

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

CONSTITUCIONALIZATION OF CIVIL LAW AND APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONSHIPS

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira¹

RESUMO: O presente artigo analisa o processo de constitucionalização do Direito Civil, marcado pela substituição do Código Civil pela Constituição Federal no papel central do sistema jurídico. A supremacia e a força normativa da Constituição trazem como consequência a aplicabilidade dos direitos fundamentais não apenas às relações entre o indivíduo e o Estado (relações jurídicas verticais), mas também entre os indivíduos em suas relações tipicamente particulares (relações jurídicas horizontais). É aceita majoritariamente pela doutrina brasileira a eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, tendo também os tribunais pátrios aplicado diretamente os direitos fundamentais às relações entre particulares.

Palavras-chave: Direito Civil – Constitucionalização – Direitos fundamentais – Aplicabilidade – Relações privadas

ABSTRACT: The present article analyzes the process of constitutionalization of Civil Law, characterized by the substitution of Civil Codification by Federal Constitution as central element of the legal system. The supremacy and normative strength of the Constitution bring as consequences the applicability of fundamental rights not only in the relationships between individuals and the State (vertical legal relationships), but also between individuals in their typically private relationships (horizontal legal relationships). It is mostly accepted by Brazilian legal doctrine the direct and immediate horizontal effectiveness of fundamental rights, been this direct application in private relationships equally recognized by local courts.

Key-words: Civil Law – Constitutionalization – Fundamental rights – Applicability – Private relationships

Introdução

O mundo se encontra em constante evolução, sendo atribuída a Heráclito, no período pré-socrático, a afirmativa de que nada é permanente, exceto a mudança. É claramente observável que a realidade contemporânea já não é mais a mesma do período anterior às grandes Guerras Mundiais do século XX e muito menos a mesma do período em que viveu o referido filósofo grego. Este caráter evolutivo representa o ponto de partida para se reconhecer o desenvolvimento histórico dos direitos humanos e também da sua forma de incidência sobre as diversas relações jurídicas.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

Se inicialmente os direitos fundamentais tinham a natureza de direitos de defesa do indivíduo em face dos abusos estatais, hodiernamente já não se apresenta juridicamente viável pretender limitar a aplicabilidade de tal categoria de direitos às relações tipicamente horizontais. Nesta senda, faz-se indispensável uma análise da denominada constitucionalização do Direito Civil e de outros conceitos intimamente ligados ao referido processo, como o da força normativa da Constituição e o da dignidade humana, esta entendida, na lição de Fachin (2001. p.193) como elemento unificador dos direitos fundamentais.

Sob estas premissas, pretende-se abordar as teorias relacionadas à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, partindo-se da que defende a impossibilidade da referida incidência, até aquelas outras que reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com variações quanto à forma e à intensidade em que a mesma se opera.

Objetiva-se, ainda, apontar a postura adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras quanto ao tema proposto, bem como quais são os fundamentos teóricos que legitimam a referida escolha.

1. A constitucionalização do Direito Civil.

Durante muito tempo se considerou o Direito Civil o elemento nuclear da ordem jurídico-normativa. O surgimento do constitucionalismo, bem como o processo de codificação civil foram consequências do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Enquanto o constitucionalismo liberal cuidou da delimitação política do Estado e dos limites de sua atuação, ao individualismo coube a tarefa de resguardo da esfera de autonomia privada conferida aos cidadãos, como forma de se assegurar o livre exercício de suas liberdades, especialmente no que concerne às relações de natureza econômica (LÔBO, 1999).

As primeiras cartas políticas, em sua maioria, não trataram de regulamentar as relações privadas, o que ficou a cargo do legislador infraconstitucional, isto porque a ideologia constitucional de então era norteadada pela busca da estruturação do Estado e da garantia das liberdades individuais, da separação de poderes e da representação popular (SARMENTO, G., 2008, p. 51).

À luz da referida normatização infraconstitucional, construiu-se o conceito de igualdade formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei, não obstante a existência de flagrantes desigualdades materiais. Com a consolidação das liberdades individuais, aos poucos, passaram a estar previstos nos textos constitucionais os direitos fundamentais relacionados à liberdade, que posteriormente viriam a ser denominados direitos de primeira geração ou, como prefere Bonavides (2003, p.525), primeira dimensão². Tais direitos, desde a sua afirmação histórica, caracterizaram-se por uma obrigação negativa dirigida ao Estado frente à esfera de direitos de seus cidadãos, de forma que o mesmo deveria se abster da prática de qualquer ato que importasse em diminuição da liberdade individual, notadamente aquela relacionada ao patrimônio.

Como os direitos fundamentais representavam verdadeiros direitos de defesa contra o Estado, mantinha-se este totalmente apartado das relações jurídicas privadas, constituídas à luz dos preceitos de natureza civil, o que conduziu à hegemonia da classe burguesa sobre a imensa parcela da sociedade desprovida de qualquer poder econômico. Nesta quadra da história, ainda não havia espaço para se cogitar da aplicação, seja ela direta ou indireta, dos direitos fundamentais às relações privadas, estando os mesmos adstritos à limitação da atuação estatal na relação tipicamente vertical entre a Administração e os administrados.

Como reação à exploração social, legitimada pela igualdade meramente formal e pelo individualismo jurídico, surgiram os direitos de segunda dimensão, assim entendidos aqueles dotados de conteúdo social, econômico e cultural. A introdução de tais direitos na ordem constitucional teve como fundamento o *princípio da igualdade*, que não mais se limitava ao aspecto meramente formal, buscando atribuir a necessária isonomia às situações materialmente desiguais. O Estado passou a obrigar-se não apenas negativamente (direitos de primeira dimensão), mas também positivamente (direitos de segunda dimensão), pois a sua atuação, através de políticas públicas, representa o meio necessário à realização dos direitos sociais, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência social, etc (SARLET, 2000, p. 90). Nesse novo contexto, os direitos sociais passaram a ser vistos não mais como direitos contra o Estado, mas sim como direitos através do Estado (KRELL, 2002, p. 19-20).

² A utilização do vocábulo dimensão, em substituição a geração, tem por finalidade evitar a imprecisa ideia de que haveria uma sobreposição dos direitos fundamentais, caracterizada pela exclusão dos anteriormente existentes pelos recentemente surgidos. Em verdade, não se trata de sobreposição, mas de uma complementariedade das várias dimensões de tais direitos.

O modelo social e seus valores se afastavam cada vez mais dos antigos conceitos que vigoraram sob a hegemonia do direito civil do Estado Liberal. Nesse novo contexto, as constituições passaram a recepcionar, além dos direitos fundamentais de defesa, a categoria dos direitos fundamentais sociais, importando em significativa mudança no modelo estatal. Incumbido o Estado, agora denominado Estado Social, de propiciar a todos uma existência digna através da igualdade material, passou o mesmo a atuar na busca pela satisfação dos interesses sociais, podendo inclusive impor limites ao exercício abusivo ou desproporcional de direitos individuais, como a autonomia contratual e a propriedade.

No Estado Social, considerado este, no plano do Direito, como todo aquele em que a ordem econômica e social encontra-se regulada pela Constituição (LÔBO, 1999), os institutos do Direito Civil, antes considerados intocáveis, passaram a dever obediência às normas constitucionais que tutelavam os direitos sociais. Dessa forma, retirou-se a hegemonia do direito privado para atribuir-se à constituição a privilegiada condição de base fundamental de todo o sistema normativo. A interpretação jurídica, que na concepção liberal costumava partir do Código Civil até atingir-se a norma a ser interpretada, passou a iniciar-se na constituição, pois nela estava definida toda a organização política do Estado, além de estarem previstos os direitos fundamentais.

A essa mudança de paradigma, experimentada a partir do contexto do pós-guerra, pode ser atribuída a denominação de Neoconstitucionalismo, cujos desafios não mais se relacionavam às questões da estruturação do Estado, tendo sido deslocados, principalmente, para a estabilidade constitucional e a proteção e implementação dos direitos fundamentais (SARMENTO, G., 2008, p. 51).

O Neoconstitucionalismo conferiu lugar de destaque à pessoa humana, impondo a tutela de sua dignidade, registrando-se, nesse sentido, que *“A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”* (LÔBO, 1999).

É nesse sentido que se pode afirmar ter ocorrido no constitucionalismo moderno um retorno aos valores, uma reaproximação do Direito com a ética, não no sentido de desconstrução do ordenamento positivo, mas sim da reintrodução no mesmo das ideias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2006, p. 28).

Embora as constituições tenham avançado no sentido de incluir no rol de direitos fundamentais também aqueles de índole social, econômica e cultural, bem como de garantir a dignidade da pessoa humana, incorporando princípios advindos da ordem jurídica internacional, como os previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, muitos códigos civis permaneceram inalterados e, em consequência, em flagrante contradição com os novos princípios inseridos, expressa ou implicitamente, nos textos constitucionais dos diversos Estados Sociais de Direito.

No Brasil, por anos conviveram a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 1916. A primeira tratou de consolidar o conceito de Estado Social de Direito, trazendo dispositivos condizentes com o novo modelo estatal e também vários dispositivos garantidores dos direitos fundamentais, inclusive no que concerne às relações jurídicas de ordem privada. O segundo, entretanto, impregnado de conceitos superados pela nova ordem jurídica, exigia do intérprete a árdua tarefa de adequação entre os preceitos civis e constitucionais. Neste panorama, reconheceu-se que *“toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”* (BARROSO, 2003, p. 161).

A superioridade hierárquica da constituição, enquanto lei fundamental do Estado, desdobra-se em três aspectos principais: (a) as normas constitucionais gozam de autoprímazia normativa, ou seja, recolhem os fundamentos de sua validade em si mesmas; (b) as normas constitucionais são normas de normas, representando a fonte e o fundamento de elaboração de todas as normas jurídicas infraconstitucionais; e, (c) finalmente, em consequência da referida supremacia jurídica da constituição, impõe-se a necessidade de conformidade de todos os atos estatais com a lei fundamental, sob pena de invalidade dos mesmos (CANOTILHO, 1998, p. 1074).

Com o advento do Código Civil de 2002, muitas destas contradições foram superadas, afinal o referido diploma legal adotou diversos valores já anteriormente previstos pela Constituição de 1988, tais como a função social da propriedade e do contrato e a igualdade jurídica, material e formal, entre os cônjuges (ou companheiros) e entre os filhos, sendo este rol meramente exemplificativo.

Entretanto, não obstante os avanços legais em busca de uma maior adequação com os preceitos do Estado Democrático de Direito, permanecem ainda relevantes os conceitos da

supremacia das normas constitucionais, bem como da constitucionalização do direito civil, impondo-se, em decorrência de ambos, a interpretação do Direito Civil segundo os princípios insculpidos na Constituição Federal (filtragem constitucional).

Isto se deve ao fato de que a noção de constitucionalização do Direito conduz, necessariamente, ao reconhecimento de um efeito expansivo das normas constitucionais, através da irradiação, com força normativa, de seu conteúdo por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2007). Esta irradiação repercute sobre a atuação do Estado, através dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, especialmente nas suas relações com os particulares.

Como consequência dos conceitos até aqui expostos, torna-se premente o reconhecimento da imbricação dos direitos fundamentais, que ocupam posição de destaque no panorama neoconstitucionalista, não apenas sobre as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, mas também sobre as relações jurídicas entre particulares, conforme se passará a abordar.

2. A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: doutrina e jurisprudência.

Embora o surgimento dos direitos humanos seja bastante anterior a este período, foi somente depois da Segunda Guerra Mundial que o problema do reconhecimento dos mesmos extrapolou os limites das nações, tornando-se uma questão internacional e, portanto, de interesse de todos os povos (BOBBIO, 1992, p. 23). Isto aconteceu devido aos horrores experimentados pela humanidade durante as duas Guerras Mundiais ocorridas ao durante o século XX e cuja resposta viria sob a forma da positivação dos direitos humanos e da criação de um sistema mundial para a sua tutela.

Os direitos humanos ganharam um caráter supraestatal, o que pode ser comprovado pela criação da ONU – Organização das Nações Unidas, no ano de 1945, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948, bem como pela criação do Tribunal Penal Internacional, como resultado do Estatuto de Roma, de 1998. Ademais, houve uma forte tendência de positivação dos direitos humanos nos textos constitucionais de diversos países, passando os mesmos a serem conceituados como direitos fundamentais.

Como já afirmado anteriormente, os direitos fundamentais surgiram como direitos relacionados às liberdades individuais dos cidadãos, representando verdadeiros direitos de defesa destes em face do Estado. Neste sentido, os direitos fundamentais se dirigiam às relações jurídicas entre o Estado e os particulares, nas quais não havia igualdade jurídica entre as partes e, por isso, caracterizavam-se pelo sua configuração verticalizada. Tem-se aqui a denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento doutrinário não suscita maiores questionamentos.

As divergências começam a surgir ao se abordar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, tendo em vista serem as mesmas caracterizadas por uma suposta igualdade entre os mesmo, razão pela qual aqui se trata de uma eficácia não vertical, mas sim horizontal dos direitos fundamentais. Ainda hoje, este tema não goza de unanimidade, permanecendo atual a questão sobre *se, como e em que grau* os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações entre particulares.

As variadas teorias que apresentam respostas à questão supra se baseiam na equalização entre, de um lado, a garantia dos direitos fundamentais de um dado particular e, de outro lado, a autonomia privada de outro(s) particular(es). O que vai definir cada uma das teorias é justamente a prevalência de um dos conceitos que compõem o referido binômio, gerando desde posturas negativas quanto à incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, até aquelas outras que a reconhecem, em maior ou menor grau.

É relatada por Silva (2005, p. 68) a existência de corrente da doutrina, embora minoritária, que nega a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, sob o fundamento da função clássica que tais direitos desempenham no sistema jurídico, ou seja, a função precipuamente liberal de defesa do indivíduo em face do Estado. Segundo essa visão, típica do constitucionalismo liberal-burguês, como os direitos fundamentais eram encarados simplesmente como limites ao exercício do poder estatal, não havia qualquer espaço para projeção dos mesmos na seara das relações entre particulares (SARMENTO, D., 2006, p.193).

Põe-se, ainda, como fundamento da teoria em análise a impossibilidade de compatibilização da forma de proteção dos cidadãos contra os abusos do Estado com a pretendida proteção de um particular em face de outro particular, ante a natureza distinta de ambas as espécies de relações jurídicas.

Os fundamentos mencionados acima são inclusive alguns dos adotados no sistema jurídico dos Estados Unidos, onde se configurou a teoria da *State Action*, segundo a qual as normas constitucionais, inclusive aquelas garantidoras de direitos fundamentais, vinculam apenas o Estado, com exceção da proibição da escravidão, prevista na 13ª Emenda. Somente a partir de uma eventual imputação da conduta de um particular ao Estado é que se tornaria possível obrigar aquele primeiro a respeitar os direitos fundamentais positivados na Constituição. Trata-se de verdadeira expressão do acentuado individualismo característico da ordem jurídica geral dos Estados Unidos, assentada na *Bill of Rights* da Carta americana e no pacto federativo daquele país, que estabelece ser dos estados a competência para legislar sobre direito privado.

Em sentido oposto, tem-se hoje nos países cujo sistema jurídico teve origem romano-germânica um maior consenso quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, permanecendo as controvérsias quanto à forma e extensão destes efeitos (SARMENTO, D., 2006, p.197).

Já neste ponto é possível afirmar que esta postura se apresenta muito mais condizente com a realidade do mundo contemporâneo, afinal os excessos e a violência há muito já não são mais perpetrados exclusivamente pelos entes estatais, decorrendo, não raras vezes e em grande medida, de atos praticados por atores tipicamente privados, mas não menos opressores. É possível afirmar, inclusive, que determinadas organizações de natureza privada possuem um poder de influência econômica e política superior ao de algumas nações do globo, o que já demonstra a potencial desproporcionalidade da relação jurídica firmada entre aquelas primeiras e um dado indivíduo.

Credita-se à doutrina constitucional alemã o surgimento da teoria que reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações de índole privada, tendo a mesma se subdividido nos modelos da *eficácia indireta e mediata* e da *eficácia direta e imediata* dos direitos fundamentais.

O primeiro dos referidos modelos foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão, partindo-se da ideia de um direito geral de liberdade ou de uma autonomia privada. Como forma de se compatibilizar a liberdade, a autonomia e a responsabilidade individuais com os direitos fundamentais, construiu-se a ideia de que a aplicabilidade destes últimos às relações de natureza privada se dá através do corpo normativo do próprio direito privado (SILVA, 2005, p. 99).

A teoria em análise pressupõe, necessariamente, a atuação do legislador na produção de normas infraconstitucionais integradoras dos preceitos constitucionais, permitindo-se assim a incidência dos direitos fundamentais às relações entre particulares apenas de maneira indireta. Permite-se ainda, em caso de ausência de norma infraconstitucional, a invocação de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados do próprio direito privado como parâmetros hermenêuticos, mas nunca se autorizando a aplicação direta das normas constitucionais às relações meramente particulares. Os defensores desta teoria e da primazia do legislador nela expressa expõem como vantagens da sua adoção a atribuição de uma maior segurança às relações jurídicas e uma melhor compatibilização com os princípios democrático e da separação de poderes.

Como defensor da aplicabilidade apenas mediata e indireta dos direitos fundamentais às relações privadas típicas pode-se citar Andrade (2006, p. 278), segundo o qual as normas constitucionais representam:

(...) princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wetverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverscharfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzluckenschliessung*), mas sempre dentro do “espírito” do Direito Privado.

Ocorre que a teoria da eficácia horizontal mediata carece de uma maior utilidade enquanto teoria autônoma, afinal, a mesma não se distingue suficientemente de conceitos como o da força normativa da Constituição e o da interpretação conforme a Constituição. Ademais, trata-se de forma de tutela parcial dos direitos fundamentais na seara privada, tendo em vista a efetiva proteção dos mesmos ficar condicionada à atuação do legislador infraconstitucional, inclusive ao juízo de conveniência deste quanto à edição das respectivas leis integradoras dos comandos constitucionais. Apresenta-se inviável, especialmente em tempos de afirmação de um constitucionalismo mais atuante quanto às omissões inconstitucionais do legislador, pretender que justamente os direitos fundamentais tenham a sua efetividade obstaculizada pela inércia do parlamento.

Credita-se igualmente ao Direito alemão o surgimento da teoria que defende a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações de natureza privada, sem a necessidade de uma atuação intermediadora por parte do legislador infraconstitucional. Conforme relato de Sarlet (2000, p. 121), esta teoria foi desenvolvida por Hans Carl Nipperdey, na década

de 50, e posteriormente reforçada por Walter Leisner, tendo sido recepcionada por diversos países europeus, como Portugal, Itália e Espanha, embora na própria Alemanha não seja majoritária.

A teoria em análise se baseia justamente no fato de os direitos fundamentais representarem os valores máximos adotados por um Estado e na própria força normativa da Constituição. Vale mencionar também que se trata de uma verdadeira expressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, entendida no sentido proposto por Fachin (2001, p.193) como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais e ainda como elemento condicionante da ordem econômica, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Esta é a teoria majoritária no Brasil, contando com a adesão de autores como Barroso, Sarlet, Daniel Sarmento, dentre outros. Registre-se que não se trata de uma postura radical que busca a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas a qualquer custo, afinal, os adeptos da mesma reconhecem a necessidade de ponderação, no caso concreto, do direito fundamental específico com a autonomia privada dos particulares envolvidos (SARMENTO, D., 2012, p.15).

Em reforço à necessidade de serem evitados eventuais excessos do movimento de constitucionalização do Direito Civil brasileiro, bem como os riscos da ubiquidade constitucional, mencione-se a lição de Ehrhardt (2012, p.839), ao concluir que:

(...) o texto constitucional não é autossuficiente. Se por um lado nos permite traçar um rumo, não dispõe de todas as ferramentas para alcançá-lo. Tal constatação nem sempre é apreendida por operadores do direito, em especial magistrados, obcecados por efetividade constitucional a todo e qualquer custo.

Nessa senda, Canotilho (1998, p. 1158) chama atenção para a questão dos denominados poderes privados, sustentando que, apesar de todos os particulares estarem vinculados aos direitos fundamentais, a desigualdade da relação jurídica sob análise concreta não pode deixar de ser levada em consideração para a correta dosagem da eficácia horizontal daqueles direitos.

Faz-se forçoso reconhecer, sob as bases do neoconstitucionalismo, a propensão dos direitos fundamentais à incidência direta e imediata nas relações entre particulares, especialmente no Brasil, cuja Constituição Federal consagra expressamente a dignidade da pessoa humana e goza ainda de inegável força normativa.

Não são muito raras as manifestações na jurisprudência brasileira acerca do tema ora em exame, merecendo destaque, dentre outros, os acórdãos abaixo:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.(RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS MENSALIDADES. FAIXA ETÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros

de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. 2. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, ou seja, os pressupostos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e da verossimilhança da alegação, impõe-se a manutenção daquela. Ressalte-se a pretensão recursal de revogação daquela tutela poderia deixar sem qualquer assistência a parte autora, em razão dos novos valores fixados inviabilizarem a continuidade da satisfação do referido plano, o que atentaria ao princípio da dignidade humana. 3. Em contrapartida, inexistente o alegado dano irreparável por parte da parte agravante, pois o feito versa sobre relação obrigacional, portanto, em caso de reversão da medida, a agravante poderá ressarcir-se junto à parte contratante, pela via administrativa ou em ação própria. 4. Ademais, não se pode afastar o direito da agravada de discutir acerca do plano de saúde contratado, o que atentaria ao *princípio da função social do contrato*, em especial no que diz respeito à matéria securitária. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70028220036, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/01/2009)

A análise das decisões supra revela que os tribunais pátrios têm trilhado o caminho da teoria da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, embora o discurso argumentativo utilizado pelos mesmos não seja fruto da desejável e merecida profundidade teórica que o tema demanda.

Não obstante a referida limitação cognitiva, deve-se registrar que se trata de atuação judicial tendente à tutela e concretização dos direitos fundamentais, que em sua dimensão objetiva se dirigem tanto ao Estado como aos indivíduos e às entidades de natureza privada.

Visualiza-se ainda, como consequência da postura judicial em comento, um útil efeito construtivo de uma cultura de observância dos direitos fundamentais no âmbito das variadas relações jurídicas entre particulares, sejam elas de natureza laboral, contratual de consumo, familiar, dentre outras. A natureza das relações privadas não pode ser considerada obstáculo à aplicação dos direitos fundamentais, mas deve ser necessariamente levada em consideração para a adequada fixação da extensão da aplicabilidade dos mesmos.

O enfrentamento da matéria pelos tribunais, com a profundidade necessária, especialmente com relação à justificação teórica da adoção da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas referidas relações, teria um efeito ainda mais positivo, seja no aspecto garantista ou no da segurança jurídica. Tratar-se-ia de assegurar a devida garantia dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, de evitar os perigos dos excessos perpetrados por algumas decisões judiciais.

Conclusões

O Direito Civil passou por um inegável processo de constitucionalização, tendo este movimento se acentuado após o fim da Segunda Guerra Mundial. Além da positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais de diversos países, desenvolveu-se ainda um sistema internacional de tutela dos direitos fundamentais, passando os mesmos a gozar de um caráter supraestatal.

Como consequência inevitável, passou-se a questionar a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais também nas relações meramente privadas. A cultura jurídica excessivamente individualista e liberal dos Estados Unidos levou aquela nação a adotar, até os dias atuais, a teoria da não incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, configurada, essencialmente, sob a forma da denominada *State Action*.

Por outro lado, surgiram na Alemanha doutrinas tendentes ao reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, subdividindo-se as mesmas nas teorias da eficácia horizontal indireta e mediata e da eficácia horizontal direta e imediata. A primeira, até hoje majoritária no Direito alemão, pressupõe a existência de legislação infraconstitucional integradora das normas definidoras de direitos fundamentais. Mais avançada, a segunda delas reconhece a possibilidade de incidência direta e imediata dos direitos fundamentais às relações de natureza privada, independentemente da atuação intermediadora do legislador.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, embora não tenha prevalecido na Alemanha, foi adotada em diversos outros países como, por exemplo, Portugal, Itália, Espanha e, inclusive, o Brasil. Os tribunais pátrios já adotaram reiteradamente esta forma de aplicabilidade de tais direitos, conforme julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, embora os mesmos não tenham abordado com a profundidade desejável as teorias relativas ao tema em comento.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações de índole privada (relações horizontais) não significa que a mesma deva se dar nos exatos moldes daquela referente às relações verticais, afinal, naquelas primeiras se faz necessária a ponderação (sopesamento) dos direitos fundamentais envolvidos no conflito. Isto se deve ao fato de que as relações horizontais envolvem mais de um particular, sendo cada um deles detentor de determinados direitos fundamentais.

Não restam dúvidas, especialmente diante da força normativa da Constituição e da dignidade da pessoa humana, que os direitos fundamentais devem incidir nas relações particulares de maneira direta e imediata. Deve-se, entretanto, empreender o esforço necessário para que a referida incidência não extrapole os limites do razoavelmente justificável, evitando-se desta forma os riscos de um eventual decisionismo exacerbado (EHRHARDT JUNIOR, 2012, p. 860).

Há que se buscar, mais do que nunca, a efetiva tutela dos direitos fundamentais, sem, contudo, promover-se uma limitação paralisante da esfera de atuação dos particulares, por meio de um prejudicial desvirtuamento das respectivas relações jurídicas. Para salvaguarda dos próprios conceitos de neoconstitucionalismo, constitucionalização dos direitos e eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais, deve-se evitar a banalização dos direitos, inclusive fundamentais, em decorrência de uma aplicabilidade irrestrita e desarrazoada.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. *O Direito Privado na Transição do Neoconstitucionalismo para o Constitucionalismo Internacionalizado*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº 2. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0605_0637.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 01 mar. 2013.

(Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. São Paulo: Renovar, 2003.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Acertos e Desacertos do Processo de Constitucionalização dos Direitos: Uma Reflexão sobre os Perigos da Ubiquidade Constitucional no Direito Civil Brasileiro*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº 2. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=114&cid=5>. Acesso em: 30 mar. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate jurídico e a jurisprudência do STF*. Disponível em <www.danielsarmento.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SARMENTO, George. *Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda*. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

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