

A ATUAL ABORDAGEM CONCEITUAL DO DIREITO CIVIL COM A SUPERAÇÃO DA DIVISÃO DICOTÔMICA DO FENÔMENO JURÍDICO, TENDO A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SEU SIGNO CARACTERÍSTICO

THE CURRENT CONCEPTUAL APPROACH OF THE CIVIL LAW WITH
OVERCOMING THE PHENOMENON OF LEGAL DIVISION DICHOTOMY, BEARING
THE EFFECTIVENESS OF HORIZONTAL FUNDAMENTAL RIGHTS AS YOUR SIGN
CHARACTERISTIC

Alexandre Gazetta Simões¹

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior²

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar crítica, ressystematizar e dar um novo fundamento de validade ao Direito Privado, em especial ao Direito Civil, a contar da clássica visão binária do direito, em público e privado. Ao se por diante de nova interpretação do Direito Privado a partir da axiologia Constitucional, mostra como signo dessa mudança a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Institutos outrora definidos com autonomia absoluta são relativizados, com a incidência de novos postulados publicistas do processo do Constitucionalismo, berço do Estado Liberal, além da maior incidência e proximidade da ação estatal, que viceja numa completa Constitucionalização. Estabelece-se um novo modelo e a eficácia de irradiação insere-se nos direitos fundamentais, imediata e diretamente nas relações entre os particulares e mediata e indiretamente, no estabelecimento de cláusulas gerais de aplicabilidade, gerando no espírito do Direito Civil uma coerção social mais efetiva a partir do Constitucionalismo. A clássica dicotomia romana em ramos do direito há muito não mais se justifica, com a nova interpretação do código a partir da axiologia Constitucional ou conforme a Constituição, com novos critérios de justificação, preponderância do interesse protegido e a forma da relação jurídica regulada pela prescrição normativa, firme no estabelecimento do novo paradigma.

PALAVRAS-CHAVE

Conceituação do Direito; Divisão Dicotômica do fenômeno Jurídico; Constitucionalização do Direito Civil; Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Graduado em Direito (ITE-BAURU), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de Direito (FSP- Faculdade Sudoeste Paulista).

² Vice-coordenador do Programa de Mestrado, Professor do Mestrado, Professor da Graduação, Líder do Grupo de Pesquisa DiFuSo (Direito Fundamentais Sociais) e Graduado no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru). Advogado.

The paper aims criticize, systematise again and give a new foundation of validity to private law, in particular the Civil Law, after the classic binary view of law, public and private. When on a new interpretation of private law from the Constitutional axiology, as a sign of this change shows the horizontal effectiveness of fundamental rights. Institutes formerly defined with absolute autonomy are relative, with the incidence of new postulates publicists process of Constitutionalism, birthplace of the Liberal State, in addition to higher incidence and proximity of state action, which thrives in full Constitutionalisation. Establishes a new model and the effectiveness of irradiation is part of the fundamental rights, immediately and directly in the relations between individuals and mediately and indirectly, in the establishment of general applicability clauses, resulting in the spirit of civil coercion more effective social from Constitutionalism. The classic dichotomy in Roman branches of the right long no longer justified, with the new interpretation of the code from the Constitutional axiology or under the Constitution, with new criteria of justification, and the preponderance of the interest protected form of legal relationship regulated by normative prescription, firm in establishment of the new paradigm.

KEYWORDS

Conceptualization of law; Dichotomous Division of Legal phenomenon; Constitutionalization of Civil Law; Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A tradicional divisão do Direito em Público e Privado, em sua atual conformação, perdeu fôlego, de modo que, em nossa abordagem conceitual hodierna do fenômeno jurídico já não é crível, e, muito menos, razoável, conceber uma ideia que pregue o antagonismo entre Direito Público e Direito Privado, compartimentalizando-os, de forma estanque, nessas duas derivações.

Assim, o critério baseado na utilidade preponderante da lei, que da parte do Direito Público preceituava a ordem e a segurança; e da parte do Direito Privado primava pela liberdade e igualdade formal, perdeu-se nessa quadra da história.

Ocorre que o Direito Civil passa por transformações. Sua evolução histórica reflete a interpenetração dos enunciados do Direito Público, notadamente dos influxos constitucionais em seus institutos, voltados a um paradigma de igualdade material e autonomia relativa, no exercício da liberdade.

E dentro dessa acepção, se de um lado, houve o esgotamento do modelo de Direito Privado plasmado em Códigos; de outro, a ascensão das Constituições, vertidas em diplomas consagradores dos direitos fundamentais e instrumentos de dirigismo Estatal, representou a tônica dessa transformação; ou seja, um Direito Civil que se percebe por meio das lentes do Direito Constitucional.

Portanto, verificou-se a perda de prestígio dos Códigos, de um modo geral; atingiu-se um paradigma representado por microssistemas, refletindo uma acepção mais próxima de uma igualdade material, com o influxo de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos meandros do Direito Privado, e fizeram-se presentes cláusulas gerais, na construção dos sistemas jurídicos, e tudo isso exterioriza a tez do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Tal panorama se reflete no âmbito dos direitos fundamentais, seara em que se propugna pela chamada eficácia desses nas relações de matiz privado. O que, há tempo não tão distante poderia soar como ofensa à então chamada autonomia da vontade, que ganha contornos conformadores de modo a que se leve em consideração, no exercício dos direitos subjetivos, uma esfera de horizontalidade com terceiros, preceitos emanados da Constituição Federal.

A aplicação de tais contornos ao direito subjetivo, antes absoluto, agora relativizados, a partir da ação Estatal, sob o crivo da deontologia constitucional, o que está velando ser um dos elementos mais característicos dessa nova abordagem conceitual do Direito, e que põe em xeque a conformação clássica, vinda a partir da gênese romana.

1 DA CONCEITUAÇÃO DO DIREITO

Pondere-se, inicialmente, que o Direito se manifesta para o seu intérprete de várias formas, a partir dos vários modos que é visto; assim como se nota, a nosso sentir, os múltiplos aspectos da realidade.

Apresenta-se o Direito, plurissignificativamente, como um objeto complexo; prestando-se às indagações várias que o remetem à sua deontologia, sua ontologia e fenomenologia.

Tal estado de coisas é preconizada por Karl Larenz (1997, p. 04), que, ao tratar do Direito, em seu viés ontológico, aponta para a sua complexidade, remetendo à sua fenomenologia adstrita, necessariamente, ao seu caráter deontológico:

O "Direito" é um objecto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a filosofia. A metodologia jurídica não pode existir sem a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o juiz contentar-se com uma "correta" (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio "justas" – e em que poderemos reconhecer se uma decisão é "justa".

Dessa forma, sem querer recorrer a nenhuma conveniente simplificação, o Direito poderá ser entendido, por exemplo, como objeto de uma ciência, como regra de conduta obrigatória, ou mesmo como faculdade de que dispõe o indivíduo de exigir a satisfação de seus interesses (BOMFIM, 2008, pp. 24 e 25).

Assim, para o Direito não existe uma “definição verdadeira e uma falsa, mas apenas, quando muito, uma definição mais oportuna e uma menos oportuna” (BOBBIO, 2008, p. 13).

Portanto, como premissa inicial, tem-se que o Direito é um produto cultural, visto que é fruto de uma determinada cultura. Assim, sua concepção deve ser necessariamente datada geográfica e historicamente.

O caráter social do Direito deriva da coexistência dos variados modos de produção social, de forma que sua produção Estatal resulta “da coexistência histórica de todos esses modos de produção” (GRAU, 2008, p. 17).

O Direito poderá, dentro dessa linha de pensamento, ser concebido como um fenômeno social; e, portanto, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela (REALE, 2005, p. 02). Tem sua origem na complexidade da vida social, a partir da relação dos componentes sociais, de forma a possibilitar a concretização de um projeto social de harmonia e paz, prestando-se a moldar a sociedade e sendo moldado por ela, a partir de sua concepção cultural.

Nesse sentido, ensina Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 29) que:

Assim, muito embora exista uma pluralidade conceitual, é possível afirmar com tranquilidade que o Direito tem natureza social, que é uma criação humana, que obedece a uma lógica resultado da inteligência e da criatividade do ser humano e que é uma construção de alta tecnicidade. É, portanto, resultado da cultura dos povos. Daí poder-se reconhecer que o Direito, embora molde realidades diferentes, é também impactado e moldado por elas.

Assim, a ciência jurídica está associada, de forma indelével, ao fenômeno social.

Portanto, a partir do critério nominalista, onde o Direito é reconhecido como sinônimo de lei, não apresentando uma existência real, mas uma “designação compreensiva para o conjunto de leis, cujo conteúdo é arbitrário (pelo menos no quadro da ordem constitucional), defende-se que a realidade do Direito apenas pode transparecer na lei” (KAUFMANN, 2010, p. 201). Tal linha de pensamento parece, a nós, que somente faz sentido se levada em consideração juntamente com uma corrente dogmática, que pretende “um conceito de direito, que seja mais do que uma formal designação compreensiva do

conjunto de lei, e diga algo sobre a realidade do conteúdo do Direito” (KAUFMANN, 2010, p. 201).

A par dessas considerações, a premissa que se adota, para fins de elucidação do fenômeno jurídico, é voltada para o estudo do Direito a partir de um ponto de vista normativo, visto que, nesse enfoque, concebe-se que “a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta” (KAUFMANN, 2010, p. 202).

E nesse viés, não se ignora que Direito pode ser considerado sob um enfoque que afasta o fenômeno normativo para inseri-lo em uma acepção institucional; levando-se em consideração, na composição do fenômeno jurídico, o conceito de sociedade, como base de fato em que o Direito passa a existir, e o conceito de ordem social, como fim pretendido pelo Direito.

Do mesmo modo, também é corrente a existência de outra escola teórica que preconiza o elemento característico da experiência jurídica. Trata-se da relação intersubjetiva por ser o Direito um fenômeno social; portanto, com origem na sociedade, como um todo.

Assim, qualquer fato classificado como jurídico é constituído por dois elementos: o primeiro, corresponde a um ato humano determinado no tempo e no espaço, seja singular ou encadeado em um feixe de condutas, mas sensorialmente perceptível; e o segundo, correspondente a sua significação jurídica.

Tal constatação é apontada por Hans Kelsen (1997, p. 02), que elucida:

Se se parte da distinção entre ciência da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portando, como parte da natureza.

Portanto, é a partir da conjunção dos fatos sensorialmente perceptíveis associada à significação jurídica, que se extrai, racionalmente, o Direito.

Nesse passo, portanto, avoca-se que tanto a teoria da relação, a qual evidencia o fenômeno da intersubjetividade; quanto a teoria da instituição, focada no fenômeno da organização social, e a defendida teoria normativa, que leva em consideração o aspecto da regularidade do fenômeno normativo; antes de se conceber que se excluem mutuamente, conclui-se que as mesmas se complementam, evidenciando o aspecto multiforme da experiência jurídica; visto que a essa revela um mundo de relações entre sujeitos humanos,

organizados de maneira estável em sociedade, mediante o uso de regras de conduta. Portanto, “quanto ao aspecto multiforme da experiência jurídica, a teoria da relação evidencia o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social* e a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*” (BOBBIO, 2008, p. 24).

Assim, a “intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; aspecto normativo é a condição *necessária* e suficiente” (BOBBIO, 2008, p. 24).

Desse modo, quanto aos aspectos complementares da experiência normativa, o fundamental continua ser o aspecto normativo, daí o enfoque pretendido para a caracterização do Direito; sob o viés de ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2008, p. 24) pontua que:

A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem sozinhas, mas sempre num contexto de normas que têm relações específicas entre si (e essas relações serão em grande parte o objeto do nosso estudo). Esse contexto de normas costuma ser denominado “ordenamento”. E convém observar desde o início que a palavra “direito”, dentre os seus muitos significados, também quer dizer “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “direito romano”, “direito italiano”, “direito canônico” etc.

Desse modo, não descurando da perspectiva crítica do fenômeno jurídico (2008, p. 24), ou mesmo de seu imanente aspecto cultural (2008, p. 24), enfoca-se a “descrição do direito como sistema de normas que regula – para assegurá-la- a preservação das condições de existência do homem em sociedade [...]” (GRAU, 2008, p. 18).

Assim, sob tal perspectiva, o Direito pode ser definido como “o complexo de normas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de descumprimento” (DINIZ, 2009, p. 246). Ou ainda, como “o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção” (GONÇALVES, 2006, p. 06). Bem como, “um sistema de normas cuja unidade é construída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade” (KELSEN, 1997, p. 33).

E de forma derradeira, porém não definitiva, no entanto, necessária, de modo a se frisar que a visão normativa asséptica não é a pretendida, poder-se-ia pontuar, ainda de que modo incompleto, ante os estreitos limites desse trabalho, que o Direito é um sistema normativo “que formula uma pretensão à correção”, tendo em consideração um conjunto de leis (em conformidade com uma Constituição) que “apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extramentem injustas”; tendo em sua abrangência, “princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve apoiar o

procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção” (ALEXY, 2011, p. 151).

2 DA DIMENSÃO ATUAL DO DIREITO PRIVADO

O conceito de ordenamento é importante para a dogmática jurídica, visto que a partir dessa significação consegue-se vislumbrar o fenômeno jurídico como um sistema.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 147) explica que:

[...] o conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos, etc.); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-los como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema.

De outra parte, a visão tradicional do universo jurídico estabelece uma divisão fundamental em dois grandes hemisférios correspondentes ao Direito Privado e ao Direito Público. Assim, a par das várias divergências que existem no que tange ao melhor critério para traçar a linha divisória entre esses dois ramos, em uma primeira perspectiva, ao se levar em conta as relações jurídicas “como expressões normativas dos conflitos de interesses” (MARQUES, 1994, p.233), tem-se que:

[...] enquanto certas relações se configuram como solução de conflitos entre o interesse colectivo da comunidade estatal (interesse público) e o interesse individual de cada um de seus membros que com ela entre em relação (interesse privado), outros há que antes traduzem a solução dos conflitos ocorrentes entre os interesses de que são titulares apenas aqueles membros (interesse privados). (MARQUES, 1994, p.233)

O que, a partir desse raciocínio, evolui-se para um critério que leva em consideração a preponderância do interesse público, em uma relação de autoridade do Estado com o particular, geralmente, para diagnosticar a presença do Direito Público; e, ao revés, a preponderância do interesse privado, em uma relação de igualdade, de particular para particular ou do Estado para particular, para se perceber a presença do Direito Privado.

E nesse sentido, chega-se à seguinte conclusão, como expõe J. Dias Marques (1994, p. 235):

Explicitando este conceito, dir-se-á que o Direito Público é o conjunto de normas que regulam a organização e a actividade do Estado e disciplinam as suas relações

com os indivíduos quando nessas relações exerce poderes de autoridade; e que o Direito Privado é o conjunto de normas que regulam as relações entre os particulares e deles com o Estado quando este nelas não exerça poderes de autoridade.

Dentro desse paradigma, portanto, poderia inserir-se o Direito Civil como ramo do Direito Privado; levando-se em consideração o viés de sua aplicabilidade, visto que esse se dirige, essencialmente, ao “modo de ser e de agir das pessoas” (GONÇALVES, 2011, p. 32).

A partir desse paradigma, o Direito Civil tem como objeto de estudo as relações de âmbito puramente privado, assim como, as relações jurídicas de conteúdo patrimonial, balizadas por relação de coordenação, como tradicionalmente se supunha.

Conceitualmente, nesse toada, apresentando-se uma definição mais abrangente de Direito Civil, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 32) explica que:

Direito Civil é o direito comum, o que rege as relações entre os particulares. Disciplina a vida das pessoas desde a concepção – e mesmo antes dela, quando permite que se contemple a prole eventual (CC, art. 1.799, I) e confere relevância ao embrião excedentário (CC, art. 1.597, IV) – até a morte, e ainda depois dela, reconhecendo a eficácia *post mortem* do testamento (CC, art. 1857) e exigindo respeito à memória dos mortos (CC, art 12, parágrafo único).

Tal abordagem do fenômeno jurídico, entretanto, como se pode concluir, está adstrita a uma lógica que divide o plano jurídico em dois ambientes, esses caracterizados por uma ontologia própria, as quais se denominam, respectivamente, Direito Público e Direito Privado.

Assim, Silvio de Salvo Venosa (2009, p. 59) explica que:

Karl Larenz (1978:1) afirma que o direito privado é aquela parte do ordenamento jurídico que regula as relações dos particulares entre si “com base na sua igualdade jurídica e sua autoderminação (autonomia privada)”. Entendemos, por conseguinte, por direito público, a parte do ordenamento que “regula as relações do Estado e de outras corporações investidas de poder de autoridade, tanto com seus membros, como entre si, assim como a organização de ditas corporações”.

Em que pese a relevância didática de tal consideração, a unidade conceitual do direito não pode ser jamais olvidada. Assim, tais ramos do direito se interpenetram e se complementam, tendendo a um todo sistemático.

Entretanto, há que se observar, em nossos dias, cada vez mais, o chamado fenômeno da publicização do direito privado. Tal fenômeno correspondente a ingerência Estatal, norteado por imperativos de proteção da pessoa humana, a emiscuir-se sobre a órbita privada, delineando parâmetros onde antes imperava a autonomia absoluta das partes integrantes do fenômeno jurídico.

Tal fenômeno é notado por Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 59), o qual pondera que:

Cada dia, no entanto, notamos maior *publicização* do direito privado. São frequentes as invasões do Estado na órbita que originalmente apenas interessava ao âmbito privado do indivíduo. A influência do Estado é cada dia mais absorvente; surgem, então, fórmulas para proteger o Estado por meio de um direcionamento de condutas do indivíduo. É acentuada a cada momento a restrição à liberdade individual. Princípios tradicionais de direito privado, como, por exemplo, a autonomia da vontade no direito obrigacional, sofrem paulatinamente intervenção do Estado.

Assim, dada a percuciência das matérias abordadas no quadrante do Direito Civil, o mesmo, cotejando o aspecto complexo que se delineia na sociedade atual não pode se bastar em seu espectro clássico, buscando supedâneo em outras ciências de matiz social e humanas a dar suporte à gama de atribuições que lhe acode.

No entanto, tal noção há que ser temperada sob as advertências de Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 61), ao ponderar, *mutatis mutandis* que:

Pois numa ordem jurídica livre, como a que subjaz tanto à LF como ao Código Civil alemão, a situação jurídica de partida é, antes, a de que o Estado em princípio não regula a relação entre os seus cidadãos através de imposições ou de proibições. Assim, entre eles é permitido aquilo que não for proibido. Quando, portanto, o Estado deixa um cidadão actuar sem regulamentação em face de outro, não pode ver-se aí, em regra, a *concessão de uma autorização* para uma ofensa na esfera de bens do outro – que, além disto, também teria ainda de poder considerar-se como objecto de uma previsão de tutela jurídica -, mas, simplesmente, e tão-só, a omissão de uma intromissão.

De todo modo, o Direito Civil, em nossos dias, não mais pode se limitar às Codificações, de modo a agregar, em seu bojo, contribuições outras, as quais transcendem a substância do texto normatizado, e emanam, muitas das vezes, de princípios esculpidos na Constituição Federal.

E nesse diapasão, expressa-se Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 33), nos seguintes termos:

Devido à complexidade e ao enorme desenvolvimento das relações da vida civil que o legislador é chamado a disciplinar, não é mais possível enfeixar o direito civil no respectivo Código. Muitos direitos e obrigações concernentes às pessoas, aos bens e suas relações encontram-se regulados em leis extravagantes, que não deixam de pertencer ao direito civil, bem como na própria Constituição Federal. É ele, portanto, bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada, que se projetam em todo o arcabouço jurídico, e não restrita à matéria cível. Nele se situam normas gerais, como as de hermenêutica, as relativas à prova e aos defeitos dos negócios jurídicos, as concernentes à prescrição e decadência etc., institutos comuns a todos os ramos do direito.

Assim, não mais é possível delinear o Direito Civil sob um aspecto puramente normativo, derivando unicamente da lei vertida em um Código.

Nesse sentido, ainda, aponta Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 33) que:

Reservo-me a trazer a vós o que tem sido objeto de minhas constantes reflexões em face das perspectivas do direito civil para o terceiro milênio. As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos. Assistimos, entre as duas grandes guerras, a um movimento de socialização do direito, seguido de novos ramos do direito privado e público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como “microsistemas”.

Ainda nessa seara, Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, pp. 50 e 51) delineando, de forma mais percuciente tal fenômeno, explica que:

Diz-se, com algum exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe.

A constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

É certo que os valores fundamentais do ordenamento jurídico civil foram absorvidos pela Constituição, na medida em que diferentes conceitos do direito constitucional como propriedade, família e contrato só são explicáveis se consideráramos a prévia definição jusprivatista de seu conteúdo. Mas, por outro lado, essa “inelutabilidade hermenêutica não pode conduzir a uma contestação da autonomia da Constituição ou da relatividade dos conceitos jurídicos, inclusive porque a visão orientadora do constituinte brasileiro, como os de outros países, após a Segunda Guerra Mundial, não foi apenas do direito civil tradicional, mas também das declarações e tratados de direitos humanos individuais e sociais.

Ao se conceber o Direito Civil desse modo, perde-se em essência, visto que há muito o Código Civil deixou de representar a pedra de toque do Sistema Jurídico, posição essa, hoje ocupada pela Constituição Federal, com a sua força irradiante.

Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 23) explica que:

Ressalto, especialmente, os estudos de Perlingieri, ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

Portanto, o intérprete, ao analisar o fenômeno jurídico, sob as lentes do Direito Civil, deve ter em mente, que tal ramo do Direito não pode ser considerado sem levar-se em consideração que lei codificada é insuficiente.

Há que se ponderar que o Direito Civil, nessa quadra do pensamento jurídico, deve-se apresentar necessariamente conjugado a princípios e valores imanentes à ordem jurídica imantada pela axiológica Constitucional.

Se assim não for, ter-se-á tão somente uma sombra, a qual não pode espelhar, em sua totalidade o Direito Civil, enquanto ramo representativo de uma parcela essencial do plano científico.

3 DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O pleno entendimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil somente é alcançado a partir de sua perspectiva histórica.

Desse modo, no mundo romano-germânico, o Direito Civil ocupou *status* destacado como norma direcionada ao indivíduo como singularidade.

Nesse sentido, foi a um só tempo tão afastado da Constituição política, ao mesmo tempo em que era caracterizado como a Constituição do homem comum, notadamente após o processo de codificação originário do liberalismo iluminista.

Assim, Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 21) esclarece que:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Nesse momento, portanto, nominado de Era das Codificações, o Direito Privado ocupava papel central no ordenamento jurídico. Ao revés:

[...] o âmbito de atuação do Direito Público, nesse sentido, era bastante restrito, mormente porque a doutrina liberal impunha uma atuação omissiva do Estado, que objetivava somente assegurar a igualdade formal. Para tanto, a técnica utilizada nas codificações foi a criação de um sujeito de direito único – por exemplo: o pai, o contratante, o proprietário, etc (USTÁRROZ, 2007).

Foi justamente com a eclosão da Revolução Francesa que teve início o processo de constitucionalismo do Estado Liberal, harmonizado com os ideais libertários e de codificação, bem como de afirmação do individualismo jurídico.

Tal contexto histórico imprime uma nova face ao Direito Privado, na medida em que os Códigos, outrora absolutos, passam a ser relativizados, perdendo sua importância, com a

introdução nesses institutos da imposição de cumprimento de sua função social. A partir da evolução dessa concepção, reconhece-se a existência de múltiplas relações jurídicas, essas com suas especificidades, assim, por exemplo, as verificadas entre os fornecedores e consumidores, locadores e locatários, empregadores e empregado. A partir dessa constatação, vicejam os chamados microssistemas, com sua missão de dar proteção aos hipossuficientes, presentes nessas situações específicas (USTÁRROZ, 2007).

Tal análise, refletindo o esgotamento dos Códigos, ante os nossos paradigmas alcançados pelo Direito contemporâneo, é apresentada em um momento histórico mais próximo a nossa realidade, por Paulo Luiz Netto Lôbo.

Assim, explana que:

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente. A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada (LÔBO, 2010, p. 22).

Retomando a caminhada histórica, enquanto os Códigos perdiam importância, as Constituições, com o advento do Estado Social, passam a exercer papel de sumo poder na concreção dos direitos fundamentais por intermédio do Estado, consagrando valores, direitos e garantias fundamentais.

Tal aceção é apontada por Paulo Bonavides (2011, pp. 65 e 66), o qual denota que:

[...] o sentido peculiar em que envolveu o constitucionalismo moderno, que não segue a rota do individualismo tradicional, favorecido e amparado pela separação clássica, mas envereda pelos caminhos do social, visando não apenas a afiançar ao Homem os seus direitos fundamentais perante o Estado (princípio liberal), mas, sobretudo, a resguardar a participação daquele na formação da vontade deste (princípio democrático), de modo a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos.

Entretanto, se de uma parte, o constitucionalismo teve o mérito de impor peias ao Estado e ao poder político; a codificação, por outro, a de garantir maior espaço à autonomia individual, notadamente no campo econômico.

As Constituições, portanto, ocupavam-se em delimitar os contornos do Estado mínimo, afastando as relações privadas de suas fronteiras. Os Códigos, por sua conta, valendo-se de um modelo que colocava o cidadão dotado de patrimônio livre do controle público, consagravam a hegemonia do mais forte economicamente, não cogitando em justiça social, firme no ideário da isonomia formal.

Assim, nessa fase inicial das interpenetrações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, vislumbra-se a hegemonia absoluta do Código Civil, o qual se incumbia dos comandos normativos delineadores do direito privado. As relações jurídicas entre particulares, por assim dizer, teriam por verdadeira Constituição o próprio Código Civil.

De outra parte, nessa quadra da história, o papel da Constituição era limitado. Ela era vista como uma convocação à atuação dos poderes públicos e sua concretização dependia de intermediação do legislador. Não era adornada com força normativa, não ensejando aplicabilidade direta e imediata sobre diversas situações nela previstas.

Em suma, a Carta Constitucional era meramente uma Carta Política, e, não, propriamente, um documento normativo capaz de gerar direitos subjetivos de modo direto.

Nesse momento de posição hegemônica do Código Civil, o individualismo resplandece sobre a penumbra do Estado negativista, que sob a sombra das Constituições do tipo garantia, fixava zonas de não interferência estatal, de modo a potencializar a esfera de autonomia privada, amordaçando o poder público.

Não obstante, enrodilhada em seus predicados, a codificação liberal míope, padecia de uma visão econômica constitucional, chancelando a exploração dos mais fracos pelos mais fortes economicamente, de modo a culminar em uma polarização de reações e situações conflituosas, que acabaram fazer nascer, no plano jurídico, o Estado Social.

Nesse sentido, salienta Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p.25) que:

Enquanto o Estado e a sociedade evoluíam, alterando substancialmente a constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

Consolidado ideologicamente na Constituição, o Estado Social se substancia na ordem econômica, por obra de Constituições Dirigentes, vinculando os atos negociais a uma ótica focada na satisfação das necessidades humanas e sociais.

Ainda, Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 24) pontua que:

Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social.

Tais fundamentos teóricos culminaram na perda da posição hegemônica do Código Civil, *pari passu* com a evolução dos paradigmas do Estado liberal para o Estado Social, que se vale do viés social da engenharia welfarista, no qual implodiu o dogma da supremacia do Código Civil e da autonomia privada.

Explica Gustavo Tepedino (2008, p.07) que:

As partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigadas pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. [...] O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado.

Assim, começava a despontar no horizonte a chamada *publicização do direito privado* e, na sua esteira, como referido, o enfraquecimento da posição hegemônica da lei civil dentro do sistema jurídico como um todo.

Esta fase intermediária de interpenetrações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, sob o pálio do dirigismo constitucional, concebe microssistemas jurídicos autônomos que gradativamente vão alcançando sua autonomia até vicejar em um subsistema jurídico orbitando, lado a lado com o Código Civil, junto ao texto constitucional.

Tal processo é denominado de fragmentação do direito infraconstitucional, simbolizando a coexistência de diversos subsistemas jurídicos que se põem junto ao Código Civil, que já não mais exerce o papel patriarcal de proeminência normativa, que outrora desempenhara.

A terceira fase de interpenetrações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico por meio do qual se procede a leitura do Direito Civil.

Assim, vêm a lume o fenômeno da constitucionalização e incorporação dos direitos humanos aos textos constitucionais, com instrumento de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais pelo Estado.

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 377):

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.

De tal abordagem emerge, por exemplo, o reconhecimento da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, “que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares”, seja “por meio das cláusulas gerais (*eficácia horizontal mediata*), ou mesmo de forma direta (*eficácia horizontal imediata*)” (TARTUCE, 2012, pp. 66 e 67).

Ocorre, portanto, a ressystematização do Direito Civil, ou seja, uma nova interpretação dos Códigos à luz da axiologia da Constituição, de modo a restaurar a unidade do sistema jurídico. A *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* é o signo dessa mudança, ao apontar pelo “reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares”, de forma que “as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata” (TARTUCE, 2012, p. 57), a partir da aplicação do Art. 5º, § 1º da Constituição Federal³.

Ou seja, a partir da ideia de hierarquia das normas, tece-se a conclusão de que as normas de direito privado, enquanto lei ordinária, encontram-se vinculadas à Constituição Federal. E, portanto, a ideia de que o direito privado, dentro dessa mesma razão de pensar, deverá estar vinculado aos direitos fundamentais. Trata-se de um “imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*” (CANARIS, 2009, pp. 27 e 28).

Assim, como explica Hans Kelsen (2003, p. 126):

³ Referendando que Canaris afasta a acepção de que o direito privado estaria vinculado mediatamente aos direitos fundamentais. Aduz, nesse sentido que se valer dessa linha de pensamento seria “uma espécie de teorema de Münchhausen”, na medida em que “poderia criar ao jurista de direito privado a possibilidade de se soerguer a si mesmo, pelas suas próprias forças, do atoleiro do direito constitucional”, na medida em que falta a uma norma de direito privado “superioridade de nível de que necessita como padrão de controlo” para delimitar o âmbito de abrangência de outra norma de direito privado, aquela irradiada por um comando constitucional buscando lançar sua irradiação sobre essa, de modo gerar uma “liberdade do direito privado em face dos direitos fundamentais” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp 30 e 32).

A liberdade do legislador, que só está subordinada à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termos: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.

Portanto, o Direito Civil é reinterpretado à luz dos princípios da Constituição e aqui já sob os determinantes da força normativa da Constituição e da teoria da recepção das leis infraconstitucionais, a partir de uma nova ordem constitucional.

Flávio Tartuce (2006, p.101), nesse sentido, explica que:

Vislumbramos o Direito Civil Constitucional como uma harmonização entre os pontos de intersecção do direito público e do direito privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de direito privado, mas que estão na Constituição, sobretudo em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais.

Desse modo, o princípio da força normativa da Constituição, a partir da doutrina de Konrad Hesse e com a elaboração da denominada doutrina brasileira da efetividade, em cujos expoentes figuram nomes como J.H. Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, o qual busca consolidar a aplicação direta de princípios constitucionais, sem a necessidade de intermediação legislativa, superando cientificamente sua vagueza semântica e preservando o princípio da segurança jurídica.

Ainda, a leitura moral da Constituição passa a respaldar sua força normativa, funcionando como justificação de seu deslocamento para o centro do sistema jurídico, com a superação da rígida dicotomia, outrora verificada no Direito, além da tendência à descodificação do Direito Civil.

Assim, explica Pedro Lenza (2010, p. 49) que:

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de descodificação do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direitos Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei de Separação e do Divórcio etc. Todos esses microssistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o sistema, passando o direito civil por um processo de despatrimonialização.

A Constituição, em suma, torna-se uma lente, por meio da qual se passa a entender o Direito Civil, na proteção da dignidade da pessoa humana, implicando em sua despatrimonialização, portanto.

Sob tal paradigma, pondera Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 45) que:

A expressão direito civil-constitucional apenas realça a necessária releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, na nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) na solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

Desse modo, a constitucionalização do Direito Civil propõe uma releitura do mesmo, a partir das lentes do Direito Constitucional, tendo em foco a tábua axiológica que imanta aquele diploma.

Nesse sentido, Christian Starck (2011, p.128) pondera que:

En lo que se refiere a la primera área, el Estado debe asegurar unas condiciones mínimas para una vida digna de los ciudadanos que no están en condiciones de desarrollarse personal o socialmente por enfermedades físicas o mentales y que no pueden matenerse ellos mismos. Este derecho solo se refiere al aseguramiento de lo mínimo para subsistir. (...) La protección de la dignidad humana es el punto de partida definitivo para la transferencia de normas constitucionales fundamentales sobre la coexistência humana e las relaciones legales privadas. La protección de la dignidad humana entre los ciudadanos se concreta en la garantía de la dignidad por El Estado, por medio de normas de prohibición y sanción que pueden ser de forma jurídico penal, jurídico civil o jurídico administrativa.

E, nesse sentido, valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia passam a constar do rol de preceitos inerentes ao Direito Civil, infundindo-lhe, por consequência, uma nova significação.

Sua gênese pode ser atribuída, a partir do delineamento já traçado, à intervenção do Estado, pela álea econômica, na hoje denominada autonomia privada, vicejando, por exemplo, em fenômenos, como o dirigismo contratual. Assim, a liberdade absoluta de contratar sofre alterações, ante a crescente intervenção do Estado na economia, signo do dirigismo contratual, que tem como escopo substituir a desigualdade econômica pela desigualdade jurídica, de modo a amparar o hipossuficiente, ou seja, aquele que por motivos sociais, econômicos ou políticos se posicionam em acentuado desnível em relação a outro pactuante (KRUCHEWSKY, 2006, p. 11).

Dentro dessa acepção, portanto, insere-se o contexto dos direitos fundamentais, e toda a temática afeta à sua “eficácia da irradiação” (CANARIS, 2009, p. 44), além de sua dimensão objetiva e subjetiva. Assim, como explica, Luiz Guilherme Marinoni (2004), a norma de direito fundamental, “independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico”. Querendo dizer,

então, como explica Marinoni (2004) que se atribui a essa norma uma eficácia irradiante. E, a partir desse parâmetro, pode-se afirmar a existência da dupla dimensão dos direitos fundamentais, qual seja, a dimensão objetiva e subjetiva.

Assim, como pondera Marinoni (2004):

O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins. Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza "a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica". Diante dele fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante, por exemplo, normas de proibição ou de imposição de condutas. Assim a norma que proíbe a venda de produto reputado nocivo à saúde do consumidor ou a norma que obriga a instalação de equipamento antipoluinte para evitar dano ao meio ambiente. A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Nessa última perspectiva, é possível pensar na eficácia dos direitos fundamentais diante das relações entre os particulares.

Desse modo, a partir dessas ponderações, deve-se concluir que os argumentos fundantes dos julgadores, “por interpretação e desenvolvimento do direito, devem, da mesma forma, ser aferidas, em princípio imediatamente, segundo os direitos fundamentais, tal como constassem de modo expresso do texto legal” (CANARIS, 2009, p. 42)⁴.

⁴ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819,

Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais há que se entender, portanto, que os direitos fundamentais não regulam apenas as relações verticais de poder que ocorrem entre Estado e cidadão, incidindo também sobre as relações mantidas entre as pessoas e as entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal (SARMENTO, 2004, p. 05).

CONCLUSÃO

O fenômeno jurídico pode ser explicado normativamente, a partir da ideia de sistema.

Em tal conceituação, para se almejar um mínimo sentido, no entanto, como se ponderou, há a necessidade de se agregar algumas considerações. Desse modo, o referido sistema de normas pretende a preservação das condições de existência do homem em sociedade; assim, a sanção é inerente à manifestação desse fenômeno legal, dando origem à coerção social.

Ainda há que se considerar o fundamento de validade único como razão da unidade do sistema normativo. Além disso, há a pretensão à correção, como elemento axiológico que não pode ser olvidado.

De outra parte, apesar da consideração unitária do Direito, o mesmo se presta a uma divisão clássica, que se explica em seu cunho didático e numa utilidade inerente à essa concepção, qual seja, a consideração do Direito em Público e Privado.

A par da celeuma inerente a tal divisão, considerada em si mesma, e os critérios distintivos criados à sua justificação, levando-se em conta, por exemplo, a preponderância do interesse protegido ou a forma da relação jurídica regulada por prescrição normativa; fato é que as premissas lógicas em que se baseavam tais contornos, não mais se verificam.

Assim, ao se considerar uma abordagem de tal fenômeno a partir do Direito Privado, levando-se em consideração o Direito Civil, tem-se que institutos outrora definitivos do caráter privatístico desse ramo do Direito, como a autonomia absoluta são relativizados, e têm inclusive sua nomenclatura alterada (v.g., autonomia privada), com a incidência de postulados ditos publicistas, emanados da Constituição Federal, além da incidência, cada vez mais próxima, da ação estatal.

Não se pode ignorar, portanto, os reflexos de um novo paradigma conceitual imposto ao Direito, que tendo por berço o processo de constitucionalismo do Estado Liberal, imprime uma nova face ao Direito Privado, dando azo à chamada *publicização do Direito Privado*, que viceja na sua completa Constitucionalização.

Assim, a lei codificada não se basta mais. A partir desse novo paradigma há que se ter em consideração os princípios e valores imanentes à ordem jurídica imantada pela axiológica Constitucional. Dentro dessa acepção, portanto, insere-se o contexto dos direitos fundamentais, e toda a temática afeta à sua *eficácia da irradiação*.

E nesse sentido, a expressão máxima dessa simbiose é representada pelo reconhecimento da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, de modo a concluir-se que as normas que protegem a pessoa humana previstas na Constituição Federal manifestam-se, considerando as gradações teóricas pertinentes, de forma imediata nas relações entre particulares (*eficácia horizontal imediata*); ou por meio de cláusulas gerais (*eficácia horizontal mediata*).

Por tais razões, a significação do Direito e a sua clássica divisão em ramos, considerando as especificidades próprias do Direito Privado e Direito Público, unitários em sua denominação, mas dúplice em sua significação, por apresentar dois eixos distintos, calcados em uma clássica raiz romana, não mais pode ser justificada.

Portanto, a coerência lógica de tal acepção está em xeque (seja por sua utilidade ou razão didática), o que se leva a pensar em uma reformulação urgente de tal visão binária (forte em Ulpiano, com fulcro no *Digesto*), na medida em que a ressystematização do Direito Civil, ou seja, uma nova interpretação dos Códigos à luz da axiologia da Constituição, e a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* - o signo dessa mudança; é o fundamento de validade do Direito quando se leva em consideração sua pretensão à correção.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Organização Ernesto Garzón Valdés...[et al].; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMO, Thiago Gomes do. **Novos rumos da dicotomia entre o público e o privado no Estado brasileiro do século XXI**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7784>. Acesso em fev 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Parte Geral, v 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; Tradução João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul.1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

MARQUES, J. Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. Pedro Ferreira Artes Gráficas: Lisboa, 1994.

MONTORO. André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 24ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. 21ª ed. Editora Forense, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. Salvador: Juspodvm, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2004.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em 27 jul. 2013.

STARCK, Christian. **Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales**, Madrid: Dykinson, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. **Manual de Direito Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

USTÁRROZ, Elisa. **A constitucionalização do direito privado e o princípio da subsidiariedade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1714>. Acesso em fev 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.