

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*

Civil law convention: the application of international treaties and conventions in the private relations environment

Alexander Perazo Nunes de Carvalho

Sumário

CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	2
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	12
Nitish Monebhurrun	
POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ?	16
Inocêncio Mártires Coelho	
O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen	45
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort	57
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....	78
Breno Baía Magalhães	
DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO	98
Salem Hikmat Nasser	
POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO	139
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....	160
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	176
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	194
Carlos Bastide Horbach	
THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS	212
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....	227
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....	246
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....	263
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....	284
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW	304
Gabriel Webber Ziero	
A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	324
Tiago Silveira de Faria	
CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	342
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE	356
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
IS TRADE GOVERNANCE CHANGING?	371
Alberto do Amaral Júnior	
OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL?	384
Guilherme Berger Schmitt	
SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL	402
Helena Masullo	
REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO	421
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL	449
Daniel Amin Ferraz	
REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT	464
Jennifer Breedon	
AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS	485
Alexandre Guerreiro	
INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME	512
Joy Marie Virga	
CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL?	528
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO 541

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR 571

Cindy S. Woods

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA 612

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA 631

Aline Beltrame de Moura

A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL 650

Antonio Henrique Graciano Suxberger

O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE 667

Bernardo Fernando Sicoche

OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685

André De Carvalho Ramos

A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705

Géraldine Giraudeau

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728

Daniela Copetti Cravo

NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL739

Pedro Ivo Diniz

A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO785

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

NORMAS EDITORIAIS.....803

Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*

Civil law convention: the application of international treaties and conventions in the private relations environment

Alexander Perazo Nunes de Carvalho**

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações de Direito Civil. Sabe-se que o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, passou a disciplinar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não submetidos às formalidades constitucionais suso mencionadas, têm eficácia supralegal, situados, portanto, em uma posição imaginária entre a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais. Não por outra razão, as normas de Direito Civil devem se submeter, além do indispensável controle de constitucionalidade, também a um controle de convencionalidade, em relação a tratados e a convenções que versam sobre direitos humanos. No presente artigo, inicialmente, apresenta-se um breve panorama sobre a constitucionalização do Direito Civil e a nova hermenêutica das relações privadas. Em seguida, e em virtude desse viés constitucional, analisa-se o fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais, com a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, embora sem descurar de especificidade do Direito Civil. Como conclusão, analisa-se a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas, compreendendo o fenômeno da convencionalização do Direito Civil, inclusive diante da redação do artigo 13 do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito civil. Eficácia horizontal das relações privadas. Convencionalização do direito civil.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the application of international treaties and conventions in the Civil Law relations. The Federal Constitution of 1998, in its 5th article, 3rd §, added by the Constitutional Amendment

* Recebido em 16/11/2015
Aprovado em 10/12/2015

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com ênfase nas Relações Privadas. Bacharel em Direito pelo Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Unichristus – Centro Universitário Christus e da Unifor, Professor Visitante da Universidade Potiguar/RN, Professor do site www.eu-voupassar.com.br, preparatório para concursos públicos. Assessor Jurídico de 1ª Instância da Procuradoria de Justiça Militar, em Fortaleza/Ce e especialista em Direito Militar. E-mail: perazo@globocom.com

45/04 established that international human rights treaties and conventions that were approved by both houses of National Congress, in two turns, by at least 3/5 votes will be equivalent to the Constitutional Amendments. On the other hand, the Federal Supreme Court has already disciplined that international human rights treaties and conventions that have not followed the steps described above, have *supralegal* efficacy. Therefore they are located in an imaginary place between the Federal Constitution and the *infraconstitutional* laws. For this reason, the norms of Civil Laws shall be subordinated to a conventional control in relation with human rights treaties and conventions besides the obvious constitutional controls. In this article, there will be a brief overview about Civil Laws as it relate to the Constitution and the new private relations hermeneutics. After this introduction, because of this constitutional bias, we will analyze the horizontal phenomena of fundamental rights with its direct application in the private relations, without losing Civil Laws specificities. Concluding this article analyzes the application of international treaties and conventions in the private relations environment – including the *conventionalization* of Civil Laws and considering the article 13th wording of the new Civil Code Process – Law 13.105, from march 16th, 2015.

Keywords: Civil law and constitution. Horizontal efficiency of private relations. Civil law convention.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo defende a hipótese de aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. Tal estudo baseia-se nas transformações do Direito Civil, como um fenômeno que se operou ao longo da história.

Assim, sabe-se que, na fase do liberalismo jurídico, rompendo com o regime absolutista e seus privilégios, surge o Estado da legalidade e da liberdade, em conjunto com a fase da codificação do Direito Civil. Para os Oitocentistas, a codificação seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, como lei maior da comunidade, de forma igualitária.

A concepção de então passou a ser o respeito integral à lei e aos contratos, principal fonte das obrigações civis. A lei, tratando a todos como iguais, possuía natureza geral e impessoal, sendo a vontade a fonte única

para o nascimento de direitos e obrigações.

No Brasil, era esta, em linhas gerais, a visão do Direito Civil no Código de 1916. O Estado não estava presente nas relações individuais, até mesmo porque se pregava a soberania do indivíduo, com a própria autonomia decorrente do contrato, cuja visão estática, ignorava as desigualdades econômicas entre as partes, sempre baseado numa ética meramente individualista.

Após as sucessivas crises que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, adveio a necessidade de se repensar as técnicas de proteção a pessoa humana, passando o Estado a legislar, ainda que de forma desordenada, sobre matérias que antes eram afeitas ao Direito Civil, criando uma denominada “legislação de emergência”. O Código Civil perdia, paulatinamente, a sua função de “Constituição do Direito Privado”, ocasião em que os textos constitucionais começavam a trazer princípios que antes eram encontrados somente nas leis civis, tais como a função social da propriedade, organização da família, limites da atividade econômica etc.

Nesse diapasão, a constitucionalização do Direito Civil surge para representar a busca de seu fundamento de validade numa perspectiva constitucional, tendo como ponto basilar a releitura de seus institutos e possuindo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Ainda nessa esteira de pensamento, delineia a noção, ainda tímida, de horizontalização dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), impondo novos desafios ao civilista contemporâneo. Por sua vez, a noção de convencionalização do Direito Civil, com a aplicação dos tratados e convenções internacionais às relações privadas, representa nova dimensão axiológica que, por sua vez, deve direcionar a realização do Direito Civil, em seus variados planos, justificando, sobremaneira, o presente estudo.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O processo evolutivo do Direito encontra-se profundamente associado à própria evolução humana e, consequentemente, à vida em sociedade. Hoje, há uma maior atuação do Estado em áreas que, no passado, eram tradicionalmente privadas. Dessa forma, o denominado Direito Civil Constitucional reflete a análise da aplicação de normas constitucionais, isto é, de natureza

pública, em situações eminentemente privadas, regidas pelo Direito Privado. Despontou-se, assim, a exigência de que as condutas individuais não prejudicassem o interesse coletivo, para que estivessem de acordo com o equilíbrio e o bem-estar social.

Sabe-se que o Direito Civil, durante a sua trajetória no mundo romano-germânico, tradicionalmente, foi considerado como o *locus* normativo do indivíduo, e, de todos os ramos do Direito, este era considerado, como o mais distante do Direito Constitucional. Em vez da Constituição Política, havia uma constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. Seu gradativo desenvolvimento atravessa desde a história do Direito Romano-Germânico, há cerca de dois mil anos, parecendo contrário às transformações sociais, políticas e econômicas. Assim, as relações jurídicas interpessoais, em especial o Direito das Obrigações, estariam imunes às mudanças históricas, estando, permanentemente, válidos os princípios e as regras imemorais, independentemente da espécie de constituição política vigente.¹

O termo “constitucionalização do Direito Civil” alcançou expressiva importância na atualidade, estimulando pesquisas e debates no universo acadêmico jurídico, vinculando-se às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, a diferenciação entre princípios e regras, a interpretação de acordo com o texto constitucional, entre outros aspectos. Esse processo de constitucionalização do Direito Civil refere-se às mudanças de valores, substituindo o indivíduo pela pessoa. A liberdade individual passa a ser sobrepujada pela solidariedade social. Como expõe Caio Mário,² “é tempo de reconhecer que a posição ocupada pelos Princípios Gerais de Direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente pelos Direitos Fundamentais”.

O processo de constitucionalização do Direito Privado torna-se, portanto, sob determinados aspectos, a superação da perspectiva que considerava o ordenamento jurídico dividido em dois mundos antagônicos: o Direito Público e o Direito Privado. Impõe-se, assim, percorrer as razões que criaram essa diferenciação,

seu desenvolvimento, com a análise das justificativas que provocaram a contemporânea relativização dessa diferenciação.³

É relevante ressaltar que o objetivo de uma constitucionalização do Direito Civil está em uma reconstrução do Direito Privado, que passa a se basear nos valores constitucionais, destinados à satisfação dos direitos fundamentais. Segundo Freitas e Pires, “a constitucionalização do direito, em outros termos, seria a irradiação das normas e dos valores constitucionais a todos os tecidos do Direito.”⁴

Gustavo Tepedino, salienta que:

A inclusão dos institutos de direito civil, como contrato, propriedade e família, na agenda atinente à ordem pública associa-se à irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Afinal, o código civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa tê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional.⁵

Assim, estabelece Pedro Luiz Netto Lôbo⁶ que a constitucionalização “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.”

Destarte, o fenômeno da constitucionalização do Direito, como um todo, representa um processo que está em efervescência desde o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), por intermédio, da criação

3 FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 1, n. 1, p. 185-243, 2012. p. 187.

4 FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 3., 2012, Chapecó. *Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2012. v. 1. p. 1-25. p. 3-4. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2287>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

5 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, Ano 6, n. 6, p. 101-121, jun. 2005. p. 102.

6 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-100, jan./mar. 1999. p. 100.

1 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-100, jan./mar. 1999.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 23.

do Tribunal Constitucional da Alemanha (1949), por exemplo, que, por sua vez, reconheceu a carga valorativa da Constituição. Logo, foi a partir daquela época que surgiu um novo constitucionalismo entre as nações de tradição jurídica romano-germânica. A concepção que assenta toda essa nova ordem jurídica parte do pressuposto essencial de que a dignidade da pessoa humana representa o sustentáculo de todos os outros princípios constitucionais.⁷

Por amor ao argumento, cabe salientar que, no âmbito das relações privadas, como narra Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, no Estado Liberal,

o Direito Civil esteve liberto da incidência da norma constitucional. O Direito Constitucional se restringia a cuidar da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas.⁸

Assim, a Constituição, de forma alguma, participava das relações privadas as quais estavam regulamentadas por uma legislação ordinária, surgida ao redor do Código Civil, visando garantir a segurança jurídica em atendimento aos interesses burgueses.

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 teria criado novos parâmetros hermenêuticos que demandavam por uma readequação das normas em curso à nova realidade constitucional. Mas não se referia tão somente a analisar o instituto da recepção das antigas normas com relação à nova Carta Política. Referia-se a aplicar o Direito de acordo com o “espírito” da Constituição fundamentada em sua principiologia, cujo destaque está no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o ordenamento infraconstitucional será válido se estiver adequado aos princípios constitucionais, em que serão reconhecidas ou mesmo consagradas somente as normas que estiverem de acordo com esse padrão.⁹

O Direito Civil, passaria da regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.¹⁰

Para a Escola de Direito Civil Constitucional, defende-se um Novo Direito Civil, despatrimonializado e socializado. As relações privadas devem pautar-se na dignidade humana, visando à solidariedade entre os homens.

Assim, pensar o Direito Civil com um viés constitucional passou a representar, basicamente, a introdução de princípios e regras constitucionais nas relações privadas, e, dessa forma, injetar-se nessas relações valores e fundamentos superiores para que

os princípios fundamentais do direito civil, elevados ao plano constitucional, passassem a ser por ele condicionados; de outra forma, ficariam submetidos aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos¹¹.

Portanto, a sua constitucionalização, como salienta Sampaio Júnior:

[...] deve ser entendida no sentido de que a legislação civil infraconstitucional encontra na Constituição da República o seu fundamento de validade, como hoje é reconhecido pela Teoria Geral do Direito, e não que os institutos civis tratados pela Carta Política teriam migrado para o Direito Público¹².

Nesse sentido, realiza-se a inversão referencial na ordem jurídico-privada existente. Da regulamentação privada, oriunda do Código Civil, classificando a estrutura normativa em dois eixos-unitários: o privado e o público, colocando-os como direitos antagônicos e destinados a segmentos sociais bem distintos, parte-se para uma análise das relações privadas com um enfoque constitucional. Assim, seria possível aos Direitos Público e Privado uma reunificação visando o benefício do ser humano inserido nas mais variadas espécies de sociedades. Logo, o Código Civil decai e perde sua centralidade, uma vez que a atribuição unificadora do sistema, em todos os seus aspectos, passa a ser exercida pela Constituição Federal de 1988. Este é o escopo da constitucionalização, isto é, colocar o direito positivo sob a tutela do texto constitucional, como é dito, “interpretar o Direito Civil com olhos voltados a Constituição

os riscos do novo direito civil brasileiro. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. p. 73.

11 PASTRE, Daniel Fernando. *Efetividade socioeconômica dos processos de autorização estatal nas concentrações empresariais*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp116732.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2013. p. 13.

12 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. p. 75.

7 MIRANDA, Daniel Gomes. *Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa*. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010. p. 24-25.

8 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 33.

9 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. p. 71.

10 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle:*

Federal¹³.

Objetiva-se, portanto, uma reconstrução do Direito Privado, agora fundamentado em valores constitucionais, para que sejam atendidos os direitos fundamentais, bem como a efetivação da consolidação de um Estado Democrático de Direito. Assim, se a legislação civil atritar com os princípios e as regras constitucionais, ela deve ser considerada revogada (por não ter sido recepcionada) se foi editada antes da Constituição, ou inconstitucional, se foi editada após a sua promulgação.¹⁴

Vale ressaltar que não se busca hoje delimitação clara dos espaços até contrapostos. Se anteriormente existia a disjunção, há atualmente a unidade hermenêutica que compreende o texto constitucional como o elemento direcionador de desenvolvimento e aplicação da legislação civil. É significativa a transformação de atitude, em que o jurista deverá interpretar o Código Civil de acordo com a Constituição Federal e não o contrário, como era praticado no passado e que, equivocadamente, ainda ocorre em alguns casos restritos.

A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica. O Direito Civil sempre disponibilizou os conceitos e as classificações que eram utilizados como base para o reconhecimento dos diversos ramos do Direito Público (entre eles, o Constitucional). Nesse sentido, descobre-se a necessidade dos civilistas em trabalhar as categorias fundamentais da Constituição, pois sem esta inteiração, a interpretação do Código e das leis civis podem tornar-se equivocadas.¹⁵

Entretanto, a mais importante inovação da Constituição, contudo, refere-se aos direitos fundamentais.

13 FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 3., 2012, Chapecó. *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2012. v. 1. p. 1-25. p. 3-4. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2287>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

14 FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 3., 2012, Chapecó. *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2012. v. 1. p. 1-25. p. 4-5. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2287>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

15 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-100, jan./mar. 1999.

Além de conter em sua estrutura um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, de acordo com a tendência internacional de proteção desses direitos, tornou-os “cláusula pétrea expressa”, impedindo-os de sofrerem alteração por parte do poder constituinte derivado. A própria estruturação interna da Constituição, ao contrário do que ocorria na antiga ordem constitucional, inseriu os direitos fundamentais em sua parte inicial antes mesmo das normas sobre a organização do Estado e, nesse sentido, indica a enorme relevância proporcionada a esses direitos, possuidores, a partir de então, de uma indisputável primazia axiológica.¹⁶

Dessa maneira, a posição hierárquica superior da Carta Constitucional para a edição das suas normas, e porque estas, por uma escolha consciente do legislador constituinte, informam também junto as relações privadas, permitem, como dito, que se considerem a Constituição como novo centro do Direito Privado, em condições para consolidar as suas partes e a informar seu conteúdo. Em vez de um ordenamento descentralizado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo núcleo principal está a Constituição. A unidade do ordenamento, não somente no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, está alterada, pois a Constituição agrega e fundamenta toda a enorme estrutura de normas editadas pelo nada econômico legislador atual.¹⁷

Facchini Neto¹⁸, sobre a constitucionalização do Direito Privado diz:

Da constitucionalização do Direito Civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do Direito Civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil.

Assim, um novo processo de “despatrimonialização” do Direito Civil ocorre com base na da funcionalização das relações intersubjetivas a princípios-valores como os da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade. Representa o que Facchini Neto

16 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85.

17 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 75.

18 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60. p. 32.

chama de “*repersonalização do direito civil ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil*”. O homem se torna o núcleo do sistema jurídico, tanto em nível do direito público, quanto no privado. Assim, reconhece-se que a Constituição passou a tutelar a vida privada e o Código Civil, por sua vez, passou a ter uma característica eminentemente política, objetivando relacionar o Direito Público com o Privado, a sociedade com Estado e o Direito Civil com a Constituição.¹⁹

Resta claro, diga-se, que as relações civis ainda possuem um intenso conteúdo patrimonializante, basta verificar, por exemplo, os conceitos tradicionais de propriedade e contrato, mas, como afirmado, essa concepção majoritariamente patrimonialista do Direito Civil quase sempre se choca com os valores presentes na dignidade da pessoa humana, adotados no texto constitucional.

Assim, o desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica e, por meio dela, o seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais do que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, passa a ser a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

3. A HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com os olhos atentos a essa nova visão do Direito Civil, sabe-se, por sua vez, que o § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 ainda determinou que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata, ou seja, além de eficácia plena, devem possuir, também, vigência automática, sendo, inclusive, autoaplicáveis. Resta, porém, indagar contra quem os direitos fundamentais podem ser opostos.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais atuam como uma limitação à atuação dos governantes

em relação aos governados, em uma nítida relação vertical entre o Estado e o indivíduo, seja por meio de uma abstenção estatal (direitos de primeira dimensão), uma ação (segunda dimensão) ou em favor dos meta-indivíduos (direitos de terceira dimensão). Não por outra razão, os direitos fundamentais podem não ser exercidos, porém nunca renunciados, pois historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a própria irrenunciabilidade são características determinantes dos ditos direitos fundamentais.

Por outro lado, com esse olhar no Direito Civil Constitucional, cogita-se, hoje, da aplicação dos direitos fundamentais²⁰ também nas relações jurídicas entre indivíduos, interpretando-se as relações privadas com um viés constitucional e possibilitando, assim a manutenção do equilíbrio da justiça também nas prefaladas relações privadas (*Drittwirkung*).

De fato, ao expandir os efeitos das relações privadas para uma concepção constitucional²¹, naturalmente, fez surgir também uma ampliação dos direitos fundamentais para além de uma relação cidadão-Estado, adquirindo uma dimensão objetiva de aplicação dos direitos fundamentais “*de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula*”²²

Assim, o Direito Privado passa também a

conhecer o fenômeno do poder e da autoridade para condicionar suas relações, não sendo apenas do poder público do ataque contra a liberdade de manifestação do indivíduo e a dignidade da pessoa humana²³

19 CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. *A função social do contrato como forma de efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Roma, 2007. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2007/claudia_tais_cagliari.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2014.

20 Ainda hoje, toda a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas se restringe aos direitos individuais. A questão concernente à possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos sociais não trabalhistas, direitos políticos e direitos transindividuais, apesar de relevantíssima, ainda não despertou a merecida atenção da doutrina, o que não significa dizer que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia no âmbito das relações privadas.

21 Segundo Lorenzetti, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Normas fundamentales de derecho privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

22 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Normas fundamentales de derecho privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 587.

23 QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. *Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc>. Acesso em: 01 dez. 2014.

Para Daniel Sarmento,

a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa²⁴

Em outro diapasão, não é possível entender o Estado Democrático sem a proteção (também constitucional) da autonomia privada. Assim, o paradoxo da democracia,²⁵ em uma tentativa de alcançar o “governo do povo”, resta por expulsar o indivíduo que, colocado frente a problemas cada vez mais complexos, necessita de uma ação individual com suficiente liberdade, na crença de que isso produzirá um efeito conjunto que, no futuro, seja melhor para todos.

Nessa dualidade de posições, ou seja, de um lado a autonomia privada, indispensável, como dito, em um Estado Democrático de Direito e base estrutural do Direito Civil, e, por outro lado, a premissa que se encontra perfeitamente possível a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, fez com que surgissem várias teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois, é certo que a forma de incidência dos direitos fundamentais para os particulares não pode ser igual para os poderes públicos, em razão das diferenças ontológicas entre ambos.

Nesse estudo, adota-se a teoria da eficácia horizontal direta que surge, de forma tímida, na Alemanha, na década de 50, pela tese de Hans Carl Nipperdey.²⁶ Segundo o mencionado autor, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.²⁷

Assim, hoje, e como já dito, não se pode conceber o Direito Privado como um sistema independente, dis-

sociado das premissas maiores da constitucionalização do Direito Civil. Adotar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas significa abandonar, de vez, a velha dicotomia público privado.

Cumprido destacar, no entanto, que a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa desconsiderar as especificidades das relações privadas, não sendo possível, portanto, transplantar o particular para a posição de sujeito passivo nos mesmos moldes que se faz com os poderes públicos.

Com efeito, não se trata, por assim dizer, de uma teoria radical, já que não se prega a desconsideração da liberdade individual das pessoas. Assim, os particulares são titulares de direitos fundamentais e contra eles não seria possível atribuir toda a esfera restritiva que essas normas possuem em face do Estado, ao passo que são imbuídos da proteção constitucional de autodeterminação.

Conforme preleciona Daniel Sarmento, “a teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal”.²⁸ Perlingieri, por sua vez, aduz que

[...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. [...] Assim, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores²⁹

Dessa maneira, com a aplicação direta da teoria dos direitos fundamentais às relações privadas, a Constituição pode demonstrar sua eficácia de forma *dúplice* ou *binária*, pois esse método se concretiza quando o Poder Judiciário, em sua atuação típica, resolve o caso concreto utilizando-se da legislação ordinária (em um método de aplicação indireta), mas ao mesmo tempo, aplica também, em razão de sua normatividade, de forma direta os princípios constitucionais ao caso concreto.

Ora, sabe-se que o constituinte brasileiro foi omisso quanto à vinculação expressa dos particulares aos direitos fundamentais, porém, como já foi dito, o § 1º, do

24 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.

25 Cf. BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985.

26 Cf. Sarmento, a primeira manifestação de Nipperdey sobre essa teoria foi produzida em 1950, num artigo sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao salário. Mas é em seu livro sobre a parte geral do Direito Civil Alemão que o autor traz uma abordagem sobre a questão. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

27 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204.

28 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 206.

29 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

artigo 5º da Carta Política estabelece que “*as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata*”, não gerando dúvidas, *data maxima venia*, quanto à aplicação de forma direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, destaca Daniel Sarmento,

com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos.

[...] A Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas.³⁰

Assim, incontestemente que se, como dito, a compreensão de que o fundamento da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica que, por sua vez, legitima e condiciona todo o direito positivado, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é medida que se impõe, uma vez que não reconhecê-la ou condicioná-la à vontade do legislador ou, por último, limitar o seu alcance à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado, significa, simplesmente, retirar a dignidade da pessoa humana do epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira.

Argumenta-se como precedente no Supremo Tribunal Federal para a adoção da teoria direta, o julgamento do RE 158215-4/RS, no ano de 1996, possuindo como Relator o Min. Marco Aurélio, no qual discutia-se um caso em que associados de uma cooperativa haviam sido excluídos, como punição, sem direito de defesa, tendo o julgado entendido que “*na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa*”.³¹

30 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 158215-4 RS. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.

Ainda no ano de 1996, o Supremo Tribunal Federal também entendeu, no RE 161.243-6/DF, cujo Relator foi o Min. Carlos Velloso, que o trabalhador brasileiro, empregado na empresa Air France, deveria ter o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoa da Empresa, que em princípio, somente beneficiava os empregados de nacionalidade francesa.³²

Mais recentemente, o STF, com relatoria do Min. Gilmar Mendes, no RE 201819/RJ, entendeu pela ampla aceitação dos direitos fundamentais de forma direta nas relações privadas, diante da União Brasileira de Compositores que também havia excluído do seu quadro de sócios determinado compositor, sem que a este fossem asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, destacando o Voto do Min. Celso de Mello, que assim se manifestou:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações e 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 fundamentais³³

Por esses acórdãos, não resta dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal tem amplamente aceito a aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de conflitos privados, independentemente da mediação do legislador ou de aplicação das cláusulas abertas.

4. A CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

br/arquivo/informativo/documento/informativo34.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 161.243-6/DF. Segunda Turma. Recorrente: Roberto de Figueiredo Caldas e outros. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 de outubro de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: 04 fev. 2016.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 201-819-8 RJ. Segunda Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 04 fev. 2016.

Com base na constitucionalização do Direito Civil e na própria horizontalização das normas fundamentais, acima comentadas, restou claro que a reinterpretação do Direito Privado passa, necessariamente, pela Constituição Federal. E, agora, nessa linha de raciocínio, o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, passou a aduzir que *os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

Assim, incontestemente pensar que os tratados e convenções internacionais – que versem sobre direitos humanos que foram aprovados no quórum acima (em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros) – passam a ser equiparados às Emendas Constitucionais e, assim, são perfeitamente aplicáveis no âmbito das relações privadas. Exemplo disso é a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinada em Nova Iorque, em 30.03.07, e aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 186/08, sendo incorporada ao ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional e perfeitamente aplicável, portanto, às relações privadas, pelas razões já elencadas neste artigo.

Porém, nesse diapasão, convém indagar se os demais tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, mas anteriores à Emenda Constitucional nº 45/04, ou que não foram submetidos às formalidades indicadas para a sua aprovação, ou, por derradeiro, os tratados e convenções internacionais comuns, poderiam ser aplicados, aprioristicamente, às relações privadas?

Inicialmente e sem amarras, cabe menção às lições de Marcelo Varella, ao mencionar que o direito contemporâneo passa por um momento de transição, que acompanha a própria globalização.

Esse processo é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico. Neste sentido, parece-nos claro que vivemos em um período de transição. Já é possível dizer que a lógica tradicional do direito internacional não é mais aplicável aos dias de hoje. No entanto, também é possível verificar que ainda não há uma nova lógica consolidada³⁴

34 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.

Para melhor compreensão do tema, pode-se afirmar que se vivencia, hoje em dia, e a par da constitucionalização do direito interno, a aplicação de um Direito Constitucional Internacional e, conforme preleciona Flávia Piovesan,

por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido. Ao tratar da dinâmica da relação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, objetiva-se não apenas estudar os dispositivos do Direito Constitucional que buscam disciplinar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também desvendar o modo pelo qual este último reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana³⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em relação aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, fixou orientação sobre o tema, no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, entendendo que o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/04) foi acolhido com *status* supralegal no ordenamento jurídico interno, pairando acima da legislação infraconstitucional, mas devendo respeitar, por outro lado, a norma constitucional.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, depreende-se a seguinte orientação:

parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.³⁶

35 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.78-79.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 466.343-1 SP. Tribunal Pleno. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Pelu-

Dessa maneira, a Corte deliberou que as proteções humanitárias contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos estão posicionadas acima das normas do Código Civil, afastando, portanto, a eficácia da legislação infraconstitucional e, demonstrando a força da compreensão judicial sobre o tema, foi editada a Súmula Vinculante nº 25, alertando que “*é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

Inaugurou-se, assim, a par da adequação das normas de Direito Civil à Carta Política, um movimento de convencionalização de suas normas, devendo se adequar aos tratados e convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos, mesmo que não tenham sido submetidos às formalidades de aprovação necessárias para se ter natureza de uma Emenda Constitucional.

Nessa linha de raciocínio, até mesmo as normas de Direito Civil precisam se harmonizar, mantendo uma compatibilidade vertical, tanto com o Texto Constitucional, quanto com os tratados e convenções internacionais de direito humanos.

E, sendo assim, detectada uma eventual incompatibilidade da norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos, sobreleva a suspensão de sua eficácia, respeitando a própria especialidade da convenção³⁷.

Segundo Valério Mazzuoli,

Desta inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de Direito interno: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que o clássico ‘controle de constitucionalidade’ deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (‘de convencionalidade’) da produção e aplicação da normatividade interna.³⁸

Por derradeiro, com a incidência, inclusive, do artigo 13 do novo Código de Processo Civil³⁹ – Lei nº 13.105,

de 16 de março de 2015 – que representa, no mínimo, uma tendência atual, uma última, porém não menos importante, reflexão merece ser feita: a convencionalização do Direito Civil também estaria sujeita aos tratados internacionais comuns, mesmo que não versassem sobre direitos humanos?

Primeiramente, convém assinalar que o Supremo Tribunal Federal ainda não avançou sobre o tema, porém de acordo ainda com Mazzuoli,

sabe-se que os tratados internacionais comuns (aqueles que versam sobre temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas. Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm hierarquia supralegal em nosso país.⁴⁰

Isso porque, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 7030/09, todo tratado obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé (art. 26) e uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental (art. 46).

Para tal situação, seria uma espécie de controle de supralegalidade, como exposto ainda por Mazzuoli⁴¹

Tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

Assim, mesmo as normas de Direito Privado, ao eventualmente contrariarem um tratado comum, também, estarão sujeitas a um controle de convencionalidade (supralegalidade), uma vez que referido tratado se encontra acima delas. Frise-se que, apesar da polêmica que envolve o assunto, a nova redação do artigo 13 do CPC, delinea, ao menos, uma tendência nesse sentido, ao salientar que a jurisdição civil será regida pelas nor-

so. Brasília, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

37 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 47.

38 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 411.

39 Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em

tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte. BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

40 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 421.

41 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 421.

mas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas em tratados, convenções ou acordos internacionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente, como demonstrado neste artigo, o civilista do Século XXI deve comprometer-se com o projeto constitucional, que elegeu a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade material como princípios e fundamentos de toda a ordem jurídica. A visão do Direito Civil como fonte de relações unicamente privadas, tem, paulatinamente, se distanciando da realidade, fazendo com que surja uma unidade hermenêutica, despontando a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação também da legislação privada.

Essa onda de solidariedade social, portanto, fez com que as relações patrimoniais fossem revisitadas, visando à repersonalização ou despatrominialização do Direito Civil, de forma a garantir um mínimo de dignidade aos partícipes dessa relação jurídica.

Assim, como foi visto neste artigo, a repersonalização do Direito Civil representou uma transformação de direcionamento das normas presentes no ordenamento jurídico nacional, passando da esfera do individual para o social, objetivando a proteção da vida e a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, os direitos fundamentais passaram a representar o núcleo para todos os outros direitos, pois lograram ser entendidos como direitos que emanam fundamentalmente sobre os demais, devido à origem constitucional.

Pelo exposto, com o advento da Constituição Federal de 1988, calcada pelo ideário de justiça e solidariedade e, tendo a dignidade da pessoa humana como Fundamento do Estado Democrático de Direito, tornou-se necessária a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, objetivando dar a esses direitos a sua máxima efetividade.

Em contrapartida, pode-se antever que a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas não exclui, decerto, a obrigação do Poder Judiciário de interpretar e eventualmente aplicar as normas jurídicas do Direito Privado, de índole infraconstitucional, como,

verbi gratia, as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, desde que respeitados, num primeiro momento, os direitos fundamentais. Em relação a esse cotejo, deve o Judiciário, preliminarmente, mirar os valores constitucionais – que possui no sistema dos direitos fundamentais o seu eixo central – e caso não seja possível a aplicação de norma infraconstitucional, deve o órgão jurisdicional exercer o controle de constitucionalidade incidental da norma, afastando o preceito viciado face ao Parâmetro Constitucional.

Em virtude dessa nova visão constitucional do Direito Privado, exsurtiu, por sua vez, a convencionalização do Direito Civil, no que tange à análise de sua compatibilidade vertical aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, pois são equivalentes às Emendas Constitucionais, como é o caso, como visto, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinada em Nova Iorque, em 30.03.07, e aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 186/08.

Por outro lado, tendo com pano de fundo o Direito Civil Constitucional, restou demonstrado que os demais tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, anteriores à Emenda Constitucional nº 45/04 ou que não foram submetidos às formalidades indicadas para a sua aprovação e, inclusive, os tratados e convenções internacionais comuns (aqueles que versam sobre temas alheios aos direitos humanos), também se submetem ao controle de convencionalidade, em virtude da previsão contida no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 7030/09, sendo certo que a nova redação do artigo 13 do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, representa, para se dizer o mínimo, nitidamente, uma tendência no avanço desse tema.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Noberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 158215-4 R.J. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo34.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 161.243-6/DF. Segunda Turma. Recorrente: Roberto de Figueiredo Caldas e outros. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em: 04 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 201-819-8 RJ. Segunda Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 04 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 466.343-1 SP. Tribunal Pleno. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016.
- CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. *A função social do contrato como forma de efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Roma, 2007. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2007/clauidia_tais_cagliari.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2014.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 1, n. 1, p. 185-243, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.
- FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. A constitucionalização do direito civil e a ampliação de direitos subjetivos fundamentais: uma análise em torno do direito de propriedade. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO, 3., 2012, Chapecó. *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, Chapecó, 2012. v. 1. p. 1-25. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2287>>. Acesso em: 12 jan. 2013.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-100, jan./mar. 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Normas fundamentales de derecho privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Daniel Gomes. *Constitucionalização do direito privado e a função social do contrato e da propriedade na empresa*. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.
- PASTRE, Daniel Fernando. *Efetividade socioeconômica dos processos de autorização estatal nas concentrações empresariais*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp116732.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. *Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/horizontal_and.doc>. Acesso em: 01 dez. 2014.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, Ano 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VON MÜNCH, Ingo. Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemanha. In: SALVADOR CODERCH, Pablo (Org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997. p. 25-53.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.