

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL: EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES PRIVADAS**

João Francisco do Prado Marçura¹

RESUMO. Este artigo busca expor e explicar de forma crítica, objetiva e sucinta, o crescente fenômeno da constitucionalização do direito, notadamente do Direito Civil, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Drittwirkung*), tema de grande e talvez exagerada repercussão na doutrina nacional para, ao final, se defender uma autonomia do Direito Civil em face do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais, sob pena de se perder a razão de sua própria existência e do porquê estudá-lo. Assim, o Direito Civil Contemporâneo, que vem se desenvolvendo desde a Roma Antiga, e que sempre foi competente por integrar e regular os fenômenos históricos-sociais, com objetivo de desenvolvimento social, sofre, nos dias atuais, uma enorme crítica a partir de uma doutrina substancialista presente no chamado Direito Civil Constitucional e merece, portanto, uma chance justa de se reerguer autonomamente enquanto um dos mais importantes e antigos ramos do direito.

Palavras-chave: Direito civil. Direitos fundamentais. Constitucionalização. Eficácia

ABSTRACT This article seeks to critically, objectively and succinctly expose and explain the growing phenomenon of the constitutionalization of law, especially Civil Law, and the issue of the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals (*Drittwirkung*), a topic of great and perhaps exaggerated repercussion in the

national doctrine to, in the end, defend an autonomy of Civil Law in the face of Constitutional Law and fundamental rights, under penalty of losing the reason for its own existence and why to study it. Thus, Contemporary Civil Law, which has been developing since Ancient Rome, and which has always been competent to integrate and regulate social-historical phenomena, with the objective of social development, currently suffers an enormous criticism from a substantialist doctrine present in the so-called Civil Constitutional Law and deserves, therefore, a fair chance to stand up autonomously as one of the most important and ancient branches of law.

Keywords: Civil Law. Fundamental Rights. Constitutionalization. Effect.

Introdução

A temática deste artigo encontra-se nas esferas de discussão do direito, em caráter geral, na esfera do Direito Constitucional, no tocante ao fenômeno da constitucionalização e, particularmente, no âmbito do Direito Civil, no que tange ao fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, também, da Constitucionalização do Direito Civil, temas que serão aqui tratados.

O artigo buscou mostrar e explicar de forma crítica, objetiva e sucinta, o crescente fenômeno da constitucionalização do direito, notadamente do direito civil, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas

¹ Advogado, mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

relações entre particulares – *Drittwirkung* -, tema que deve ser objeto de estudo criterioso, pois pode ocasionar uma dissociação do sistema jurídico atual e a perda da autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo, gerando não apenas problemas jurídicos, mas também, e principalmente, sociais.

Portanto, buscou-se no desenvolver deste artigo apresentar uma breve concepção do Direito Civil contemporâneo a partir de sua evolução histórica, para então defini-lo como ramo autônomo frente aos outros ramos do direito e integrá-lo no âmbito da distinção dicotômica Direito Público x Direito Privado. Em seguida, abordou-se de maneira mais criteriosa o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, seguindo a classificação feita por Otávio Luiz Rodrigues Junior em sua tese de livre docência², para que se pudesse, na sequência, expor o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, caminho este que possibilitou tecer breves considerações, a fim de defender uma autonomia do Direito Civil em face do

Direito Constitucional e dos direitos fundamentais.

1. Direito Civil Contemporâneo

Antes de abordarmos a questão da constitucionalização do direito, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou ainda, a questão de identidade e autonomia epistemológica do Direito Civil, necessária se faz uma breve análise a respeito do nascimento e da evolução da moderna metódica do Direito Civil, para podermos nos situar melhor a respeito do tema deste trabalho.

1.1 Nascimento e evolução histórica da moderna metódica do direito civil

Antigamente, o Direito Civil não era compreendido apenas como “[...] o direito dos particulares, mas aquele que assegurava um conjunto de liberdades civis no âmbito da propriedade, da autonomia privada e da família”³ assumindo, dessa forma, “parcialmente o papel dos direitos fundamentais”⁴ ou ainda, nas palavras de

² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição**. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017

³ Ibid., p. 34.

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1959. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 17 outubro 2021 p. 10-12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 34.

Miguel Reale, atuava como verdadeira Constituição do homem comum.⁵

Além desse fator histórico notório, é certo também dizer que o Direito Civil desenvolveu, desde o século XIX, sua própria metódica⁶, a qual foi, com o passar do tempo, assimilada, absorvida e incorporada ou usada como modelo estrutural para o desenvolvimento das outras disciplinas.⁷

Tomando-se o século XIX como marco histórico, o papel pioneiro de desenvolvimento metódico da disciplina originou-se no Direito Civil Alemão, podendo-se atribuir à Escola Histórica do Direito grandes méritos por tal feito.

Assim, é a partir dos trabalhos de Savigny, notadamente em sua obra *Sistema de Direito Romano Atual*, sendo ele venerador do Direito Romano em uma época de embate entre romanistas e germanistas⁸ e maior expoente da Escola Histórica, que se

iniciou um processo de influência de toda a literatura jurídica do século XIX, tendo, portanto, seus trabalhos, enorme relevância para a formação da moderna dogmática do direito privado e da moderna metódica do Direito, que acabou por se irradiar para outros países com o decorrer do tempo.⁹

Ainda, no que diz respeito ao final do século XIX, é importante mencionar o processo de transferência dos métodos e modelos jurídicos da Escola Pandectista¹⁰ para o Direito Público, não sendo tal processo tão perceptível nas constituições ou nas leis, mas sim no pensamento dos juristas da época.¹¹

Já com a chegada do século XX, pontos sensíveis para compreender-se os contornos do Direito Civil contemporâneo e o fenômeno da constitucionalização e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas são: I) a Constituição de

⁵ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. [19--]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

⁶ Aqui entendida como procedimento, método de investigação, formação e transmissão do objeto estudado.

⁷ HAGER, Günter. *Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung*. Jus: Juristische Schulung, n. 9, p. 769-775, 2006 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 33.

⁸ A título de curiosidade, os germanistas seriam aqueles que estudavam o direito germânico – *Volksrechte* - e os costumes medievais alemães,

buscando uma expressão de união e comunidade, anti-individualista, mais afeito às tradições genuínas da Alemanha, ao passo que se fazia uma associação do romanismo com uma visão anti-social do Direito.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 35-39.

¹⁰ Defensora do Juspositivismo – Romanistas, Estudo do Corpus Iuris Civilis, segunda parte, Livro das Pandectas – rejeição das doutrinas jusnaturalistas, valorização dos costumes jurídicos criados pela tradição.

¹¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição...** p. 12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 34.

Weimar¹² (1919-1933), na qual os direitos fundamentais passaram a trazer a ideia de direito subjetivo, bem como passaram a formar um sistema de valores, superando a ideia de mera declaração de princípios; II) O julgamento do caso Lüth, na Alemanha, que foi “[...] o divisor de águas no processo de deslocamento de forças do Direito Privado para o Direito Público.”¹³, o qual será melhor abordado no item 4.2 deste artigo.

Contudo, embora as linhas gerais do estado da democracia social tenham sido traçadas a partir da Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, é na Alemanha, em especial a partir de 1930, com a chegada do nacional-socialismo, que ocorre novamente uma mudança no que tange à metódica do direito. A partir de então, as posições acadêmicas, antes muito bem recepcionadas, de Savigny e Windscheid acabam perdendo prestígio político-universitário, passando a valorizar-se novos juristas, tais como Karl Larenz e Franz Wieacker.¹⁴

É Karl Larenz, com sua obra traduzida para o português, *Metodologia da Ciência do Direito - Methodenlehre der Rechtswissenschaft* - o responsável por formar uma das bases de compreensão sistemática do Direito do século XX e, conseqüentemente,

[...] é um dos principais responsáveis pela divulgação e disseminação das cláusulas gerais na literatura jurídica do segundo pós-guerra. Sua influência, no Brasil, por exemplo, foi determinante para a “entrada” das cláusulas gerais no Direito Civil e sua posterior vulgarização junto à grande doutrina e à jurisprudência.¹⁵

Na obra de Larenz, “[...] é visível a preocupação com a sociedade, o personalismo ético-kantiano e com o controle da autonomia privada”¹⁶; portanto, trata-se de um discurso crítico à metódica do Direito Civil do século XIX.

No que diz respeito a Franz Wieacker, este foi um historiador do Direito Privado alemão, que com sua obra traduzida para o português “História do Direito Privado” também “[...] contribuiu para enfraquecer a influência de Savigny e

¹² Produto da Grande Guerra (IGM 1914-1918) - Ocorre o renascimento do interesse pelo jusnaturalismo, movimento contrário ao positivismo jurídico, repulsa às atividades legislativas do pós-guerra que transformaram a lei em mero produto a fim de superar crises econômicas e sociais; legislação deixa de ser confiável, surge um catálogo de direitos fundamentais que passa a ser considerado como um sistema de valores acima do direito positivo.

¹³ HAGER, Günter. *Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung...* apud

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 35.

¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 41-42.

¹⁵ Ibid., p. 42.

¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 41-42

Windscheid e abrir uma justificativa para a legitimação do novo discurso metódico desenvolvido por Larenz”¹⁷. É considerado por Reinhard Zimmermann, como o criador de um objeto epistemológico próprio para a História do Direito.¹⁸

Em última análise do século XX, ainda no contexto histórico da Alemanha do segundo pós-guerra, destaca-se o papel central dos teóricos do Direito, também conhecidos como publicistas, na construção da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, capítulo importante da teoria dos direitos fundamentais. Podemos citar como exemplos desses pensadores, Konrad Hesse, Robert Alexy e Günter Düring.¹⁹

Tratando-se agora do século XXI, ponto notável de ser abordado para o desenvolvimento do objeto deste artigo é a chamada corrente doutrinária do Direito Civil Constitucional, segundo a qual estaríamos frente a uma nova realidade jurídico-social, qual seja, a do enfraquecimento da autonomia epistemológica do Direito Civil, a partir de uma suposta constatação de dependência do Direito Civil em relação ao Direito Constitucional, justificando-se tal

dependência pelo uso exacerbado de princípios, de direitos fundamentais e de cláusulas gerais como fatores de correção do direito ordinário, realidade que é fortalecida a partir da ideia de que as normas constitucionais teriam caráter transformador, constituindo assim fundamento, conjunto de toda a disciplina infraconstitucional e, por consequência, do Direito Privado.

Com essa “tempestade hermenêutica”, que permitiria uma dissociação do sistema de Direito Privado a partir de sua “constitucionalização”, é provável que passemos para uma moderna metódica do Direito Civil potencialmente lesiva a sua independência e ao seu estatuto epistemológico.²⁰

Assim, diante dessa possível crise da autonomia epistemológica do Direito Civil Contemporâneo no Brasil, precisamos conhecer três questões essenciais para nos localizarmos melhor no âmbito do sistema jurídico brasileiro contemporâneo. São elas: (i) se permanece válida e operacional a dicotomia Direito Público x Direito Privado; (ii) qual o conceito e o sentido da constitucionalização do Direito Civil; e (iii)

¹⁷ Ibid., p. 45.

¹⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *Juristische Bücher des Jhars* – Eine Leseempfehlung. NJW, vol. 60, p. 3332-3338 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 46.

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 51.

²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 51.

como e em que medida as relações privadas se vinculam aos direitos fundamentais.²¹

2. Dicotomia Direito Público x Direito Privado

A passagem por este tópico tem sua relevância devido a necessidade de se mostrar a validade e operacionalidade da divisão dicotômica, a fim de posicionar e delimitar o Direito Civil Contemporâneo dentro do sistema jurídico brasileiro, mostrando sua real existência e plena operabilidade.

2.1 Origens romanas

O marco fundante da dicotomia Direito Público x Direito Privado é encontrado por muitos doutrinadores a partir de uma tradição romanista, especificamente, no fragmento de Ulpiano (Dig. I, 1, 1, 2), segundo o qual direito público seria aquele que se volta ao interesse do Estado Romano e direito privado, o que se refere ao interesse dos particulares. Há um critério distintivo baseado na ideia de *utilitas*, que poderia ser equiparável ao conceito moderno de interesse, necessidade. Sendo assim, conforme José Carlos Moreira Alves, por haver uma certa objeção irrespondível, qual

seja, o que interessa ao Estado também é interesse de seus cidadãos, sendo a recíproca verdadeira, entende-se que a divisão criada por Ulpiano seria fundada a partir da função imediata da norma jurídica; “[...] as que interessam imediatamente ao Estado e apenas mediadamente aos cidadãos se enquadram no *ius publicum*; caso contrário, no *ius privatum*.”²²

2.2 Concepção positivista

Quando pensamos em positivismo jurídico, nos vem em mente a figura do jurista austro-húngaro Hans Kelsen. Aqui, o que devemos saber para o assunto abordado no item 2, qual seja, a dicotomia Direito Público x Direito Privado, é que “[...] nenhum outro autor contribuiu tanto para o fim da distinção entre Direito Público e Direito Privado quanto Hans-Kelsen”²³. Este autor, em sua tese de livre docência intitulada *Principais Problemas da Teoria do Direito Público*, apresentada à Universidade de Viena em 1911, buscou desconstruir essa distinção específica, pois, segundo ele, haveria uma “única Teoria Geral do Direito” e “conceitos, jurídicos básicos uniformes, que são comuns a todas as áreas do Direito e para todas elas construídas, debaixo dos mesmos princípios

²¹ Ibid., 2017, op. cit.

²² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1. p. 79-80.

²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 94.

metodológicos”²⁴. Assim, defendia o reconhecimento de uma unidade metodológica para toda a ciência jurídica, não se distinguindo metodologias específicas para o Direito Público e para o Direito Privado.

Portanto, sustentar a ideia, que tem renascido ultimamente, da inexistência de metodologias próprias de cada ramo do direito, no caso do Direito Civil, é aceitar uma teoria geral do direito e conceitos jurídicos básicos e uniformes que seriam comuns a todas as áreas do Direito, uma vez que derivariam de uma única e exclusiva metodologia.²⁵ Assim, tal posicionamento hermenêutico nada mais seria do que uma volta a um desdobramento da teoria positivista de Kelsen, e não uma renovação do sistema jurídico a partir de novas teorias.

2.3 Visão da doutrina civilista nacional

No Brasil, desde o século XIX até 1988, encontramos uma nítida distinção entre

o Direito Público e o Direito Privado. Sendo assim, era praticamente uniforme a adesão à tese da dicotomia.²⁶ Vale ressaltar que foi Eduardo Espínola um dos juristas que tratou com mais profundidade o tema.²⁷

Orlando Gomes, em sua obra *Introdução ao Direito Civil*, admite existente e válida a dicotomia, embora teça algumas críticas e alerte que “[...] a oposição entre as duas formas não deve ser radicalizada”, uma vez que, “[...] a questão não consiste em estabelecer o primado de um sobre o outro.”²⁸

Ainda, obras tradicionais da cultura jurídica brasileira, as quais são atualizadas até os dias de hoje, como dos professores Caio Mario da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro, também posicionam-se no sentido de ser válida a dicotomia.²⁹

Caio Mario da Silva Pereira diz que não haveria uma “[...] separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas”³⁰ e que elas se comunicariam com frequência. Defende que o Direito Público

²⁴ KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 1. Auflage. Tübingen: Mohr, 1911. apud. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 96.

²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 96.

²⁶ *Ibid.*, p. 169.

²⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 3 ed.

Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 59 – 69.

²⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. rev. ampl. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 13-14.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1, p. 11-14; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1, p. 6-8; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 8-11.

³⁰ *Ibid.*, 1995, p. 11.

seria aquele que tem “[...] por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos”, “em razão do poder soberano”, atuando “na tutela do bem coletivo”, enquanto o Direito Privado disciplinaria “[...] as relações entre pessoas singulares, nas quais predominam imediatamente interesses de ordem particular.”³¹

Já a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, muito embora constatada uma mudança de paradigma, do individual para o social, grande parte dos cursos de Direito Civil continuam a validar a Dicotomia Direito Público x Direito Privado. Como exemplo, podemos citar Rubens Limongi França.³²

Por fim, deve-se dizer que há também exceções na doutrina brasileira, as quais deixam de se referir à dicotomia Direito Público x Direito Privado, declarando-a mitigada, ou ainda, dizendo que essa teria desaparecido frente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Neste pensar, podemos citar Luiz Edson Fachin.³³

2.4 Objeções e fundamentos para a manutenção da dicotomia

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1, p. 13.

³² FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**: todo direito civil num só volume. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 8.

³³ FACHIN, Luiz Edson. **questões do direito civil contemporâneo** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3-20.

No que diz respeito aos espaços típicos do Direito Privado e do Direito Civil, devem ser “[...] consideradas as fronteiras desenhadas pelos códigos oitocentistas e pelas codificações tardias”³⁴, uma vez que, com as mudanças trazidas pela sociedade pós-moderna, “[...] não houve ampliação dos espaços normativos, e sim uma dilatação ou transformação das hipóteses fáticas”³⁵, anteriormente abrangidas pelas regras de Direito Privado.

Sendo assim, o Direito Civil, a partir da sua tradição histórico-romanística e de sua condição de produto da cultura e do humanismo, tem a capacidade para se adaptar à sociedade pós-moderna e oferecer soluções aos novos problemas sociais com base em institutos nem tão modernos assim, que acabam, frequentemente, sendo esquecidos por correntes doutrinárias e pelo aplicador do direito, em virtude da valorização excessiva do fenômeno da constitucionalização do direito.³⁶

Logo, a recondução do Direito aos princípios constitucionais não é suficiente para esmaecer a dicotomia Direito Público x Direito Privado; e mais, como as normas de

³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 222.

³⁵ Ibid., 2017, op. cit.

³⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura jurídica europeia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 243-278, abr.-jun. 2016.

direito fundamentais foram criadas *a priori* como proteção aos indivíduos contra os excessos do Estado, tendo caráter amplo, sua interpretação e aplicação excessiva, e em todos os sentidos no âmbito do sistema jurídico, poderá tender para uma possível arbitrariedade potencialmente perigosa para a liberdade intrínseca, bem como para uma dissociação equivocada do sistema de Direito Privado.³⁷

3. Constitucionalização do Direito Civil

Definidos os contornos do Direito Civil contemporâneo, analisar-se-á agora o fenômeno da constitucionalização, notadamente a constitucionalização do Direito Civil.

É necessário mencionar, inicialmente, que não há um consenso na conceituação desse fenômeno no sistema jurídico brasileiro. Portanto, dada a fluidez conceitual e contextual com que se apresenta, e a falta de acordos semânticos sobre o que ela é, para a elaboração deste item foi utilizada a mesma estrutura presente na obra de Otávio Luiz Rodrigues Junior.³⁸

Assim, a partir de uma definição negativa - o que não é constitucionalização -, pretende-se chegar ao conceito e contexto ou

aos possíveis conceitos e contextos da constitucionalização do direito, particularmente do Direito Civil para, ao final, no item 4 deste artigo, abordar-se a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorrência lógica desse fenômeno.

3.1 O que não é constitucionalização do Direito Civil

3.1.1 Constitucionalização como reinterpretação da norma ordinária a partir da Constituição

Não podemos dizer que o fenômeno da constitucionalização seria uma mera reinterpretação da norma ordinária a partir do texto constitucional, uma vez que, “[...] o princípio da supremacia hierárquica da Constituição, ao menos desde a República, é indiscutível no Brasil.”³⁹. Tal princípio nunca foi negado no âmbito da doutrina civilista.

Sendo assim, essa hermenêutica não constitui o fenômeno da constitucionalização, mas trata-se de “[...] expediente ordinário no Brasil há várias décadas, antes mesmo do surgimento do conceito de ‘constitucionalização do direito.’”⁴⁰

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 266-268

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo**

em face da constituição. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁹ Ibid., 2017, op. cit. p. 311.

⁴⁰ Ibid., p. 317.

3.1.2 Constitucionalização como elevação da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil

Atualmente, observamos um uso extrapolado do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para as mais diversas questões no âmbito do Direito Privado.⁴¹

Ocorre que a dignidade da pessoa humana não é um conceito criado pelo Direito Constitucional, antecedendo-o historicamente.⁴² Aqui, tem-se a ideia do antropocentrismo impregnando toda a literatura filosófica a ele posterior, sendo seus vestígios encontrados até os dias atuais, “[...] sob as vestes do personalismo ético”⁴³

[...] a ideologia da dignidade da pessoa humana como vem sendo sustentada não só não corresponde ao conhecimento atual da Ciência, que fornece à ética fundamento biológico, como também não contribui para a mudança da mentalidade coletiva que a defesa da vida exige hoje.⁴⁴

[...] a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado. Pior: seu uso indiscriminado pode

⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p.115-126, jan./dez. 2008. p. 116-125.

⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 319.

⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea.⁴⁵

Destarte, deve-se ter grande cautela na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por ser vago e incorretamente manejado como ferramenta capaz de resolver qualquer problema jurídico, pode levar à insegurança jurídica e à supressão dos institutos de Direito Civil específicos para cada caso concreto.

3.1.3 Constitucionalização como a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico

Utilizar-se da ideia de que “[...] a constituição ocupa o topo da pirâmide normativa e que, seguindo-se o princípio dinâmico do direito, todas as outras normas jurídicas lhe devem obediência”⁴⁶ seria “[...] trivial e genérico demais para ter alguma força explicativa acerca da relação da constituição com os outros ramos do direito”⁴⁷, bem como, “[...] não tem como consequência uma necessária aplicação de dispositivos constitucionais ao direito

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 320.

⁴⁴ Ibid., p. 125.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122-123

⁴⁷ Ibid., 2005, op. cit.

infraconstitucional simplesmente devido a essa hierarquia.”⁴⁸

[...] não há como se defender que alguém considerasse possível o Código Civil contrariar uma norma constitucional, seja diretamente, por ação do legislador, seja por meio de interpretações que ignorassem ou violassem o texto constitucional.⁴⁹

Sendo assim, tal definição de constitucionalização não pode ser considerada como válida, pois “[...] não se pode confundir a constitucionalização do Direito Civil com o reconhecimento da primazia constitucional.”⁵⁰

3.1.4 Constitucionalização como controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional das normas

Aqui, retoma-se a ideia da hermenêutica constitucional, base do que foi tratado no item 3.1.1. Todavia, neste item, a constitucionalização do direito vem associada não ao conceito de reinterpretação da norma ordinária a partir da norma constitucional, mas, sim, vinculada à questão do controle de constitucionalidade, que não pode ser considerado, em si, como o fenômeno da constitucionalização do direito.

⁴⁸ Ibid., 2005, op. cit.

⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 325.

3.1.5 Constitucionalização como uso de cláusulas gerais e como “perturbação das prestações”, sem relação direta com a Constituição

Este é o caso que mais tem sido utilizado nos últimos 10 anos no Brasil, qual seja, as cláusulas gerais previstas no ordenamento infraconstitucional como “portas de entrada” dos direitos fundamentais, o que possibilitaria sua consequente incidência nas relações privadas.⁵¹

Todavia, o que deveria ser um tema muito delimitado e particular, servindo para preenchimento de lacunas, correção de normas ou ainda controle de excesso no exercício do direito, acaba sendo banalizado. Deve-se observar aqui que “[...] tal função de abertura, contudo, não significa que as cláusulas gerais constitucionalizariam de *per si* o Direito Privado.”⁵²

O que se vê, atualmente, é o abuso da linguagem em relação ao uso das cláusulas gerais, como por exemplo, a da boa-fé objetiva, e o fato de seu uso ter sido enxergado com uma outra finalidade, qual seja, “[...] a de se proteger a parte mais fraca da relação jurídico-negocial”, equivalendo-se

⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 328.

⁵¹ Ibid., p. 339-340

⁵² Ibid., p. 341.

o termo “constitucionalizar o direito” à ideia de “aumentar os meios protetivos aos vulneráveis”⁵³, o que não pode ser aceito.

3.1.6 Constitucionalização como socialização ou interpretação progressista do Direito Civil

Por fim, talvez seja esta definição a mais difícil de ser enfrentada dado seu caráter moral. É também aqui que teóricos do Direito Civil Constitucional apontam os efeitos do fenômeno da constitucionalização, principalmente no âmbito da propriedade e da família, apontamentos que confundem questões diversas.

É certo dizer que:

[...] institutos ligados ao direito de propriedade foram constitucionalizados, no sentido da elevação das normas ao texto constitucional, desde 1824. Além disso, o problema dos limites sociais ao exercício do direito de propriedade está presente em todas as constituições brasileiras.⁵⁴

Já no tocante ao instituto da família,

[...] não foi constitucionalizada em 1988, mas sim desde 1891 (em relação ao casamento civil) e mais fortemente a partir de 1934, quando se lhe conferiu título próprio na CF/1934, o que se vem repetindo até o texto constitucional de 1988.⁵⁵

Sendo assim, não foi o fenômeno da constitucionalização o responsável pela mudança de valores, hábitos e morais. Esses é que, ao surgirem por decorrência de fenômenos sociais e históricos, conduziram a uma transformação da prática social, depois da jurisprudência e finalmente da Constituição, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.⁵⁶

Conclui-se então que “[...] este é um espaço típico de condicionamento da norma pela realidade social e não o contrário”⁵⁷, bem como que, “[...] o simples fato de constitucionalizar um instituto ou uma figura jurídica não significa conferir a eles uma interpretação progressista.”⁵⁸, “[...] constitucionalizar o Direito Civil não é socializá-lo.”⁵⁹

3.2 O que é constitucionalização do Direito Civil

Após percorrer uma breve contextualização a partir de conceitos negativos de constitucionalização do direito, pretende-se, neste tópico, apresentar não especificamente um modelo conceitual, mas, sim, os possíveis contextos e conceitos do fenômeno da constitucionalização como é

⁵³ Ibid., p. 353.

⁵⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 354.

⁵⁵ Ibid., p. 358.

⁵⁶ Ibid., p. 358.

⁵⁷ Ibid., p. 361.

⁵⁸ Ibid., p. 365.

⁵⁹ Ibid., p. 366.

visto atualmente no sistema jurídico brasileiro.

3.2.1 Constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional

Conforme Rodrigues Junior, a constitucionalização do direito, notadamente do Direito Civil, seria a “[...] escolha de parte da legislação ordinária a fim de que seja elevada à dignidade de norma constitucional”⁶⁰. Nada mais. Poderia tal escolha ocorrer somente “de modo controlado e excepcional”, uma vez que, se essa atitude fosse generalizada, “[...] teria por efeito dilatar de tal modo a Constituição que ela perderia sua natureza e sua finalidade.”⁶¹ É o que ocorre parcialmente no caso da Constituição Brasileira de 1988, em que se apresenta uma exacerbação do fenômeno de constitucionalização. Como exemplos, podemos citar o artigo 208, §3º e o artigo 242, §2º.

Aqui, é importante ressaltar três situações: (i) que o contexto da constitucionalização apenas tido “como as normas de direito civil consagradas na constituição” seria “claramente um

equivoco”, tendo em vista que “normas de direito civil não deixam de ser normas de direito civil pelo simples fato de estarem consagradas pelo texto constitucional.”⁶²; (ii) que “se é possível constitucionalizar, é também admissível desconstitucionalizar normas presentes na Constituição, sem que isso implique perdas qualitativas para o sistema jurídico”⁶³, e (iii) que “a constitucionalização ou a desconstitucionalização, consideradas em si, não acarretam perdas ou ganhos em termos axiológicos.”⁶⁴

3.2.2 Constitucionalização por reforma legislativa

Partindo-se da ideia já exposta no item 3.1.4, qual seja, de que não se trata a constitucionalização do direito do fenômeno da não recepção do direito ordinário na nova ordem constitucional, tem-se aqui a questão da substituição da norma ordinária inconstitucional por uma nova, da reforma legislativa.

Embora esta possua as mesmas vantagens da constitucionalização por elevação acima tratada, padece de uma desvantagem grande a ser considerada: pode

⁶⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 375.

⁶¹ Ibid., 2017, op. cit.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

fundamentais nas relações entre particulares... p. 172.

⁶³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 381.

⁶⁴ Ibid., p. 382.

demorar muito tempo para se operar⁶⁵ ou nunca ocorrer completamente. Tal situação levaria o sistema a uma “[...] judicialização das normas ordinárias incompatíveis com a Constituição”⁶⁶, algo negativo, uma vez que:

[...] enfraquece a autonomia do Direito Civil, fortalece o ímpeto intervencionista do Poder Judiciário, especialmente dos tribunais constitucionais, e pode implicar uma supressão da margem de conformação normativa atribuída ao legislador ordinário pela própria Constituição.⁶⁷

Nesta hipótese, percebe-se o conflito entre uma real exteriorização do fenômeno da constitucionalização, a partir de uma reforma legislativa, e a sua aplicação prática por meio da judicialização de normas ordinárias incompatíveis com a Constituição.

3.2.3 Constitucionalização por juridicização das normas constitucionais

Outra forma adequada de se reconhecer o fenômeno da constitucionalização do direito seria “[...] reconhecer a natureza jurídico-normativa e

não apenas política dos preceitos constitucionais.”⁶⁸

Assim,

[...] constitucionalizar o Direito Civil é reconhecer a juridicização da Constituição, com as ressalvas presentes na jurisprudência do STF e na teoria constitucional (...) implica que as normas constitucionais não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que elas seriam meros programas políticos, envolvidos em uma forma jurídica.⁶⁹

Essa modalidade de constitucionalização “[...] ao menos no Brasil, é importante para acordos semânticos.”⁷⁰ no que tange aos valores por elas protegidos e a sua forma de aplicação.

3.2.4 Constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do direito constitucional

Esta é, atualmente, a mais universalizável maneira de se delimitar o sentido de constitucionalização, e também a que mais se aproxima de seu sentido real.⁷¹

Virgílio Afonso da Silva e Otavio Luiz Rodrigues Jr, referenciados na obra de

⁶⁵ “Isso não é um problema de falta de vontade política do legislador brasileiro, mas uma característica inerente à lentidão do legislador para se adaptar a novos paradigmas. E isso em todo mundo.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** p. 39-40).

⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 392.

⁶⁷ Ibid., p. 392.

⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** 1959. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/41475>

70/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em: 17 outubro 2021 p. 10-12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 393.

⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 395-396.

⁷⁰ Ibid., p. 399.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 47-48.

Louis Favoreu, afirmam que esta forma de constitucionalização proporcionaria uma irradiação dos direitos fundamentais para os diferentes ramos do direito, ocasionando a sua transformação interna. Tal irradiação operaria efeitos de três ordens: i) modernização do ordenamento jurídico; ii) unificação da ordem jurídica (normas constitucionais tornar-se-iam fundamento dos diferentes ramos do direito; dicotomia Direito Público x Direito Privado seria relativizada) e iii) simplificação da ordem jurídica (constituição como norma de referência).⁷²

Porém, embora constata-se que o fenômeno da constitucionalização é inevitável, deve-se atentar para a resolução dos problemas de espaço do Direito Privado e dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.2.5 Constitucionalização em sentido jurídico-político (constitucionalização e reconstitucionalização) e jurídico-sociológico (constitucionalização simbólica)

Existem ainda algumas conceituações do fenômeno da

constitucionalização que não possuem tanta relevância para o Direito Civil, sendo mais analisadas no âmbito da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, mas que valem ser mencionadas a título de curiosidade.

Constitucionalizar pode também ter a acepção de “[...] dotar um Estado de uma Constituição, ainda que não escrita, com os institutos próprios a uma organização estatal moderna.”⁷³ Em consequência deste conceito, surge outro, o de reconstitucionalizar, que

[...] ocorre quando um país sai de um regime ditatorial ou do estado de anarquia, responsável pela ruptura da ordem jurídica anterior e que deixou de respeitar a carta de direitos, a separação de poderes do Estado e outros elementos essenciais de um Estado Constitucional.⁷⁴

Assim, mediante o retorno à democracia, opera-se a reconstitucionalização.

Por fim, no tocante à constitucionalização simbólica, essa “[...] operaria como um amortecedor de conflitos sociais, de dissimulador dos problemas socioeconômicos e um anteparo contra transformações efetivas da estrutura de poder político e social.”⁷⁵ Essa, na prática, acaba por

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 408.

⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 408.

⁷⁵ Ibid., p. 409.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 48-49; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 400-406.

⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

não oferecer respostas consistentes e definitivas para as questões sociais, uma vez que seu objetivo final não é resolvê-las.

4 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – *Drittwirkung*

Finalmente, após abordada a delimitação de espaço do Direito Civil contemporâneo na sociedade pós-moderna, bem como a questão da constitucionalização do direito, mostrando-se seus possíveis conceitos e contextos e também aqueles em que ela não existe, apesar de alguns juristas os apontarem, chega-se ao último item deste artigo. Este buscará expor a forma pela qual os direitos fundamentais, por meio do fenômeno da constitucionalização, incidem nas relações privadas, bem como quais seriam as suas consequências em relação ao ramo do Direito Civil.

É válido ressaltar, a título de complementação, que ainda existem outras teorias que abordam a questão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, que não serão diretamente abordadas neste artigo. São elas exemplificativamente: um “não modelo” que

consiste na “[...] recusa de qualquer efeito dos direitos fundamentais fora da relação entre os cidadãos e o Estado”⁷⁶ e a doutrina americana da *state action*, aplicada pela Suprema Corte Norte Americana, que permite uma imputação das ações particulares ao Estado ou a equiparação artificial dessas ações a ações estatais, tendo por objetivo coibir o ato privado violador de direitos fundamentais.

4.1 Eficácia direta

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sua origem com o civilista alemão Hans Carl Nipperdey (1895-1968). Segundo esta, não seria necessária nenhuma ação intermediária - mediação legislativa - para que os direitos fundamentais fossem aplicáveis - produzissem efeitos - nas relações entre particulares.⁷⁷

Nipperdey, após combater na segunda guerra mundial em prol do regime nacional-socialista, sofreu um processo de desnazificação e tornou-se magistrado do BAG (*Bundesarbeitsgericht*) – Tribunal Federal do Trabalho –, na Alemanha, no período de 1954 a 1963, órgão equivalente ao Tribunal Superior do Trabalho no Brasil.⁷⁸

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 68.

⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 474; SILVA,

Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 87.

⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p.474-483.

Daí a relevância de sua tese junto à jurisprudência alemã, que só a abandonou em 1984.⁷⁹

O caso mais relevante de aplicabilidade dessa teoria deu-se em 1957, quando Nipperdey era presidente do BAG, em uma decisão sobre igualdade salarial entre homens e mulheres.⁸⁰

Após um breve panorama histórico e conceitual, podemos dizer que são fundamentos do modelo da eficácia direta: a) a dignidade da pessoa humana como fundamento geral da ordem jurídica; b) os direitos fundamentais como meios de expressão dos mais caros valores sociais que devem ser assegurados pelo sistema jurídico, sendo meio de defesa dos particulares contra os poderes privados de outros particulares; c) a natureza universal dos direitos fundamentais; d) a igualdade de vinculação dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos e às relações privadas.⁸¹

⁷⁹ HOLLSTEIN, Thorsten. *Die Verfassung als "Allgemeiner Teil": Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey* (1895-1968). Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 488.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 91.

⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 489-492.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

Atualmente, é certo dizer que “[...] a teoria da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares é amplamente minoritária em praticamente todos os países em que o tema é objeto de estudo sistemático.”⁸², bem como que “[...] na Alemanha, os privatistas e os constitucionalistas contemporâneos não se têm mais ocupado com essa teoria, ao menos em sua formulação tradicional.”⁸³ e ainda, que “[...] as ideias de Nipperdey tiveram mais notoriedade fora da Alemanha do que em seu país de origem.”⁸⁴

Segundo Virgílio Afonso da Silva, podemos afirmar que a teoria da eficácia direta carece de:

[...] dois problemas metodológicos principais: o primeiro diz respeito à relação entre os diferentes ramos do direito, especialmente à sobrevivência do conceito-chave do direito civil, a autonomia privada; já o segundo condena a perda de clareza no arcabouço conceitual do direito privado se as normas de direitos fundamentais passarem a ser aplicadas diretamente às relações entre particulares.⁸⁵

fundamentais nas relações entre particulares... p. 94.

⁸³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 492.

⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 495.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 96.

Destarte, embora tenha grande prestígio no âmbito jurídico brasileiro, não parece ser a teoria da eficácia direta a melhor solução para os problemas enfrentados no cotidiano pelo Poder Judiciário.

4.2 Eficácia indireta

Conforme Virgílio Afonso da Silva:

[...] o ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais.⁸⁶

Seria esse o fundamento que impediria um efeito absoluto dos direitos fundamentais nas relações privadas, e, por consequência, um “[...] total domínio do direito constitucional sobre o direito privado.”

87

A ideia geral da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual surgiu com Günter Dürig, visa a proporcionar uma conciliação entre as normas fundamentais e as normas de Direito Privado;⁸⁸ “[...] a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por

intermédio do material normativo do próprio direito privado.”⁸⁹ Assim, tal conciliação ocorreria por meio de “portas de entrada” do sistema de valores das normas jurídicas fundamentais no ordenamento do direito privado, portas essas denominadas cláusulas gerais, compreendidas como “[...] o principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado”⁹⁰, uma vez que, “[...] por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais ‘se infiltram’ no direito privado e por aí produzem seus efeitos.”⁹¹ Possuem, portanto, para uma melhor operabilidade, conceitos abertos a serem definidos a partir de uma valoração do aplicador do direito.⁹²

Assim, conforme Otavio Luiz Rodrigues Junior, é possível identificar os principais postulados da doutrina da eficácia indireta nos seguintes aspectos: a) o uso de cláusulas gerais como “porta de entrada” para os direitos fundamentais no direito privado; b) as cláusulas gerais não só como instrumento de intermediação, mas também como filtro normativo, o qual regula a irradiação das normas fundamentais para dentro do âmbito privado; c) a dignidade da

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 75.

⁸⁷ Ibid., 2005, op. cit.

⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 514-518.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 76.

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 78-79.

⁹¹ Ibid., 2005, op. cit.

⁹² Ibid., 2005, op. cit.

pessoa humana como orientadora da ordem objetiva de valores; d) as cláusulas gerais como mecanismo de segurança para salvaguardar a autonomia do direito privado e a unidade do sistema jurídico e, por fim, e) a atuação das cláusulas gerais para esclarecer conceitos, atualizar conceitos de um sistema jurídico anterior, ou ainda, para colmatar lacunas normativas.⁹³

Ressalta-se que a teoria da eficácia indireta é dominante na doutrina e na jurisprudência alemã, tendo nesta, no caso Lüth, seu momento de maior relevância, dado o contexto histórico-social da época. Em breve síntese, o caso Lüth refere-se a uma reclamação constitucional formulada por Erich Lüth, após ter sido obrigado por decisões de instâncias inferiores a se abster de incitar um boicote ao filme intitulado *Unsterbliche Geliebte*, dirigido pelo cineasta Veit Harlan, o qual foi um dos grandes cineastas da indústria cinematográfica nazista. A relevância deste julgamento encontra-se no fato de que, pela primeira vez,

reconheceu-se a eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares e não somente entre os cidadãos e o Estado.⁹⁴

Contudo, embora o modelo da eficácia indireta seja o “[...] mais aceito em praticamente todos os países em que o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é estudado de forma sistemática”⁹⁵, é certo dizer que ele, em sua forma tradicional, também padece de algumas críticas. Um exemplo é apontado por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual, as cláusulas gerais não possibilitariam uma real proteção dos direitos fundamentais, pois “[...] para um grande número de situações em que seria desejável que os efeitos dos direitos fundamentais se fizessem presentes, não haverá uma dessas cláusulas para dar vazão a esses efeitos.”⁹⁶

4.3 Panorama brasileiro

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, é certo dizer que “o Supremo Tribunal

⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 518-520.

⁹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 520; Um trecho da decisão é trazido por Virgílio Afonso da Silva: “A constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores,

que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem deles diretrizes e impulsos.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 80.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 81.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 85.

Federal (STF) nunca se dedicou a desenvolver uma tese sobre o problema.”⁹⁷ No âmbito da suprema corte brasileira, muitas vezes, na fundamentação das decisões, ocorre uma confusão na aplicação das diferentes doutrinas referentes ao tema. Vale ressaltar que, atualmente prevalece a opção pela eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares. Tal posicionamento pode ser visto a partir de uma interpretação do RE 201819 ⁹⁸- caso da União Brasileira de Compositores -, em que embora a circunstância motivadora do acórdão convirja mais para a doutrina norte-americana da *state action*, fundamenta-se o acórdão na doutrina da eficácia direta.⁹⁹

Destaca-se, assim, que o modelo de eficácia direta, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, “[...] encontrou no Brasil uma acolhida sem comparação em qualquer outro lugar do mundo”¹⁰⁰, sendo raríssimos trabalhos no país que refutam tal modelo. Essa hegemonia da teoria da eficácia direta, teria ocorrido em menos de 20 anos devido “à indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema”¹⁰¹, ao

“surgimento de uma nova Constituição, após duas décadas de regime militar”¹⁰², à “troca de guarda geracional”¹⁰³ e à “competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo.”¹⁰⁴ Ainda, segundo Rodrigues Junior, são graves os excessos cometidos em nome dessa doutrina, alertando que:

[...] essa postura termina por simplificá-la de tal modo que essa doutrina passa a servir de justificação ao sincretismo metodológico e, mais que isso, ao enfraquecimento e à colonização do Direito Civil pelo Direito Constitucional.¹⁰⁵

Ainda, muitos juristas brasileiros fundamentam a aplicabilidade da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que reza: *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Ocorre que, como nos lembra Virgílio Afonso da Silva, nesta associação, tem-se uma “[...] confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação”¹⁰⁶, uma

⁹⁷ Ibid., p. 93.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º Turma). RE 201819. **Recurso Extraordinário**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 2006.

⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 521-523.

¹⁰⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 499.

¹⁰¹ Ibid., p. 499-501.

¹⁰² Ibid., 2017, op. cit.

¹⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 499-501.

¹⁰⁴ Ibid., 2017, op. cit.

¹⁰⁵ Ibid., p. 501.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

vez que o texto constitucional faz menção a apenas uma “potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já.”¹⁰⁷ Sendo assim:

[...] prescrever que os direitos fundamentais têm aplicação imediata não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.¹⁰⁸

Portanto, embora ocorra dentro do cenário jurídico brasileiro a aplicação indiscriminada da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, essa não parece acertada, uma vez que poderia comprometer a autonomia dos diferentes ramos do direito, notadamente do Direito Civil, bem como, proporcionar certa arbitrariedade nas decisões, pois deixaria a cargo do intérprete ordinário da norma – juiz - a função de ponderação entre princípios fundamentais, utilizando-se assim, para a solução das questões sociais, menos de um critério técnico, presente nas normas infraconstitucionais, e mais de normas de caráter abstrato, que proporcionam grande incidência de valores morais, podendo gerar situações prejudiciais a determinados grupos sociais.

Considerações finais

Por todo o exposto neste artigo, pode-se dizer que, atualmente, na sociedade pós-moderna, o Direito Civil se mantém como ramo autônomo do direito, garantindo assim sua independência epistemológica, muito embora seja inegável o fenômeno da constitucionalização do direito por questões de natureza histórico-social, uma vez que o direito pode apenas tentar moldar-se às novas realidades sociais de cada época.

Tendo por consideração o fenômeno da constitucionalização do direito, e especificamente do Direito Civil, é certo dizer que soluções deverão ser buscadas para compatibilizar as normas de direito fundamental - sistema de valores - com as normas e o ordenamento de Direito Privado, e que essas soluções não repousam necessariamente na adoção de um único modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas, possivelmente, em uma utilização combinada dos diversos modelos já existentes, de acordo com a situação concreta tratada.

O que se deve, todavia, atentar-se é para o fato de não se exacerbar o uso ou a fundamentação de um ou outro modelo, sob o risco de dissociar o sistema jurídico brasileiro em razão da supremacia constitucional, no caso especificamente do Direito Civil, ou ainda, de praticar arbitrariedades em nome de determinada

fundamentais nas relações entre particulares... p. 57.

¹⁰⁷ Ibid., 2005, op. cit.

¹⁰⁸ Ibid., p. 58.

teoria, que acabará por mitigar ou suprimir os direitos de determinada parcela da sociedade não açambarcada pelos mesmos valores morais.

Conclui-se que não só é fundamental o papel da doutrina e da jurisprudência para o aperfeiçoamento social, a partir do fenômeno da constitucionalização e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também de extrema importância a atuação do legislador infraconstitucional, para que molde o sistema normativo em consonância à nova realidade social, ambos realizando suas atividades de forma técnica e criteriosa, para se manter a coesão do sistema jurídico atual e a autonomia epistemológica do Direito Civil, o qual vem se desenvolvendo desde a Roma Antiga, e que sempre foi competente e possuiu os mecanismos adequados para integrar e regular os fenômenos históricos-sociais com objetivo de desenvolvimento social, não precisando ser substituído por uma nova metodologia que carece de tecnicidade e apela para questões morais, extremamente voláteis, trazendo insegurança ao sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da constituição da

república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p.115-126, jan./dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º Turma). RE 201819. **Recurso Extraordinário**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro: introdução e parte geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil: todo direito civil num só volume**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. rev. ampl. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1959. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em: 17 outubro 2021

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. [19--]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20>

%20Miguel%20Reale.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição**. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

_____. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista O Direito**, Coimbra, Ano 143, nº 2, p. 63-64, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura jurídica europeia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 243-278, abr.-jun. 2016.

Revistas:

REVISTA DE DIREITO CIVIL da Padre Anchieta, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>