.49.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.* p.17.

assim o fosse, o sistema de hierarquia das fontes, que tem no ápice o texto constitucional, seria invertido, pois, um princípio superior seria, a depender do caso, suplantado por um princípio, digamos, ordinário.

Na sequência, destaca a desnecessidade do operador do direito manter-se apegado à regulamentação casuística. Ou seja, as cláusulas gerais, tanto elencadas pela Constituição quanto pelos institutos corolários desta (CDC e ECA, v.g.), são o bastante para a aplicação dos valores constitucionais. A proliferação legislativa, por mais que se tente, não alcançaria o sem número de comportamentos humanos contemplados pela sociedade nos dias atuais.

Por fim, como *supra* mencionado, o fim da barreira que divide direito público e direito privado. Pois, diante da inevitável comunicação, a relutância no sentido da divisão seria como contrariar o pôr-do-sol, por mais que se o refute, o sol da constitucionalização do direito, sobretudo do direito civil, não tardará em brilhar.

É um fato que mesmo após a recodificação do direito civil, com a promulgação da Lei 10.406/2002, muitas deficiências apontadas no código de 1916 ainda permanecem, talvez pelo fato do código vigente ser fruto de um debate iniciado nos anos 1970, talvez pela reprodução da mesma técnica legislativa utilizada pelo legislador do início do século passado.

As alterações de ímpar relevância da “nova” Constituição minaram todo o pensamento jurídico pátrio, influenciando doutrinadores e juízes, fato que não poderia ter passado longe da legislação civil. Aquela mentalidade oitocentista da concepção de código, diante dessas inexoráveis mudanças, não poderia prevalecer, já que a insistência na imunidade das relações privadas perante os valores constitucionais não mais cabem hodiernamente.

Os anseios sociais, fruto das inúmeras e inconsistentes relações desta nova sociedade, tornam o código e seu sistema rígido, pouco elástico, fraco, logo, incapaz de ceder às necessidades dos seus destinatários. Assim, a flexibilização que a incidência dos princípios proporciona às relações, inevitavelmente traz ao centro do sistema jurídico os valores constitucionais, representados pelos direitos fundamentais, que devem incidir diretamente, sobretudo, entre privados.

A ductilidade de um sistema pautado pelos valores constitucionais é a pedra de toque da sensibilidade deste mesmo sistema em relação às modificações sociais, que clamam dia a dia por proteção jurídica.

O direito civil não pode, em respeito a princípios outrora caros a sua aplicação, fazer tábula rasa dos direitos fundamentais e deixar um inimaginável número de cidadãos legítimos sem a sua imprescindível proteção.

Faz-se mister a oxigenação do Direito Civil através da aplicação direta dos Direitos Fundamentais às relações privadas, pois, de acordo com o magistério de Gustavo Tepedino:

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repontencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.¹⁰⁸

Concluindo, em respeito à coerência entre o que até aqui se demonstrou com o título do capítulo em tela, afirma-se que *Corolário* significa, de acordo com o dicionário Michaelis de língua portuguesa, uma afirmação deduzida de uma verdade já demonstrada. Neste ínterim, diante do exposto, a constitucionalização do Direito Civil é, sobretudo, a partir da incidência direta dos Direitos Fundamentais às relações interprivadas, uma realidade a ser diuturnamente exercitada.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.* p.21.

CONCLUSÃO

Viu-se, diante do que foi exposto, que um Direito Civil de viés liberal clássico não basta à miríade das relações jurídicas hodierna.

O comportamento humano, ao tentar se moldar ao turbilhão social atual, fruto de um contemporaneidade bastante peculiar, esta referente ao outrora entendido como “capitalismo selvagem”, comporta um sem fim de matizes que naturalmente, dada a capacidade de adaptação do homem, pretendem a harmonia social.

O ordenamento civil, por ser o pretense balizador da conduta dos entes privados, não pode fazer tábula rasa dessas mudanças sociais, logo, necessita adequar-se.

Adequação que deve se pautar em valores e princípios, caso as regras civilísticas não alcancem o demandado pela sociedade atual. As regras ínsitas ao código civil, por serem rígidas e construídas num tempo onde os valores subjacentes as esta parecem-nos arcaicos, quedam-se insuficientes.

Desta feita, o Direito Civil, assim como todo o ordenamento jurídico pátrio, deve ter como parâmetro valores mais harmônicos àqueles previstos na Constituição Federal, sobretudo, a Dignidade da Pessoa Humana.

Dignidade que por ser fundamento da República não cede espaço a nenhum outro valor, sequer aos princípios constitucionais, pois, não sendo colocado no mesmo nível destes, não é posta no jogo ponderativo, tão caro e essencial à aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais.

O Direito Civil andando na esteira incondicional da Dignidade da Pessoa Humana dá azo e alimenta as esperanças de um ordenamento jurídico mais justo, visto através das lentes constitucionais. Diminuindo, assim, os percalços característicos desta sociedade consumerista atual.

Os Direitos Fundamentais apreciados em harmonia com os fundamentos da República, sobretudo a Dignidade da Pessoa Humana, abrem a possibilidade de uma aplicação direta e imediata em todas as relações jurídicas, logo, também às relações interprivadas.

Parte da doutrina apresenta, como *supra* mencionado, que a incidência das normas constitucionais às relações privadas, a proliferação de microssistemas que orbitam em volta de um código lacunoso diante da sociedade atual, assim como os institutos de Direito Civil inscritos na Constituição Federal, unidos à aplicação direta dos Direitos Fundamentais, formam a plataforma principal do que se entende como a constitucionalização do Direito Civil.

Esta festejada constitucionalização do Direito Civil é um corolário desta aplicação direta, porque, sem embargo dos outros componentes desta plataforma, a aplicação imediata dos Direitos Fundamentais traz em seu bojo os valores constitucionais, necessários a um Direito Civil mais condizente com a Constituição,

muitas vezes ao arripio do código civil, que por estar ultrapassado, em alguns aspectos, não mais pode prevalecer à norma maior.

O tecido social rompido pela aplicação secular de códigos baseados em valores eminentemente liberais necessita ser costurado. A Dignidade da Pessoa Humana, sendo o escopo do ordenamento, propõe-se a carregar pelos meandros do direito os Direitos Fundamentais tão salutares à sociedade.

Desta forma, assim como uma agulha que rompe o tecido danificado e puxando a linha respectiva o costura e o adequa, a Dignidade da Pessoa Humana o é, puxando, porém, os Direitos Fundamentais a costurar o tecido social hodierno rompido por valores de ontem.

O presente trabalho, neste íterim, intentou demonstrar que uma aplicação direta dos Direitos Fundamentais às relações interprivadas é necessariamente útil à constitucionalização do Direito Civil. Viu-se que é na aplicação destes que a Dignidade da Pessoa Humana far-se-á presente, enaltecendo, desta forma, o homem, em detrimento do que há séculos é a baliza diretora de todo direito civil, ou seja, o patrimônio.

Na aplicação imediata dos Direitos Fundamentais os valores, outrora tão caros ao Direito Civil, cedem espaço ao valor maior inscrito na Constituição, a saber, o Homem, que por ser um dos focos da República, dado se caráter emancipatório, extraído do bojo constitucional, merece tomar seu lugar de destaque no palco das relações sociais, dentre estas, também, as relações interprivadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué Medida Vinculan a los Particulares los Derechos Fundamentales?, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição Federal da República. Brasília, DF, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília. DF, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder, 1936- A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª ed. Rev. Ampl – São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org).

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson, Teoria Crítica do Direito Civil – À luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o novo Código Civil, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos Dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na Cultura da Tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GAARDER, Jostein. O Mundo de Sofia: Romance da História da Filosofia. trad.: João Azenha Jr. São Paulo: Cia das Letras, 2003

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações entre particulares, *in*: BARROSO, Luís Roberto (org). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.). Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARMATIUK MATOS, Ana Carla (org.). A Construção de Novos Direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da Pessoa Humana: Estudos de direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-Moderno. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos y fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. Derechos Humanos e Estado de Derecho y Constitucion. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

MONTEIRO, António Pinto. NEUNER, Jörg. SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs). Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. El Recurso de Amparo y Los Derechos Fundamentales en Las Relaciones entre Particulares. Madrid: Civitas, 1981.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa Humana e “novos” Direitos na Constituição de 1988: Algumas Aproximações, *in*: HARMATIUK MATOS, Ana Carla (org.). A Construção de Novos Direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

_____. (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Direito Fundamentais e Relações Privadas. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in*: Problemas de Direito Civil Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

_____. Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.