

# O direito civil constitucional: em busca de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais

**Hugo Garcez Duarte**

Mestre em Direito “Heremênutica e Direitos Fundamentais” –  
Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora/MG;  
Especialista em Direito Público – Universidade Cândido Mendes/RJ;  
Professor de Direito Constitucional – Faculdade de Direito  
e Ciências Sociais do Leste de Minas.  
Reduto – MG [Brasil]  
hugogarcez-23@hotmail.com

Aborda-se, por meio desse artigo, o Direito Civil Constitucional, com vistas a uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para tal, analisamos algumas questões concernentes ao Direito Público e ao Direito Privado, da Idade Média aos dias atuais, perpassando as dicotomias inerentes a cada época. Chegamos à conclusão que o Estado Democrático de Direito impõe um novo paradigma, em que a Constituição protagoniza o cenário jurídico, elevando a pessoa ao centro de todas as atenções. Nesse quadro, asseveramos que o direito civil deva ser aplicado para dar uma eficácia horizontal aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988, pois é ela quem fundamenta todo o ordenamento jurídico, inclusive os estatutos civis. Procuramos demonstrar ainda, que ao aplicador do direito é reservado um papel de busca da justiça, sendo certo que, diante de todo e qualquer caso, o estudo da melhor maneira de sua resolução consubstanciar-se-á numa leitura eminentemente constitucional, com vistas à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constituição. Direito civil. Efetividade dos direitos fundamentais.

# 1 Introdução

O tema a ser explanado retrata um novo paradigma a ser seguido no Direito contemporâneo, de modo que o Direito Civil, como toda a legislação infraconstitucional, deva ser analisado pela ótica Constitucional.

Em outras palavras, o paradigma impõe que interpretemos todas as searas do Direito, sejam elas a penal, processual, administrativa, e, inclusive, a cível, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (no que diz respeito ao nosso país), almejando-se a efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Primeiramente, apresentamos algumas questões concernentes ao direito público e ao direito privado, sob a égide dos pensamentos de Emanuel Kant e Norberto Bobbio. Posteriormente, procuramos demonstrar que em determinado período da Idade Média, o senhor feudal acumulava na sua pessoa, verdadeiro poder estatal, pois todos habitantes de seu feudo lhe deviam subordinação, exercendo este, funções, de ordem política, legislativa e judicial.

Ademais, asseveramos que no período correspondente ao Estado Liberal, houve certa interpenetração entre direito público e privado, tendo em vista interesses do monarca bem como da classe burguesa.

A partir desse momento histórico, os códigos civis foram encarados como um sistema fechado, numa perspectiva de centro da vida privada, de instrumentos legislativos totalizantes, de completude, donde se extrairia mandamentos legais tendentes à resolução de todos os fatos do convívio social. A lei era vislumbrada como norma suprema e os princípios jurídicos concebidos como conceitos ético-valorativos, fontes subsidiárias, aplicados exclusivamente, para garantia da segurança das relações jurídicas e a eficácia da lei.

Em seguida, tecemos alguns comentários a respeito do constitucionalismo social e da correlata mudança de paradigma no mundo jurídico. Aludimos, que diversamente do que se prelecionava no Estado Liberal, graças ao positivismo jurídico exacerbado (legalismo), não deveremos en-

tender os códigos civis como sendo o centro do direito privado, mas sim, que a Constituição é o centro de todo ordenamento, inclusive do cível, pois vige, no nosso tempo, um sistema jurídico aberto em que a Constituição ocupa papel principal, restando aos demais institutos, desempenhar um papel coadjuvante.

Fundados no referido, concebemos que os princípios jurídicos alcançaram status de normas, contendo, além de conceitos ético-valorativos, a tarefa, como normas que o são, de incidirem na resolução de casos concretos.

## 2 Dicotomia entre direito publico e direito privado em Kant e Bobbio

Sempre houve e sempre haverá quem diga existir uma dicotomia entre direito público e direito privado. Entretanto, uma nova visão sobre o direito aflora hodiernamente diante do pós-positivismo, levando-nos a superar essa distinção, entendendo para tal, como já fora explicitado quando dos precedentes comentários, que todos os ramos do direito infraconstitucional hão de ser interpretados à luz da Constituição (inclusive o direito civil). Todavia, é necessário fomentar, para a devida compreensão da problemática que envolve o tema, algumas questões no que tange o entendimento de existirem dois polos distintos no direito, vale dizer, o direito público e direito privado. É o que passamos a fazer a partir de agora.

Antes de apresentarmos o pensamento kantiano no que tange a tais questões, é necessário lembrar, por mais que não seja nossa pretensão desenvolvê-lo, por tratar-se nosso trabalho de seara bem mais humilde, que o fundamento filosófico do seu direito é o imperativo categórico, também conhecido como lei moral. Em suma, o imperativo categórico nos transmite a ideia de que, fundado na noção de liberdade como autonomia, a máxima que o sujeito segue, e que ele próprio concebeu, é de tal ordem que todos poderiam aceitá-la, valendo como lei universal (todos dariam a ela seu con-

sentimento) sem que o sujeito abra uma exceção para si (que a lei só valha para si, mas não para os outros, ou que só valha para os outros, mas não para si) (NOUR, 2004).

Posto isso, passamos à nossa proposta, ou seja, refletir acerca do direito público e do direito privado, com base em Kant e Bobbio.

Segundo Soraya Nour (2004), em *O Legado de Kant à Filosofia do Direito*, para Kant, há três tipos de direito: direito natural (*Naturrecht*), direito privado (*natürliches Recht*) e direito público (*öffentliches Recht*).

Para Kant, o direito natural (*Naturrecht*) corresponde, a priori, a critérios de justiça, o direito em condição natural (*natürliches Recht*), ao conjunto de leis que podem ser legitimamente pensadas, independentemente de instituições jurídico-políticas que o assegurem – corresponde às leis da sociedade, mesmo sem o Estado, e que se considerava na época como o direito privado: “[...] o conjunto de leis que não precisam de uma declaração exterior” Enquanto o direito público (*öffentliches Recht*) corresponde ao direito das instituições político-jurídicas: “[...] o conjunto de leis que necessitam de uma declaração pública.” (NOUR, 2004, p. 93).

À luz do referido, afirma Soraya Nour que a divisão interna principal que há na doutrina do direito de Kant não é entre um estado de natureza desprovido de direito e um estado jurídico, mas, sim, entre a sociedade, regida pelo direito privado, e o Estado, regido pelo direito público, ou seja, as instituições político-jurídicas que asseguram o cumprimento do direito privado. Tendo concluído que, tanto o direito privado quanto o público têm seus princípios de justiça determinados pelo direito natural. Assim, a doutrina do direito, ao ter por objeto o direito natural, assume a tarefa de investigação dos princípios de legitimidade do direito privado e do direito público (NOUR, 2004).

Norberto Bobbio, como nos informa Ingo Wolfgang Sarlet, estabelece, principalmente, a forma e a matéria da relação jurídica como critérios para distinguir direito público do direito privado (BOBBIO apud SARLET, 2006).

Para Bobbio, conforme Sarlet, com base na forma da relação jurídica, distinguem-se as relações de coordenação entre sujeitos de nível igual das de subordinação entre sujeitos de níveis diferentes, dos quais um é superior e outro inferior. Nesses termos, as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, sendo, portanto, relações de coordenação. De outro modo, as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, logo, seriam relações de subordinação.

No que tange a matéria que constitui objeto da relação, Sarlet informa, que segundo Bobbio, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que dizem respeito à totalidade das pessoas, à coletividade. Nesses termos, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos.

Após essa breve explanação acerca do que estabelecem Kant e Bobbio para diferir direito público do direito privado, demonstra-se que em vários períodos da história um se sobrepôs ao outro, bem como estiveram envolvidos.

### **3 Idade Média e Estado liberal: distinção e interpenetração entre direito público e direito privado**

No período mais intenso da idade medieval, houve certa absorção do público pelo privado, tendo em vista a primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos, fossem eles, econômicos, políticos e jurídicos. Nesse tempo, os senhores feudais exerciam verdadeira função pública, pois ditavam regras obrigatórias, impunham e arrecadavam tributos, além de julgarem e executarem suas decisões.

Com o advento do Estado moderno, houve uma nova interpenetração entre público e privado, por interessar à burguesia emergente (privado) o fortalecimento da monarquia nacional (público), pois com a centralização

do governo, favorecer-se-ia o desenvolvimento do comércio, reduzindo-se, conseqüentemente, as barreiras alfandegárias, as múltiplas moedas e demais searas. Por outro lado, também interessava ao público (monarca) a ascensão do privado, pois com o fortalecimento da burguesia, o monarca poderia cobrar tributos cada vez maiores, além do que, era dessa classe que se obtinha empréstimos para custear o financiamento de campanhas (SARLET, 2006).

À época, século XVI, o jusnaturalismo moderno dominara a filosofia do direito, sendo um dos triunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais (BARROSO, 2006).

Mais tarde, com o Estado Liberal, houve uma acentuada diferenciação entre direito público e direito privado. Nesse contexto, o direito privado passou a ser encarado como aquele que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjetivas e o mundo econômico, enquanto o direito público, passou a ser concebido como ramo do direito que regula, tão-somente, a estrutura, organização e funcionamento do Estado.

Na esfera política, a interferência do Estado, com o tempo, passa a ser ínfima, principalmente a partir do liberalismo econômico, caracterizado pela pouca regulamentação Estatal. Nesse cenário, restava ao Estado, estritamente, zelar pela “tutela” dos indivíduos de modo a lhes assegurar seu espaço de liberdade econômica perante o próprio Estado.

Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira, em *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, organizada por Luís Roberto Barroso, aduz que, o Estado Liberal de Direito erigi-se sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. Nesse modelo de total separação entre Estado e sociedade civil, o direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam da mais ampla liberdade no âmbito social. De outro lado, ao direito público cabe disciplinar as relações entre os indivíduos e o Estado, cuja nota característica é a verticalidade.

Os códigos civis desse período, tendo como marco o Código Napoleônico de 1804, caracterizavam-se por centralizarem a propriedade, com ênfase na imobiliária, que detinha caráter absoluto e individualista. É época de voluntarismo jurídico, da liberdade vinculada à autonomia contratual bem como da igualdade estritamente formal.

Conforme frisa Maria Celina Bodin de Moraes, o contexto histórico burguês e liberal concebeu o direito civil como ramo do direito apto a garantir a regulação mínima necessária para o livre jogo dos negócios, voltado, unicamente, à proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico (MORAES, 2006).

Nesse contexto, passa a imperar a ideia de monossistema, sendo os códigos encarados de uma forma totalizante, de completude (SARLET, 2006). Tais códigos ocupam a centralidade no mundo privado, e por isso, concebidos como verdadeiras constituições que regem a vida privada, de modo que regulariam todas as hipóteses concernentes ao convívio social. Os códigos eram tidos como infalíveis e detentores da previsão de todos os fatos da vida, que se subsumiriam às suas normas.

Nesse segmento, conforme Konrad Hesse, o código cível tornou-se lei privada, a lei que institui a sociedade burguesa, com o qual a lei Constitucional era de importância secundária (HESSE, 2001).

Mais uma vez vale observar as palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, sustentando que o paradigma da cisão entre direito público e direito privado foi o Código Napoleônico de 1804, que veio a tornar-se um modelo para outros países europeus, quando diz que o caráter autossuficiente e sistemático do *code* expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. Segundo a autora, de fato, enquanto a Constituição era, por sua própria essência, abstrata e permeável a opções políticas, o código regulava, de forma analítica e precisa, as situações jurídicas individuais, podendo ser aplicado pelos juízes com elevado grau de certeza (PEREIRA, apud BARROSO, 2006).

Note-se, que o juiz, nesse tempo, era tido como um mero aplicador da lei, restringindo-se unicamente a tomada de conhecimento do fato, à procura e escolha de qual regra ser-lhe-ia aplicada. Não se tinha abertura para o magistrado pensador, que fosse buscar, de maneira ampla, a melhor maneira de se resolver o caso que lhe era encomendado. Sua atividade era adstrita ao sentido objetivo da lei, exercendo uma interpretação lógico-dedutiva, limitando-se a elementos tradicionais da hermenêutica, tais como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.

A lei era concebida como exauriente, com a capacidade de prever todos os fatos da vida, como uma “embalagem” para qualquer produto (SARLET, 2006). O indivíduo era tido como ente abstrato e não por suas diferenças e peculiaridades.

No que tange ao código civil brasileiro de 1916, corroborando os dizeres alhures, observa-se que predominava o raciocínio jurídico, no que tange ao processo de realização do direito, ao paradigma da aplicação, entendendo-se como tal, o procedimento lógico-dedutivo que, a partir da norma geral e abstrata, e por meio do silogismo jurídico, chegava-se automaticamente à decisão do caso individual (TATURCE; CASTILHO, 2006).

O legalismo imperava, e por isso o magistrado exercia uma atividade silogística, pois estava “engessado” pela lei, o que o levava a observar, unicamente, o acontecimento mundano que, ao mesmo, é levado, e simplesmente, investigar no ordenamento jurídico, qual norma seria a mais adequada ao caso.

Nesse diapasão, Daniel Sarmiento alude que, de fato, para o positivismo clássico, a aplicação do direito deveria reduzir-se a uma subsunção, sendo a atividade do intérprete meramente declaratória, e do juiz desempenhar o papel secundário de “boca que pronuncia as palavras da lei”. Não sobrava qualquer espaço para a argumentação jurídica, pois o aplicador da norma era um autômato, a serviço da vontade de um legislador supostamente onipotente (SARMENTO, 2004, p. 79 – 80).

Relativamente aos princípios gerais de direito, regulamenta o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n.º

4.657/1942), que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

De acordo com essa previsão legal, os princípios gerais de direito só teriam aplicabilidade num terceiro momento, após frustrarem-se as chances de a celeuma ser resolvida por meio da analogia e dos costumes.

Vige um sistema fechado, em que a lei é norma suprema e os princípios jurídicos são encarados como conceitos ético-valorativos, fontes subsidiárias, sendo aplicados, unicamente, para garantir a segurança das relações jurídicas e a eficácia da lei.

Nesse sentido, vale observar que a segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando nos códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Canás, como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”. Ou seja, os princípios entram nos Códigos como uma “válvula de segurança” e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, dela extraídos, foram ali introduzidos para estender sua eficácia, de modo a impedir o vazio normativo (BONAVIDES, 2006).

Essa referida realidade começou a mudar com o constitucionalismo social, que nos países ocidentais sucedeu o segundo pós-guerra, conforme analisaremos a seguir.

## 4 Constitucionalismo social e a mudança de paradigma

O constitucionalismo social, diversamente do Estado Liberal, procurou destinar ao Estado a promoção da igualdade substancial, ainda que implicasse reduções no que tange a liberdade econômica.

Na esfera pública, procurou-se limitar o executivo por meio do princípio da legalidade que já existia no período precedente; o legislativo pelo controle de constitucionalidade; e o judiciário, sujeitando-o a uma concep-

ção de legalidade, com o dever de controlar a legitimidade constitucional da legislação ordinária.

No que concerne ao âmbito privado, a autonomia da vontade dos particulares ficou limitada, principalmente, a partir da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social (SARLET, 2006).

Nesse período, abandonou-se a ideia de monossistema, da suposta completude dos códigos totalizantes. O polissistema surgiu por meio da inserção das legislações extravagantes, tais como, no que concerne o ordenamento jurídico pátrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso entre outras.

A partir disso, ocorreu a chamada fragmentação do Direito privado, decorrente de uma sociedade complexa, pluralista e de risco, dominada pelo conhecimento e pela informação, que já não aceita, irrestritamente, o monismo jurídico (TATURCE; CASTILHO, 2006).

No que diz respeito a fragmentação do direito privado, pode-se falar, que o sistema jurídico unitário, simbolizado pelo código civil, detentor da pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sobre outros enfoques e princípios, intuindo garantir um mínimo de unidade sistemática, buscando subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição. “O papel unificador do sistema [...] é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” (SARLET, 2006, p. 42).

Começa a ser superada a crença de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, tragam sempre, um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, bem como que caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Um novo paradigma evidencia-se, sob o qual, as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma tradição exegética lhes pretende dar.

De forma contrária à concepção positivista jurídica (legalismo), o relato de uma norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro do qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. E mais, à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com o intuito de encontrar a solução constitucionalmente adequada para o problema (BARROSO, 2006).

A Constituição passa a ser, de forma mais intensa, a norma que dá fundamento a todas aquelas normas infraconstitucionais, inclusive as de direito civil, podendo-se sustentar que as normas constitucionais conquistaram o status de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar, direta e imediatamente, todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através do qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, ou seja, a todos os demais ramos do direito, sendo a efetividade da Constituição, a base sobre a qual se desenvolve a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2006).

Nossa Constituição, no que tange a esfera privada do direito, passa a abarcar institutos que outrora se reduziam ao código civil, tais como família, propriedade e atividade econômica.<sup>1</sup>

Indaga-se que, em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. O primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos, que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.), passaram a ser disciplinados também nas Constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados

a diplomas penais ou processuais. Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão constitucionalização do direito civil, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, a distinção entre princípios e regras, a interpretação conforme a Constituição, entre outras. Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição (SARLET, 2006).

Não foi por acaso que o constituinte originário incluiu em nossa Constituição Republicana de 1988 princípios típicos de direito privado, outrossim, para que todo ordenamento jurídico privado seja interpretado conforme nossa Lei Maior. Ela consagra, além de normas de formação, estrutura e organização do Estado, aquelas que atinam sobre as necessidades essenciais de todo e qualquer indivíduo.

É imprescindível ressaltar que uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, é a importância central atribuída aos princípios e o reconhecimento de sua força normativa. Hoje, na hermenêutica Constitucional há um aceitação da hegemonia dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta-se todo o edifício jurídico do novo sistema Constitucional (SARMENTO, 2004).

Os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Servem, em outras palavras, de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, indo, em seguida, ao mais genérico ao

mais específico, até chegar à formulação da norma concreta que vai reger a espécie. Ou seja, os papéis desempenhados pelos princípios são o de condensar valores, de dar unidade ao sistema e o de condicionar a atividade do intérprete (CUNHA; GRAU, 2003).

A inserção no Código Civil Brasileiro de 2002 de cláusulas gerais e princípios jurídicos indeterminados, fez com que o direito civil se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916, promovendo de tal modo uma verdadeira “princípioalização” do modelo interpretativo (TATURCE; CASTILHO, 2006).

Segundo Luís Roberto Barroso (2010), denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, entre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com sua avaliação.

Conforme lembra Ferdinand Lassale (1985), sendo a constituição a Lei Fundamental de uma nação, será qualquer coisa, que logo poderemos definir e esclarecer, ou, uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são, de modo que não se pode decretar outras leis contrárias à fundamental.

Observa-se que há uma nova mentalidade, no sentido de que, para a resolução do caso concreto, impõe-se ao aplicador do Direito a necessidade da observância do ordenamento jurídico como um todo intangível,

principalmente, com vistas à efetividade dos princípios constitucionais, que atuarão diretamente na órbita do direito privado.

O intérprete do direito já não está adstrito a uma atividade meramente silogística, de simples exegese, mas a um trabalho de permanente construção jurídica.

Nesse sentido, Francisco Amaral (apud BARROSO, 2005) assevera que o novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva, mas como uma rede, um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou a orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento à espera da necessária concretização. O movimento interno do sistema não é ascendente, mas circular. Enquanto o sistema axiomático usava a razão em sentido teórico, o sistema circular usa-a em sentido prático, substituindo-se o rigor lógico pela probabilidade dos fatos.

O Direito não é independente, capaz de realizar-se em si mesmo, mas necessita de outros ramos da ciência, tais como a sociologia, medicina, informática, etc, para lhe orientar na resolução de um caso complexo. O Direito deve ser concebido em uma totalidade social e dinâmica, suficientemente aberta para acolher os problemas que se renovam, sem prejuízo da sua ordenação sistemática, exigindo-se uma visão global e compreensiva da totalidade que se forma com as normas, as relações e as instituições, integradas em um conjunto unitário, coerente e dinâmico, que se processa sob a égide de valores e princípios fundamentais.

O viver é constituído de dinamismo, e o direito não mais satisfaz às necessidades de uma sociedade que evolui mais depressa que ele (AMARAL apud BARROSO, 2005), o obriga esse ramo do conhecimento a se esforçar para acompanhá-la, pois deve ser encarado como um ordenamento formado não só de normas, mas também de valores consubstanciados em princípios jurídicos. Deve ser encarado como produto da relação dialética entre a intenção sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a experiência problemática, imposta pela realidade social.

Ocorreu uma metamorfose constitucional, sendo redefinida a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira.

Renan Lotufo, nesse segmento, afirma que as Constituições passaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que resultou em uma visão diferente do papel da Constituição. Segundo o autor, hoje, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as Constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla (LOTUFO, 1998).

De fato, nas últimas décadas o código civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança, adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi-se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a segunda Guerra, ou seja, a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então, meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios (CUNHA; GRAU, 2003).

Corroborando as palavras acima mencionadas, Judith Martins Costa assevera que o código civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje sua inspiração, mesmo do ponto de vista de técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos (COSTA BARROSO, 2005).

Neste segmento, fomenta Daniel Sarmiento que os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma “leitura moral”, pois é, sobretudo, por meio deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da constituição (SARMENTO, 2004).

Vislumbrando o futuro do direito civil brasileiro, perquire Luiz Edson Fachin que três perspectivas se presentificam em direção ao porvir: de uma parte, considerando-se que um código não está na ordem do *dado*, uma dimensão criativa é a que fará, sob as luzes da jurisprudência, doutrina e legislação superveniente, e concretude real e efetiva da Lei n. 10.406, de janeiro de 2002, de outra, uma teoria crítica, inclusive por coerência, deve estar no campo do inacabado, do refazimento permanente, o que se alça como alavanca metodológica de análise e não apenas como dissecação estável de seu objeto; e por derradeiro, a dimensão constitucional do direito civil brasileiro contemporâneo abarca, ao lado dos horizontes formais e substanciais dessa base, a perspectiva de reconstrução incessante do próprio direito civil para que, no limite, acerte o passo com as demandas de seu tempo, e na possibilidade, contribua na edificação da justiça (FACHIN, 2003).

## 5 Considerações finais

Ante ao exposto, pudemos notar que o paradigma a ser seguido hodiernamente é o de que o direito civil deva ser aplicado de forma a dar uma eficácia horizontal aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República de 1988, pois é ela quem vai fundamentar todo o ordenamento jurídico, inclusive os estatutos civis.

Lembramos que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos remete à evidência de que a incidência dos direitos fundamentais deva ser estendida às relações entre particulares.<sup>2</sup>

Nesse diapasão, o aplicador do direito deverá, diante do caso concreto, procurar a melhor maneira de sua resolução, numa leitura eminentemente constitucional, em busca da garantia dos direitos fundamentais do sujeito de direito.

## Constitutional Civil Law: In search of the horizontal effectiveness of fundamental rights

Addresses, through this article, the Civil Constitution, with a view to a horizontal effectiveness of fundamental rights. To this end, we analyze some questions concerning the Public Law and Private Law, of the Middle Ages to the present day, spanning the dichotomies inherent in each season. We conclude that the democratic rule of law requires a new paradigm, where the Constitution stars in the legal scenario, the person raising the center of attention. In this context, we assert that civil law must be applied to give an effective horizontal trimmed fundamental rights by the Constitution of the Republic of 1988, it is she who founded the entire legal system, including the civil statutes. We demonstrate further that the law enforcer is a role reserved for the pursuit of justice, given that, before any case, studying the best way to substantiate its resolution will be an eminently constitutional reading, in order to security and effectiveness of fundamental rights.

**Key words:** Civil law. Constitution. Effectiveness of rights

### Notas

- 1 Ver, quanto à família, o art. 226. A respeito da propriedade, art. 5º: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; e seguintes incisos. No que pertine a economia título VII, que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, todos da Constituição da República de 1988.
- 2 Vale lembrar, apesar de que não as fomentaremos por tratar-se nosso trabalho de questão mais restrita, como alude Marcelo Novelino, três teorias foram desenvolvidas acerca do tema. A primeira, conhecida por Teoria da Ineficácia Horizontal nega qualquer efeito dos direitos fundamentais na relação entre particulares. A segunda, Teoria da Eficácia Horizontal Indireta, sustenta que os direitos fundamentais poderiam ser relativizados nas relações contratuais a favor da autonomia privada e da responsabilidade individual, cabendo ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por meio de uma regulamentação compatível com os valores constitucionais. A terceira, Teoria da Eficácia Horizontal Direta, defende que a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nessa aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. (NOVELINO, 2008).

## Referências

- BARROSO, L. A. Situação atual do art. 4º da lei de introdução ao código civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, jan./jun. 2005, p. 236-242.
- \_\_\_\_\_. (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 22 de maio de 2010.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CUNHA, S. S.; GRAU, E. R. (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HESSE, K. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.
- LASSALE, F. *A Essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1985.
- LOTUFO, R. (Org). *Direito civil constitucional – caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MORAES, M. C. B. de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, p 233 a 258, jul/dez. 2006. Disponível em: [http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin\\_n29.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf). Acesso em 22 de maio de 2010.
- NOUR, S. O legado de Kant à filosofia do direito. *Prisma Jurídico*, v. 3, 2004. Disponível em <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/577/527>. Acesso em 22 de maio de 2010.
- NOVELINO, M. *Direito constitucional*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.
- SARLET, I. W. (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TATURCE, F.; CASTILHO, R. (orgs.). *Direito patrimonial e direito existencial*. São Paula: Editora Método, 2006.

recebido em 8 abr. 2010 / aprovado em 2 jun. 2010

### Para referenciar este texto:

DURTE, H. G. O direito civil constitucional: em busca de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 137-154, jan./jun. 2010.