

**OS EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NAS
RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL BRASILEIRAS***

**THE EFFECTS OF THE CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL RIGHTS IN
THE BRAZILIAN CIVIL RIGHTS RELATIONS**

**Allan Rocha de Souza
Raul Murad Ribeiro de Castro
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

RESUMO

O problema da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares assume hoje destaque nos debates doutrinários nos diversos países, inclusive no Brasil. Além disso, a judicialização destas questões vem ganhando relevante espaço nos Tribunais nacionais. É então com o objetivo de analisar questões ainda não superadas e indicar possibilidades de conjugação dos preceitos fundamentais com as relações civis que esta pesquisa foi desenvolvida. Conduzida a partir do entendimento do desenvolvimento moderno do próprio direito civil e suas relações com a Constituição e os direitos fundamentais, busca-se igualmente explicitar os argumentos e contra-argumentos que sustentam as diversas posições doutrinárias. Como forma de ilustrar as questões, serão apresentadas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam da aplicação dos direitos fundamentais nas relações civis em nosso ordenamento. A guisa de conclusão, sugere-se ser possível e desejável a superação da discussão que opõe as visões sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas em mediata ou imediata, e indica-se como principal questão que deve ser enfrentada é sobre os critérios para aplicação ponderada destes direitos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS; RELAÇÕES PRIVADAS;
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The problem of the effects of the fundamental rights on private relations takes relevance today on doctrinal debates across countries, including Brazil. Furthermore, the judicialization of this issue is gaining significance in national courts. It is then aiming to examine matters not yet resolved and to suggest possibilities of conjugating constitutional fundamental rights with civil relations that this research was performed. Departing from the understanding of modern civil law developments and its relation to

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

the Constitution and fundamental rights, it is equally sought to make explicit the arguments and counter-arguments that support the different positions. In order to illustrate the issues at hand, there will be presented recent decisions of the Brazilian Supreme Court dealing with the application of the fundamental rights in civil relations in Brazil. In conclusion, it is suggested that it is possible and desirable the overcoming of the discussion that oppose the visions on how to apply the fundamental rights to private relation issues in indirect or direct, and is also suggested that the main problem to be faced is on the criteria used for a weighed application of these rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; PRIVATE RELATIONS; CIVIL-CONSTITUTION LAW.

Introdução

A fisionomia que o direito civil tem incorporado na contemporaneidade em pouco lembra os pilares dogmáticos estruturais que o definiam no período oitocentista. Sem dúvida, minúsculos têm sido os escombros que ainda recobrem os institutos civilistas consagrados no apogeu da era da codificação no século XVIII – imortalizado pelo *Code Napoleon* de 1804, e assimilados no Brasil pelo Código Civil de 1916. E, muito embora as transformações nesse ramo jurídico já tenham se realizado de forma profunda e extensa, é certo que sua reconstrução dogmática e hermenêutica, sobretudo esta, ainda encontram-se em pleno andamento, em razão, particularmente, do reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, em especial de seu núcleo essencial - os direitos fundamentais.

A mudança do papel desempenhado pelos códigos da era liberal no sistema de fontes e o deslocamento das normas constitucionais para o vértice do ordenamento jurídico, especialmente os esforços dos constitucionalistas em superar a programaticidade dessas normas, que careciam de eficácia jurídica imediata^[1], têm nutrido novas configurações da dogmática civilista exigidas pela realidade social, indispensáveis para a superação da visão “estática, atemporal e desideologizada do direito civil”^[2]. Assim, a projeção dos valores constitucionais sobre o direito civil remodela seus institutos, revigorando-os à luz da Constituição, que se transforma no diploma unificador do ordenamento jurídico.^[3]

O direito civil encontra-se hoje no epicentro de uma miríade de transformações. No plano interno, o código civil perde, definitivamente, seu significado constitucional para o direito privado, fragmentando-se em razão do processo de descodificação, consistente na pluralidade de estatutos autônomos. Soma-se a isto, o acolhimento, em sede constitucional, de matérias tipicamente reguladas pelo direito civil e a necessidade de releitura das normas presentes no Código e nas leis especiais à luz dos valores nucleares da Constituição, que converte-se em centro unificador da ordem civil.

Sem embargos, os valores e princípios irradiados pela Constituição atingem a todos os ramos do direito, que devem permear toda a legislação

infraconstitucional. No entanto, o demasiado apego às tradicionais nuances do direito civil tem sido responsável pela resistência da civilística em promover a adequada compatibilização com o Texto Constitucional. Apesar disso, o fenômeno da constitucionalização do direito civil parece irrefreável, embora ainda existam alguns focos de rejeição.

Quanto à incidência das normas constitucionais, particularmente os direitos fundamentais, nas relações de direito civil não parece existirem argumentos sólidos confrontantes. O que se discute hoje, conforme anota Gustavo Tepedino, é “a intensidade e os limites de tal incidência, [...] permanecendo nebuloso, por isso mesmo, o exato sentido técnico emprestado à chamada constitucionalização do direito civil”.^[4]

A forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares assume hoje destaque nos debates doutrinários nos diversos países, inclusive no Brasil. Além disso, a judicialização destas questões vem ganhando relevante espaço nos Tribunais nacionais.

É então com o objetivo de analisar as questões ainda não superadas e indicar algumas possibilidades de conjugação dos preceitos fundamentais com as relações civis que esta pesquisa é desenvolvida. Conduzida a partir do entendimento do desenvolvimento moderno do próprio direito civil e suas relações com a Constituição e os direitos fundamentais, busca-se igualmente explicitar os argumentos e contra-argumentos que sustentam as diversas posições doutrinárias. Como forma de ilustrar as questões, serão apresentadas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam da aplicação dos direitos fundamentais nas relações civis em nosso ordenamento.

1. A temporalidade do direito civil e sua constitucionalização

Entre fins do século XVII e início do século XVIII, o direito privado clássico, inspirado nos ideais de liberdade e igualdade, absorveu, fiel à tradição Iluminista, a noção de indivíduo “como único motor do Direito Privado”^[5], regulando, sobretudo, seus atos do ponto de vista formal e de cunho patrimonial. Vislumbra-se, sobre outro viés, que a codificação liberal “já era, à sua maneira, antropocêntrica, por fundar-se no indivíduo”^[6], o que compunha, sem embargo, o valor nuclear do direito civil tradicional, fruto da concepção individualista e voluntarista que influenciaram a elaboração dos códigos civis oitocentistas.

Assim, esse indivíduo tido “como partícipe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre o postulado da igualdade”^[7], não era identificado pelos códigos liberais como um “ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil”^[8]. Na verdade, quanto aos indivíduos, como bem observa Teresa Negreiros, o que realmente importava para as codificações do século XIX e início do século XX era “sua irredutibilidade essencial, por isso que o ‘ser’ é a sua única e suficiente qualidade”.^[9]

Contudo, não tardou a emergir os desequilíbrios das relações jurídicas fundadas em uma aparente e abstrata igualdade, em razão desses indivíduos “codificados” não corresponderem à realidade fática das relações subjetivas^[10]. Com efeito, avultava a insuficiência da premissa de que “reduzidos ao ‘ser’, somos todos iguais”^[11], superando, desse modo, o paradigma individualista, e deixando insurgir a pessoa humana como um valor em si mesmo, um ser situado no plano concreto e real, “que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”.^[12]

Assim, esse desnível entre o indivíduo contido nas regras e na realidade social, conforme observa Heloisa Helena Barboza, “instou o legislador e os tribunais a criarem os meios de proteger a ‘parte mais fraca’ que, não obstante declaradamente livre, por conseguinte autônoma, com plena capacidade jurídica, e titular de ‘iguais’ direitos, se encontrava subordinada de modo irresistível a outra, por razões socioeconômicas”^[13].

Ao lado da importância dada aos indivíduos nos códigos liberais, este momento marca a quase impermeável distinção entre as leis civis, destinadas a tutelar os direitos naturais e inatos dos indivíduos, e as leis públicas, que emanadas pelo Estado, objetivavam reger os interesses gerais. Na verdade, segundo Michele Giorgianni, reconhecia-se ao Estado “o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos”^[14].

Crucial neste contexto é perceber que algo inédito ocorreu no direito privado porque, ao se ocupar pela primeira vez em disciplinar de forma sistemática as relações entre particulares, o legislador o torna um direito estatal^[15], muito embora o tenha consagrado como o reino da não-intervenção do Estado, de modo a preservar a esfera de liberdade privada dos indivíduos.

Embora antagônicos os movimentos que incidem sobre o direito privado - estatalidade, quando de sua regulamentação, e não-intervencionismo, no tocante ao desenvolvimento das relações econômicas, estes apenas refletem o projeto político de índole burguesa^[16]. Nesse sentido, demonstra Konrad Hesse que “[...] llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria”^[17].

No primeiro ciclo da era das codificações, o ideário da exclusividade dos Códigos Civis era a mola propulsora da técnica legislativa perseguida à época. Idealizavam que um único *corpus* legislativo, dominado “pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa”^[18], seria capaz de traduzir em regras casuísticas e albergar todos os possíveis atos e comportamentos ligados à vida civil, “expressão maior da onipotência do codificador”^[19]. O molde inicial dos códigos assentava-se em um modelo “fechado, auto-suficiente”^[20], “totalizador e totalitário”^[21], na única sede normativa hábil a solucionar às mais variadas questões na esfera privada.

Estes códigos revelavam os valores de sua concepção jurídico-liberal, notadamente a segurança jurídica. À época, a crença dominante era a de que todas as soluções aos problemas jurídicos encontravam-se regrados exaustivamente e residiam em um só corpo legislativo - o *code*. Exaltava-se o fetichismo da lei e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil^[22], cultuado pela Escola de Exegese, que no século XIX

reviveu o modelo de completude idealizado na antiga tradição romana medieval, cerceando a atuação criativa do juiz em nome do apego ao texto e a interpretação gramatical e conduzindo “[...] às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações”^[23].

Diante do cenário definido pelo caráter monopolizador dos códigos, que condensavam a disciplina das relações privadas, é que se delineia o papel constitucional incorporado pelo Código Civil para o direito privado^[24], igualmente assumido pelas Constituições contemporâneas perante o direito público. Acreditava-se e propalava-se a idéia de que os códigos, e no Brasil não foi diferente com o Código Bevilacqua, eram as Constituições do direito privado^[25]. Indiscutível, portanto, o significado absoluto e predominante que o Código Civil detinha no âmbito das relações *inter privatos*.

Não é de se espantar, portanto, o pensamento dominante que reduzia o direito ao código^[26], em assaz correspondência a aproximação quase que absoluta entre norma e direito coroada com o positivismo, que nas primeiras décadas do século XX, tornou-se a filosofia dos juristas^[27]. Aliás, é possível afirmar que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo jurídico como pressuposto filosófico incorporado pela consciência jurídica em pouco alterou a identificação entre direito e lei, visto que ultrapassada a revolução burguesa, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado dogmáticamente”^[28], inclusive, tendo “se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos”^[29].

O movimento de codificação mantinha estreitos vínculos com o modelo de Estado Liberal, o qual, segundo Jüger Habermas, revela “[...] uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado”^[30]. Os códigos resguardavam, portanto, os interesses da burguesia, regulando as relações que estes mantinham no mercado. Assim, tamanha era a primazia do *bourgeois* sobre os *citoyen*, que conforme assinala Konrad Hesse, o direito privado:

Como tema de las esferas y los límites de la libertad assumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar. En todo caso, esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado.^[31]

Resta claro que a divisão entre o direito civil e o direito público ascendeu a uma posição central no ordenamento jurídico, capaz de separá-lo em dois mundos distintos, comunicáveis e isolados entre si, e, incontestavelmente, “destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos”^[32]. Finca-se, desse modo, revelando, na verdade, sua face mais intensa, o postulado fundamental que vai nortear por longo tempo a relação entre direito civil e direito constitucional, tratados como dicotômicos, em razão da *summa divisio* inabalavelmente erigida.

Assim, em razão da cisão entre direito privado e direito público, o papel destinado a cada um restava claramente definido. Apesar da dicotomia, os ideais de liberdade e igualdade preconizados no século XVII, cristalizaram-se nas codificações e nas constituições liberais do século XIX e início do século XX^[33], sugerindo uma relação “estrecha e necessária” entre as esferas público e privada. Contudo, afirma Konrad Hesse que, a despeito das mencionadas concordâncias de conteúdo, eram desde o princípio ausentes de vínculos.^[34]

O quadro de estabilidade estampado nos códigos sofreu fortes abalos com a intensificação do processo de industrialização no século XIX, aliado à crescente agitação dos movimentos sociais, culminando com a eclosão da primeira grande guerra mundial, que, pode ser considerada como um marco divisor na história do direito civil. Todos esses acontecimentos, agregados a outros, contribuíram para a presença cada vez mais acentuada do Estado na economia, o que, sem dúvidas, provocou profundas mudanças nos sustentáculos liberais que alicerçavam o direito civil.^[35]

Com efeito, a progressiva transformação do Estado Liberal em Estado Social descortinou profundas mudanças na legislação civil, sobretudo a partir da primeira guerra mundial. O intervencionismo estatal na vida econômica dos indivíduos alterou de vez a posição dos códigos no sistema de fontes do direito privado, que passa a conviver com demais leis ordinárias que regulam assuntos antes tidos exclusivamente sob sua incidência.

Neste diapasão, a *era da segurança*^[36] propiciado pelas codificações civis e Constituições liberais não perdurou por muito tempo, e desde então tem sido apontadas diversas “crises”, quando não, até mesmo, o declínio do direito civil. Esquece-se, no entanto, em razão da pretensa completude apregoada nos séculos XVII e XVIII, que é próprio do direito civil e de “suas genuínas funções”, motivo pelo qual dificulta sua unidade conceitual, as constantes transformações que ocorrem em seu meio, na tentativa de refletir, ou ao menos deveria ser essa a sua função, as reais necessidades da sociedade.

Embora hoje possa parecer natural essa relação entre direito e sociedade, nem sempre foi assim. Expõe Paulo Luiz Netto Lôbo que o direito civil, sempre se mostrou “[...] infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu”^[37], talvez fruto de uma imobilidade imemorial consistente na costumeira função de centro do sistema privado, “agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagradas na Constituição”^[38].

No entanto, exatamente por se apresentar como “sede por excelência da disciplina que podemos denominar ‘fenômenos da vida’”^[39], é razoável que o direito civil seja atingido, e, conseqüentemente, transformado com mais freqüência pela e em função da realidade social. Sob esse viés, mudanças no campo econômico-social e progressos tecnológicos implicam em constantes reconstruções de sua estrutura interna, ensejando reformulações dogmáticas em razão do mutante substrato social.

Paralelamente as transformações dogmáticas operadas na ordem civil em função da presença cada vez mais atuante do Estado na economia e na vida dos indivíduos, é, sem embargos, ao fim da segunda guerra mundial que o fracasso do

positivismo jurídico vai alterar os rumos do direito constitucional, que, por consequência, tem promovido uma profunda “releitura” de todo o sistema normativo.

Assim, o reconhecimento, não mais puramente formal, da supremacia e da força normativa à Constituição, situando-lhe no vértice de todo ordenamento jurídico, tem alimentado drásticas reformas no diploma civil, afrontando diretamente o seu sistema de fontes e a referência hermenêutica no qual se apoiava.

Na esteira dessas transformações, a Constituição passou a albergar matérias que eram tratados exclusivamente pelo diploma civilista, embora não seja a abertura material dos textos constitucionais o ponto nuclear da constitucionalização do direito civil. Para Ignacio de Otto, “o que define as normas constitucionais não é seu objeto, mas a posição que ocupam no sistema jurídico”. Com efeito, o fenômeno é muito mais amplo, e decorre da “[...] releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana”^[40], e resulta, invariavelmente, “da aceitação generalizada da idéia de supremacia formal da Constituição”.^[41]

O deslocamento do núcleo central do ordenamento para o diploma constitucional, especialmente os direitos fundamentais, e a simultânea adaptação do civil quanto a este, possibilitou a efetivação do ideário de normatividade dos preceitos presentes na Constituição. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que “logo, ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo [...] do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas”^[42]. Desse modo, transposta a visão dicotômica entre direito civil e direito constitucional, e tendo, este último, os direitos fundamentais como seu núcleo essencial, convém examinar a forma pelo qual as interações entre essas esferas têm-se alinhavado, e, sobretudo, os problemas da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2. Direitos fundamentais e relações privadas

Ao lado das regras atinentes à organização do Estado, os direitos fundamentais passam a integrar o elemento nuclear material da Constituição, como sua base e fundamento^[43]. Eles assumem o papel de guia do ordenamento jurídico nas esferas de atuação e regulamentação, bússola valorativa que, incondicionalmente, norteia a validade substancial das ações de toda a sociedade, em busca do ideal de justiça e completude do Estado Democrático de Direito.

A partir da segunda metade do século XX, toma vulto a concepção germânica de “irradiação” da eficácia dos direitos fundamentais, alavancada por intensos debates acerca dos “fundamentos do Direito, que desembocou na retomada das premissas do direito natural e na substantivação do discurso jurídico”^[44]. A opção do legislador constituinte pela feitura de uma ordem constitucional que não fosse valorativamente neutra expressa a força dos princípios fundamentais, com sua expansão para todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Privado, condicionando-os a seus ditames de equidade e solidariedade.

Não obstante, é possível observar uma modificação interna ocorrida dentro do próprio direito civil, não se podendo atribuir apenas à nova ordem constitucional a viabilização do processo evolutivo dos direitos fundamentais. Qualquer análise contrária mostra-se superficial, dado que não atentaria para a dinâmica interação entre ambos os diplomas.^[45]

Como consequência lógica do Estado liberal, tornaram-se mais freqüentes as formas de organização privada, assumindo papéis cada vez mais significativos em todos os setores da sociedade^[46]. Posteriormente, com o advento do Estado Social de Direito, não só o Estado propriamente dito havia ampliado suas funções e intervenções, mas também os grupos sociais, cuja participação nos deslindes dos interesses comuns aumentou drasticamente.^[47]

Desse modo, não mais possuía justificativa a concepção liberal dos direitos fundamentais que os restringia às relações verticais entre indivíduo e Estado sob os argumentos de que somente entre eles era possível vislumbrar uma situação de poder e subordinação, demandando, assim, a proteção dos cidadãos.^[48]

A adaptação do direito civil foi justamente por meio da verificação de que o meio social modificara-se. Não mais prevalecia a, tão defendida pelo ideário liberal, igualdade formal. Os ditos poderes sociais e econômicos, representados pelas organizações civis, ameaçam efetivamente a esfera da liberdade individual.

Assim, diante da inexistência de uma situação jurídica e fática entre os sujeitos relacionais, pressupostos esses que são basilares para o exercício da autonomia privada e de sua expressão pela liberdade contratual, caracterizando uma desigualdade material, vê-se que autorizada está a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na seara privada, sem que se possa cogitar qualquer interferência nociva entre as esferas do direito.

A oponibilidade dos princípios fundamentais frente ao Estado afigura-se apenas como uma das vertentes desses direitos, a qual tomou vulto ao longo dos tempos, influenciada de forma determinante pelo enorme período histórico de submissão do indivíduo aos senhores da sociedade.

Sua completude definidora caracteriza-se pela possibilidade generalizada de serem utilizados como salvaguarda em qualquer relação de poder.^[49] A *ratio essendi* da assunção de que os direitos fundamentais se aplicariam às relações privadas repousa na primitiva função desses valores constitucionais.

Descortina-se o mito, desenvolvido pelo paradigma jurídico-liberal, da igualdade formal para, finalmente, ser constatado que as relações interprivadas representam uma força motriz de desigualdades. O elemento fático sobrepõe ao meramente jurídico-formal e, com isso, observa-se que se esvazia o fundamento da distinção entre os poderes privados e públicos para efeitos de aplicação dos direitos fundamentais.

Porém, faz-se extremamente necessário frisar que, embora os pólos poderosos - geralmente representados pelas entidades e coletividades privadas - das relações não possam ser considerados como integrantes do mesmo patamar daquele dotado de vulnerabilidade, as considerações elencadas não podem ser apreciadas sob o prisma de

fórmulas abstratas, pois as interações comportam uma enormidade de peculiaridades, tornando cada uma delas singular, não cabendo ao hermeneuta unificá-las em um grupo homogêneo.

Devido ao fato de esta formulação teórica ser basicamente principiológica, sua aplicação deverá ser acompanhada da observância da natureza do direito argüido, assim como de sua razão de ser e da intensidade do poder exercido. Mesmo que haja disparidade entre os sujeitos relacionais, os detentores dos poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, com a autonomia privada protegida pelo diploma constitucional, o que caracteriza uma diminuição da abrangência destes princípios quando a eles opostos.^[50]

Konrad Hesse, a despeito de exortar aos legisladores que promulguem leis regulamentando a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado, dá o mesmo grau de importância à capacidade de autodeterminação do indivíduo, dito por ele como princípio fundamental do Direito Privado, “el ámbito em el que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, en el cual no es lícito convertirla em simple médio para fines sociales”.^[51]

Sob esse viés, pode-se dizer que a autonomia da vontade, embora não tenha igual intensidade em todas as suas mais variadas formas de expressão, irá sempre possuir papel influente na ponderação com os direitos fundamentais, visto que núcleo característico e representativo do ordenamento privado, sendo impossível dispensar aos poderes sociais tratamento similar que aos públicos. No entanto, como já enunciado, sofrerá certa diminuição de valoração em se tratando de relações jurídicas díspares e naquelas cuja natureza envolva questões existenciais, por exemplo.

Dessa forma, parece restar claro que os direitos fundamentais são aplicáveis não só como salvaguarda frente aos atos do Poder Público, mas também em inúmeras situações da vida privada. Sua fundamentação encontra-se essencialmente no fato de que, assim como aquelas, estas podem ser integradas por sujeitos em patamares diferentes, caracterizando as desigualdades de um em relação ao outro. Esta utilização deve pautar-se em análises do caso concreto, visto que a sua preceituação em abstrato perverteria toda a finalidade dos princípios constitucionais.

Assim, alheias à penetração desses direitos estariam as relações constituídas por indivíduos iguais, pelo fato de não haveria mais o fundamento justificador da ampliação desses direitos.

Porém, não é isso que é percebido. Daniel Sarmiento^[52], ao contrário, defende que o elemento justificador da influência dos princípios constitucionais nas relações civis seria o papel desenvolvido pela Constituição como diploma unificador do sistema, aliado há necessidade de proteção permanente à dignidade da pessoa humana.

A prevalência, em regra, do princípio da liberdade cederia quando da ocorrência de qualquer afronta àquele valor supremo e justificador do Estado Democrático de Direito ou diante de interferências indevidas na esfera da intimidade pessoal^[53]. A pretensa dependência do legislador ou pelo preenchimento de cláusulas gerais pelo judiciário poderia afetar sobremaneira a possibilidade a garantia desse princípio.

A aceitação do pressuposto de que os direitos fundamentais visam proteger os bens jurídicos mais importantes leva a consequência lógica de que não haveria como negar a sua eficácia na esfera privada, independente de qual fosse a fonte emissora afrontante.

Logo, a possibilidade de existência de disparidade nelas caracterizaria apenas um dado utilizado para a aferição de sua gradação. Logo, a aplicação dos direitos fundamentais independeria do fato de a interação entre os indivíduos ser paritária ou não. Complementa Ingo Sarlet Wolfgang, com especial peculiaridade, que a aplicação deve envolver todas as relações entre particulares sendo, porém, observadas as diferenciadas interações possíveis. O conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia da vontade reclama uma análise “tópico-sistemática”, cuja ponderação possibilita, mesmo nos relacionamento *inter privatos* entre iguais, a manutenção do conteúdo de ambos.^[54]

Argumenta-se ainda que, embora não fossem atingidas diretamente pelos direitos fundamentais, as relações paritárias seriam sim influenciadas pela sua eficácia objetiva. A característica permeadora de todo o ordenamento - vertente exegética -, aliada aos princípios da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do Judiciário frente à lesão ou ameaça a direito^[55] permitiriam essa efetivação,^[56] caracterizando o que se denomina de teoria dos deveres de proteção.

Tanto o Estado quanto os particulares, encontram-se vinculados aos princípios fundamentais por um dever geral de respeito. Contudo, apenas o primeiro é tido como destinatário direto, havendo somente uma incidência oblíqua nos particulares.^[57] Isso se deve ao fato de que é imposto ao ente estatal a obrigação de atuar positivamente na proteção dos cidadãos nas relações entre si, fazendo com que eles respeitem tais direitos.

Ante o exposto, nada obstante, qualquer que seja a justificativa para a irradiação da eficácia desses direitos, vê-se que os seus efeitos acabam por ser os mesmos, afinal, “as dogmáticas das restrições desenvolvidas a nível do direito constitucional [supremacia unificadora da constituição] e a nível do direito cível [relações faticamente desequilibradas] não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes”^[58].

Assim, embora patente a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontrando-se ultrapassadas as concepções que não admitem qualquer forma de vinculação dos particulares, a discussão permanece quanto à eficácia e forma de incidência.

3 - Formas de incidência dos direitos fundamentais no direito civil

A intensa resistência da civilística brasileira às mudanças históricos-sociais promoveu em certa época a produção da máxima de que os princípios constitucionais fundamentais seriam apenas equivalentes a normas políticas, cujo sujeito passivo era o legislador e, excepcionalmente, o aplicador do Direito na ocorrência de lacuna de Lei, socorrendo-se deles como princípios gerais do direito, em obediência ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.^[59]

A aproximação e o entrelaçamento entre os diplomas civil e constitucional, com a devida transposição do papel unificador do sistema para este último, compatibilizada com o caráter promotor de equidade e justiça dos direitos fundamentais e com o atentamento para a realidade faticamente desigual entre os indivíduos pactuantes foram alguns dos fundamentos responsáveis pela gradual superação daquele modelo hermenêutico de apreciação das prescrições constitucionais. Assim, a qualificação como fórmula subsidiária de integração, aplicável somente após a analogia e os costumes mostra-se de todo incompatível com a atual caracterização delas como núcleo material essencial da *lex superior*.

Eugênio Facchini Neto^[60] explicita a questão da seguinte forma:

Não mais é discutível a afirmação de que constitui um dever para o poder público a proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas. Discute-se, apenas, a questão sobre se tal proteção depende da intermediação do legislador, em homenagem ao valor de certeza e previsibilidade, ou se os juízes podem aplicar diretamente a norma fundamental. Há quem entenda que o ‘juiz somente é o garante da liberdade quando decide conforme à Constituição e segundo a lei’. Isto porque ‘a indeterminação e abstração inerentes à norma constitucional conduziria à supressão, se assim não fora, da liberdade do sujeito, cujo *status* ficaria completamente à mercê da discricção dos juízes.

A temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas descortina-se em duas vertentes ao ser analisada sob a ótica de sua aplicabilidade: a que defende a eficácia mediata ou indireta e a que apregoa a efetivação direta e imediata nos casos concretos.^[61]

A aplicação indireta possibilitaria um grau de segurança jurídica mais intenso, visto que sua operatividade seria via um órgão do Estado, legitimado constitucionalmente para tanto. Uma forma de expressão do caráter objetivo desses direitos, sem propriamente “intervir” na seara privada.

A concepção defensora da aplicação mediata, em sua efetivação dos princípios como valores exegéticos capazes de penetrar no ordenamento e direcionar as atividades dos poderes divididos na Carta Magna, dirige-se essencialmente aos órgãos legiferantes e jurisdicionais. O contrário, a limitação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que destinados a atividade estatal acarretaria a transformação de direitos em deveres, como conseqüência do esvaziamento da autonomia privada.^[62]

Ao legislador é imposto o dever positivo de regulamentar as prescrições constitucionais, ou seja, não mais se restringe ao caráter negativo desses direitos, relativo à abstenção de produção de normas inconstitucionais. Ainda, passa ele a ter a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em prescrições concretas, aplicáveis de forma plena aos integrantes de uma relação privada.^[63]

Não obstante, a atuação legiferante iria para além da simples edição de normas, perfazendo um efetivo meio de pré-ponderação entre os interesses sempre conflitantes da autonomia privada e dos direitos fundamentais, sem, contudo, nunca relegar ao segundo plano aquele primeiro valor, posto que núcleo essencial da esfera para o qual se legisla.

Já ao magistrado cabe atentar para os ditames dos preceitos fundamentais, não produzindo efeitos diretamente, mas por meio dos próprios princípios do direito privado. Tal atuação pauta-se numa espécie de aferição do conteúdo das normas em relação ao que determina a ordem constitucional, podendo, nesse processo, não aplicar uma norma por ser alheia a esses direitos e, por isso, inconstitucional. Tamanha é a necessidade de respeito a esse mandamento que no direito comparado, em países como a Alemanha e a Áustria, o juiz pode ser responsabilizado por lesão a direitos fundamentais, caso compusesse uma lide a respeito de relações privadas sem atentar para os referidos direitos.^[64]

Outra forma de eficácia mediata dos preceitos fundamentais via poder judiciário é por meio da interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais,^[65] os quais são mecanismos de singular utilidade, cujas composições, marcadas por certa imprecisão intencional, possibilitam, através da comunicação intra-sistemática o preenchimento de seu conteúdo com os fundamentos constitucionais, “facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código Civil, a Constituição e as Leis especiais”^[66].

Ainda, acrescenta-se que a despeito do fato de que, em relação às cláusulas gerais, é dada maior relevância à função de entrelaçamento de diplomas do ordenamento, tais vocábulos genéricos demonstram também ser dotados de um caráter unificador, visto que exercem o papel de ponto de convergência para o qual se destinam os mais variados dispositivos que tenham pertinência com eles. Esta faceta representada pela conjugação dos diferentes preceitos legais, ao dotar esses mecanismos de certa generalidade, transmuta-os em prescrições positivamente informadoras de condutas, efetivando, assim, mediatamente os direitos fundamentais que compuseram seu substrato.^[67]

O legislador e, limitadamente, o magistrado são meios pelo qual se promove a execução da eficácia indireta dos direitos fundamentais sem que haja determinação concreta a respeito da preponderância da atuação de cada um deles. Contudo, vê-se que há certas peculiaridades os diferenciam quanto à possibilidade de aferição da ponderação realizada e extensão da eficácia mediata dos direitos fundamentais.

Dessa forma, verifica-se que o primeiro é capaz de promover maior segurança jurídica, visto que cabe a ele “transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes em uma relación jurídico-privada”^[68], podendo ser aferida qualquer afronta aos direitos fundamentais de forma clara e precisa.

Em contrapartida, o magistrado, mediante a apreciação do caso concreto, é capaz de, tendo os direitos fundamentais como linha diretiva, promover a sua aplicação. A observância deles, de forma orientadora^[69], é fator determinante para a viabilização de um nexos entre o diploma privado e os valores constitucionais, sem que ocorra a perda do foco principal, a lide posta em análise. Ressalta-se que esta teorização não viola o princípio da segurança, uma vez que o juiz somente irá aplicar os valores

constitucionais por meio indireto - cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que evita qualquer espécie de atuação puramente livre dos julgadores, ainda, deve ele ter sempre como contraponto a autonomia privada.^[70]

No entanto, apesar dos fatores positivos, vê-se que ambas formas de promoção de eficácia dos princípios fundamentais possuem certas inadequações. Embora a certeza, em tese, de que o legislador deve ser obediente aos ditames constitucionais enseja segurança, há sempre a possibilidade de omissão deste. Do mesmo modo, a construção em torno da eficácia desses princípios, pela *longa manus* do magistrado, é considerada por alguns^[71] artificial e desprovida de razão de existir.

A despeito de ser recomendável, não é possível atribuir a atividade legiferante o caráter de condição *sine qua non* para a efetividade dos direitos fundamentais. Esses princípios são próprios e inerentes aos integrantes da sociedade, não podendo a atividade de mediação pelo legislador obstaculizar as suas aplicações. A pretensa dependência dos direitos fundamentais em relação a este agente retira deles o traço de indisponibilidade e esvazia seus conteúdos. Assim como não existe essa limitação para os valores oponíveis frente ao Estado, ilógico seria exigir para as relações entre particulares, cuja mutabilidade é extremamente mais elevada do que na anterior.^[72]

Não menos criticada é a eficácia indireta através do julgador, que recebe atenção dos doutrinadores das diversas escolas de pensamento. O primeiro grupo pauta-se na premissa de que isto acarretaria no “direito dos juízes”, dado que o denominado preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais com os princípios fundamentais representaria nada menos do que uma forma de camuflar a delegação de poderes discricionários ao juízo. Afora o fato de que esse posicionamento não considera o dever dos magistrados de fundamentar suas decisões, não há como acreditar que o legislador possa ser completo em sua atividade. O ordenamento jurídico não mais se baseia exclusivamente na regra da subsunção. A certeza do positivismo deu lugar à flexibilização, visto que, como advertiu Caio Mário da Silva Pereira, “passou a hora de legislar conseqüências”^[73]

Por outro lado, a observação mais detalhada desta mediação faz parecer que ela não possui distinção alguma da interpretação conforme a Constituição, visto que à prática judicial caberia apenas preencher as cláusulas gerais e conceitos indeterminados com os direitos fundamentais, dando às lacunas na Lei feição compatível com a Carta Maior.

Já a teoria que preconiza a eficácia imediata possui, de uma forma geral, como elemento justificador o caráter objetivo dos direitos fundamentais aliados à força normativa da Constituição. A aplicação cogente dessas normas a todo o ordenamento jurídico impossibilita a aceitação de que o direito privado estabeleça-se em uma espécie de ilha jurídica, alheio aos valores informadores da ordem constitucional.^[74]

Ainda, no direito brasileiro, o entendimento de que os preceitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações interprivadas, sem a necessidade de recurso à edição de outras normas regulamentadoras nem à utilização de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, ganha maior fôlego pelo fato de que a Constituição pátria não estabeleceu nenhuma limitação da incidência dos princípios fundamentais que afastasse os particulares. Ao contrário, depreende-se da leitura do artigo 5º da CRFB/88 a interpretação de que tais direitos destinam-se a uma universalidade.^[75] Neste caso os

aludidos direitos seriam aplicáveis pelo magistrado nas interações entre os sujeitos da sociedade sempre que necessário.

Tal idealização não padece das críticas de risco de inviabilidade pela dependência de um agente estatal e nem da de artificialidade, desferidas contra a eficácia mediata. Sendo, porém, lançadas objeções contra esta concepção basicamente quanto ao comprometimento da autonomia privada, cujo efeito seria por em risco a identidade do Direito Privado, bem como a possibilidade de um pretenso caráter antidemocrático, pela atribuição de excessivos poderes ao juiz^[76], acarretando em insegurança jurídica.

No entanto, a proposta de eficácia imediata em momento algum apregoa a desconsideração da autonomia privada quando da efetivação dos direitos fundamentais^[77], ao contrário, reconhece-se de forma expressa a necessidade de ponderação entre ambos.

A insistência na inaplicabilidade dos princípios fundamentais nas relações privadas com simples motivação na liberdade de pactuação seria sim o prestígio da noção meramente formal de autonomia da vontade. O que não se justifica dado ao fato de que numa situação faticamente desigual, em que o indivíduo não possua um mínimo de condições de liberdade, não há que se falar em capacidade de autodeterminação. Por fim, carece de sentido o argumento de que o direito civil perderia seu objeto, uma vez que em momento algum afirma-se que a aplicação desses direitos seria isenta de “matizaciones, modulaciones y cautelas”^[78] ao ser confrontado com a autonomia privada.

Da mesma forma, igualmente refutado pela doutrina é o argumento sobre a inflação do judiciário e a ocorrência de insegurança em sua constante atuação.

A constatação das imperfeições e inadequações das construções anteriormente apresentadas demonstra que não há melhor técnica para a plena efetivação dos direitos fundamentais constitucionais do que a preconizada pela forma imediata, despida de vínculos com atores públicos e instrumentos supérfluos. “A norma constitucional pode [...] ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica civil”^[79] não se justificando o tratamento diferente por não ser uma interação entre indivíduo e Estado^[80]. A unificação do ordenamento, com o reconhecimento da relevância dos valores da Carta Magna^[81], desconstituiu todos os óbices para a inserção dos preceitos de alguns dos direitos fundamentais, configurando um sistema de proteção do cidadão.

A aceitação dessa doutrina requer nada menos do que a superação de certos estereótipos. Diferentemente do exteriorizado pelos seus combatentes, não se solicita que os civilistas abandonem o direito privado à total ruína e destruição. Os efeitos almejados pela eficácia imediata são os mesmos que os das anteriores sem, contudo, utilizar-se de “piruetas”^[82], culminando “por vezes, todas as teorias, partindo de pressuposto distinto ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado”^[83].

Por fim, consignam-se os ensinamentos de Pietro Perlingieri^[84] que, mesmo em poucas palavras, expõe de forma extremamente clara que “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser fonte da disciplina de uma relação jurídica civil” e continua ao concluir que “seja na aplicação dita indireta [...] seja na dita direta [...] a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada”, visto que a Constituição, apesar de não

ser única quando da existência de normas ordinárias aplicáveis ao caso, age como elemento justificador das interações privadas.

4. Jurisprudência

Foram selecionados para ilustrar os desafios e dilemas apontados ao longo da exposição dois julgados com características distintas, ambos do Supremo Tribunal Federal. O primeiro caso trata de uma posição já consolidada pela egrégia Corte, e refere-se ao exercício do direito fundamental de defesa nas organizações privadas. Já o segundo caso, mais polêmico, enfrenta a questão do papel dos tratados internacionais de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, e seus efeitos nas relações de direito civil, onde se destaca a questão da prisão do depositário infiel.

O Recurso Extraordinário 201.819-8 (RJ), julgado em 11/10/2005 e publicado em 27/10/2006 – um ano depois -, enfrentou a questão da garantia da ampla defesa, incluindo o direito ao contraditório e ao devido processo legal, no contexto de uma sociedade civil sem fins lucrativos, onde um dos associados foi excluído da sociedade e pleiteou a anulação da decisão visto que não lhe foi assegurado o direito fundamental constitucional à ampla defesa.

A relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, aceitou o recurso e deu provimento ao pleito da sociedade, insistindo na inaplicabilidade dos direitos fundamentais ao caso, e para tal argumenta que:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto do artigo 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de ingressar nos quadros da UBC.

Com estas palavras, a Ministra relatora do Recurso mantém aderência à posição de compartimentalização do ordenamento jurídico, que, *data venia*, é uno e indivisível, constituindo um sistema. Nesta visão, a Constituição e o Direito Civil continuam estanques como no século XIX, e a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas somente poderia ocorrer através da intermediação do legislador, quando este dispusesse a fazê-lo. Este voto é exemplar da doutrina que está paulatinamente sendo

superada, e que se apóia na injustificável premissa de que a proteção conferida pelos direitos fundamentais alcança somente o Estado.

Porém, reconhecendo que o “o próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais”, o Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão que, por maioria, reconheceu a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação privada analisada, acrescenta em seu voto que “ainda que não se possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.”

Após citar diversos precedentes, o Ministro aponta ter a preocupação de “ressaltar que o STF já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.”

Ao fim, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, a decisão reconheceu e negou provimento ao recurso por maioria. A ementa, incisiva no reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, afirma que:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou em desrespeito dos direitos e garantias de terceiros, principalmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem a função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados

em relação de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão do sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

Esta decisão é paradigmática porque reflete o conflito doutrinário e ideológico que cerca o tema da aplicação dos direitos fundamentais e da Constituição às relações privadas e civis. É indicativo da tendência, cada vez mais consolidada da Egrégia Corte em, na busca pela concretude e ampla efetivação dos direitos fundamentais, reconhecer-lhes efeitos sobre as relações inter-individuais, e com isso protegendo a pessoa humana em todas as suas manifestações e relações sociais que escolher participar.

Um outro caso, ainda em andamento, mas já contando com oito votos favoráveis, é o Recurso Extraordinário 466.343-1 (SP). Discute-se aqui a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica e os tratados de direitos humanos da ONU.

As vertentes que tentam explicar a posição dos tratados internacionais de direitos humanos frente aos ordenamentos nacionais são essencialmente quatro: (1) as que lhe reconhecem a natureza supra constitucional, defendida por Celso de Albuquerque Mello[85]; (2) as que lhe atribuem caráter constitucional, defendida por Cançado Trindade; (3) as que reconhecem seu status de lei ordinária, conforme estabelecido no RE 80.004 (SE); (4) as que atribuem a condição de supra legalidade.

A visão até então prevalecente na Corte é a de sua equiparação às leis ordinárias, conforme assentado no Recurso Extraordinário 80.004, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, em 29 de dezembro de 1977.

Essa discussão com relação ao Brasil sofre novo impulso com a aprovação da EC 45 de 2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Argumenta o Ministro que ao mesmo tempo que esvaziou a discussão acerca do caráter constitucional dos direitos humanos constituídos por tratados internacionais, reconhece a sua condição especial com relação aos demais tratados, acenando ainda para a “insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções já ratificados no Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do STF desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE.”

Apontando para a dificuldade de defender as teses da constitucionalidade ou da ordinaryidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, e embora esta última tenha sido reiterada pelo STF em recentes ocasiões, pondera se, atualmente, ”em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.” [86] Sugere ainda que “a jurisprudência do STF, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.” [87]

Ao concluir, propõe um novo posicionamento, reconhecendo o caráter supra-legal dos tratados de direitos fundamentais ratificados pelo Brasil, independentemente da votação alcançada quando de sua ratificação. *In verbis*:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Ao vigorar esta proposição, alcançaremos reconhecimento do papel essencial que os direitos fundamentais exercem em nosso ordenamento, tanto os constitucionalmente positivados como os internacionalmente acordados pelo Brasil. Diante de tal posicionamento, resta claro o objetivo jurídico de reconhecimento pleno do conteúdo, valor e efeitos dos direitos fundamentais, núcleo essencial do ordenamento jurídico, e dos passos a sua ampla concretização, aos quais não estão imunes os particulares em suas relações.

Conclusão

A maximização da interação entre o Direito Público e Privado ao longo dos tempos apenas corrobora o entendimento de que não mais é cabível o apego à antiga *summa divisio*. O deslocamento do núcleo central do ordenamento para o diploma constitucional possibilitou a efetivação do ideário de normatividade dos preceitos

presentes na Constituição. A norma constitucional passa a ser encarada não mais somente sob o prisma político, mas como razão primária e justificadora de todo o ordenamento.

A promulgação de uma *lex matter* que não se detivesse somente a reger a organização e o funcionamento dos órgãos estatais, atribuindo, ainda, importância significativa aos direitos fundamentais, alocados em seu sistema como elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito, combinada com o reconhecimento pelo próprio direito privado de que a falácia da igualdade formal, ao contrário de efetivar, minava o real exercício da autonomia privada, deu origem a uma série de questionamentos acerca da possibilidade de a própria Constituição vir como salvaguarda dos sujeitos privados, quando seus direitos forem afrontados por outros integrantes da sociedade civil.

Em seguida, a constatação de que as relações civis são muitas vezes marcadas pela disparidade de poderes entre os sujeitos integrantes, ou a de que mesmo nas paritárias haveria sempre a necessidade de resguardar o núcleo essencial da personalidade do indivíduo, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso fosse necessário tolher parte de sua liberdade, apenas reforça a reflexão amparada na concepção pela qual o direito privado e seus institutos, não bastam *per si* para a proteção dos indivíduos.

Soma-se, a isto, a simultânea e obrigatória adaptação do direito civil à nova realidade social, que se modifica em ritmo acelerado, tornando possível e necessária a comunhão entre os diplomas privado e público. Deste modo, o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil pode ser caracterizado, em verdade, pelo entrelaçamento mútuo, estreito e direto, entre as esferas jurídicas envolvidas.

Duas principais vertentes buscam dar conta desta relação e, apesar de almejam o mesmo fim – salvaguarda dos direitos fundamentais nas relações privadas -, são divergentes quanto ao modo de alcançá-lo. Mediata e imediata, segurança jurídica e justiça, são esses os traços primordiais responsáveis por distinguir as duas principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Porém, a efetivação de nenhuma delas é possível sem que seja mitigado algum preceito tão caro à outra, visto que a resistência de ambas funda-se em valores constitucionais protegidos se não de forma igual, pelo menos, similar.

A intensa e contínua discussão doutrinária já cumpriu seu papel ao estabelecer de forma robusta os suportes e os balizamentos jurídicos para as duas vertentes e, desse modo, a insistência em sua manutenção mostra-se inadequada. Ademais, as posições não são incompatíveis a ponto de serem excludentes.

A existência de cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou normas legislativas especificamente regulando a situação fática não afasta a constante obrigatoriedade de interpretar todas – e não só primeiras - normas infraconstitucionais a partir dos preceitos constitucionais, nem a inexistência de regulamentação sobre um tópico afastam a necessidade do legislador preencher a lacuna legislativa.

Assim é passada a hora de reconhecer que os preceitos constitucionais – e principalmente seu núcleo essencial constituído pelos direitos fundamentais – aplicam-

se a todas as relações jurídicas, regulamentadas ou não pelo legislador infra-ordinário, e seus ditames são parte intrínseca e inexorável da interpretação e aplicação do direito.

Contudo, isso não significa que os problemas nesta seara estejam encerrados. É inerente à reflexão científica o surgimento de novas questões, uma vez superadas as iniciais. E a superação das questões iniciais - quanto a sua aplicabilidade e formas de aplicabilidade - nos conduz às seguintes indagações: Quais critérios devem conduzir a ponderação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas? E no que se refere aos direitos sociais quando sua possibilidade de concretização encontra-se controlada por particulares pouco desejosos de viabilizar sua efetivação frente a outro particular? Qual a configuração que os tratados internacionais de direitos humanos terão no ordenamento nacional?

Com isso, voltam-se, ansiosamente, os olhos para a atividade jurisprudencial que, por meio da ponderação inerente ao exercício dessa função, deverá promover o estabelecimento dos pontos de conformação e os critérios a serem aplicados na concretização dos direitos fundamentais quando desrespeitados nas relações privadas.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998.

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

FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MEIRELLES, Jussara, “O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial”. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-92.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In *Revista Estado, Direito e Sociedade*, n. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, jul./dez., 1991.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In MELLO, Celso de Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. In *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿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, 2003.

[1] Ver sobre a superação dessa visão SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-70.

[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

[3] Observa TEPEDINO, Gustavo que “o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica”. (O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 340).

[4] *Id. Ibid.*, p. 324.

[5] GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *In Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan., 1998, p. 39.

[6] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 116.

[7] NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In MELLO, Celso de Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337.

[8] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 91.

[9] NEGREIROS, Teresa. *Op. Cit.*, p. 338.

[10] Em precisa observação MEIRELLES, Jussara demonstra que “traçando uma espécie de paralelo tem-se, de um lado, o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito real, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade”, e completa, “o sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real”. (“O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial“. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91-92.).

[11] NEGREIROS, Teresa. *Op. Cit.*, p. 338.

[12] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 117.

[13] BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418.

[14] GIORGIANNI, Michele. *Op. Cit.*, p. 39.

[15] FACCHINI NETO, Eugênio leciona que “[...] nos períodos históricos precedentes os governantes sempre se preocuparam em disciplinar as relações jurídicas que hoje seriam enquadradas no direito público (como a tributação, o direito penal, a organização administrativa), e quando estabeleciam regras sobre direito privado, o faziam de forma pontual e não sistemática“, e complementa, “o direito privado sempre fora o reino da não-intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento família, filiação, sucessões), ou desenvolvimento a partir dos pareceres e escritos doutrinários [...]”. (Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17). Sobre o assunto, sintetiza SARMENTO, Daniel que “intentava-se pôr fim à multiplicidade de normas, emanadas das mais variadas fontes, que conviviam, numa relação muitas vezes conflituosas e desordenada no Ancién Regime” (*Op. Cit.*, p. 89).

[16] Demonstra SARMENTO, Daniel “que os códigos encampavam assim os interesses da burguesia protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. [...] o papel do direito privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, ambos vistos como expressões necessárias da autonomia do indivíduo.” (*Op. Cit.*, p. 90-91).

[17] HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 38.

[18] COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998, p. 26.

[19] TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

[20] *Id. Ibid.*, p. 2.

[21] COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 26.

[22] TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 2.

[23] *Id. Ibid.*, p. 2

[24] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 24. Para GIORDANNI, Michele o significado constitucional era imanente aos códigos civis do início do século XIX, já que “[...] a propriedade privada e o contrato, que constituíam [...] as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal”. (*Op. Cit.*, p. 41).

[25] TEPEDINO, Gustavo (1997). *Op. Cit.*, p. 24.

[26] Descreve SARMENTO, Daniel “Os professores franceses de então se vangloriavam de ensinar não o Direito Civil, mas o Código de Napoleão, o que revelava com clareza o endeusamento daquele momento legislativo e a crença na sua completude. Para eles, o Direito era o Código” (*Op. Cit.*, p. 91).

[27] BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

[28] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 188.

[29] BARROSO, Luís Roberto (org.). *Op. Cit.*, p. 22.

- [30] HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, *apud*, SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 90-91.
- [31] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 38-39.
- [32] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 13.
- [33] Anota LÔBO, Paulo Luiz Netto que “O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campos econômico (codificação)”. (*Op. Cit.*, p. 101)
- [34] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 33-35; LÔBO, Paulo Luiz Netto observa que “nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que [o direito civil]. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem, máxime após o processo de codificação liberal” (*Op. Cit.*, p. 99).
- [35] TEPEDINO, Gustavo (1997). *Op. Cit.*, p. 25.
- [36] IRTI, Natalino. *L'Etá della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979, *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 90.
- [37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. Cit.*, p. 99.
- [38] “O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico dos direito civil)”. *Id. Ibid.*, p. 100.
- [39] BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- [40] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.
- [41] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.
- [42] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 27.
- [43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., ampl. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.
- [44] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 458.

- [45] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 69.
- [46] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 454.
- [47] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 374
- [48] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 304.
- [49] UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿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, 2003, p. 307.
- [50] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286.
- [51] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 75
- [52] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 306.
- [53] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 378.
- [54] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 379.
- [55] Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.
- [56] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 288-291.
- [57] 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 238.
- [58] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357.
- [59] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In *Stvdia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 48, Coimbra Editora, 2001, p. 326.
- [60] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 48.
- [61] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 309.
- [62] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 467.
- [63] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 62.
- [64] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 241.

- [65] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 276.
- [66] COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 29, 33, 36.
- [67] *Id. Ibid.*, p. 34-35.
- [68] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 63-64.
- [69] FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 44.
- [70] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 29.
- [71] Nesse sentido UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 315; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 487.
- [72] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 310-313.
- [73] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. *In* Revista da Faculdade de Direito da UERJ, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 316.
- [74] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 375.
- [75] SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 281.
- [76] HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 67.
- [77] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 488.
- [78] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 316.
- [79] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 11.
- [80] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 313.
- [81] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 12.
- [82] UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. Cit.*, p. 315.
- [83] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.*, p. 278.
- [84] PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 11-12.
- [85] MELLO, Celso D. Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.
- [86] RE 466.343-1. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 14.

[87] Idem, p. 19.