

INTERPRETAÇÃO E APLICABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO: EM BUSCA DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDERSON SANT'ANA PEDRA

1. Introdução — 2. O ordenamento jurídico — 3. A onipotência da Constituição — 3.1. As funções dos princípios constitucionais — 3.2. O constitucionalismo não morreu — 4. Interpretação constitucional — 4.1. A imprescindibilidade da interpretação — 4.2. Princípios da interpretação constitucional — 5. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais — 6. Por um direito civil constitucional — 7. Conclusão — 8. Referência bibliográficas.

1. Introdução

Nas cadeiras acadêmicas dos cursos de direito o aluno é conduzido a entender que quão melhor será profissional quanto mais conhece a lei, os códigos, seus dispositivos, o número de determinado artigo; sem devidamente alertado que estes se comunicam, ou seja, não se encontram isolados da mesma forma em que as disciplinas são apresentadas com o corte metodológico didaticamente necessário: civil, processual civil, penal, processual penal, trabalho, constitucional, administrativo e etc.; quando muito conseguem fazer uma conexão entre o direito substantivo e o respectivo direito adjetivo.

Contudo, para os aplicadores do direito, isso não basta. É imprescindível discutir a norma, interpretá-la dentro de um ordenamento jurídico, aplicá-la ou não de acordo com a situação apresentada, e, principalmente, “filtrá-la” dentro dos valores trazidos pela Constituição.

O objetivo do presente ensaio não é estudar a interpretação constitucional, nem tampouco singrar em dispositivos específicos do direito civil, mas, sim, contribuir para um pensar civil constitucional, mormente em face da Carta de 1988, como

* Consultor Jurídico do TCEES. Consultor da DPCC — Direito Público Capacitação e Consultoria. Professor da UVV e da FANORTE de Direito Constitucional e Administrativo. Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES. Mestrando em Direito pela FDC/RJ.

sistema aberto de regras e princípios em permanente processo de concretização e que deve interagir, de modo dialético e dinâmico, com as demais disciplinas jurídicas — destacando aqui o direito civil, colaborando na discussão das conseqüências advindas do fenômeno para o ordenamento jurídico, da forma como a normativa constitucional influencia o direito privado e, especialmente, as normas de direito civil, seus institutos e categorias.

Deve-se desde logo, destacar que a grande revolução do direito civil pátrio ocorreu verdadeiramente com a promulgação da Constituição de 1988, e que o Novo Código Civil tão-somente absorveu algumas das grandes modificações e conquistas em sede de Direito Privado presentes no Texto Fundamental.

O capital problema do intérprete-aplicador é o de saber qual deve ser o sentido decisivo ou prevalente para o efeito de aplicação ao caso concreto, bem como utilizar da *filtragem constitucional*, devendo, para tanto, empregar todas as técnicas interpretativas e os meios integradores.

Nessa esteira que urge o direito civil constitucional, devendo creditar tal incremento mais aos civilistas do que aos constitucionalistas, estes, a contrário *sensu*, parecem, em sua maioria, não querer atribuir à constituição o valor que lhe é inerente.

O estudo do direito civil constitucional é recente entre nós, como no resto do mundo, até porque de acordo com a tradição do Direito Civil clássico, o âmbito de estudo do Direito Privado partia e findava no exame do Código Civil.

2. O ordenamento jurídico

“A noção de ordenamento é complexa. *Em Princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, [...]*”.¹

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, destacando também que a palavra direito entre seus vários sentidos encerra também o de *ordenamento jurídico*, ou seja, o direito não é norma, mas um conjunto ordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica nunca se encontra só, mas está ligada a outras normas com as quais formam um sistema normativo.²

É cediço também que toda ciência se defronta com dificuldades.

No iluminismo se assentou a idéia de que as normas deveriam ser estabelecidas com clareza e segurança jurídica absoluta, por intermédio de uma elaboração rigorosa, a fim de garantir, especialmente, uma irrestrita univocidade a todas as decisões judiciais, devendo ser o juiz o escravo da lei. Neste contexto, a segurança jurídica se confundia com a noção de justiça. Contudo, a partir do século XIX esta concepção começou a vacilar.

1 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 171.

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999, p. 19-21.

A norma jurídica por natureza é geral, abstrata, fixa tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos.

Urge assim a necessidade de estudo quanto ao momento da aplicação da norma pelo operador do direito e qual norma a ser aplicada, ou seja, submeter um caso particular ao império de uma determinada norma jurídica.

A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. A aplicação do direito, dessa forma concebida, denomina-se *subsunção*.

A Subsunção revela a tenacidade do aplicador do direito em se aproximar mais da realidade fática, completando a idéia abstrativa contida na norma, vez que a norma de direito é um modelo funcional. Esse raciocínio ganha brilho na seguinte lição:

Deveras, o direito nunca é, mas a todo momento pode vir a ser, e, logo que é, deixa de ser; fora da decisão judicial não há direito, mas a todo momento, dessa decisão, o direito pode surgir, e, logo que surge, desaparece, porque o direito objetivo, confeccionado para o julgamento de um fato, só serve para esse julgamento; e consome-se pela aplicação.³

Para que a subsunção ocorra, resolvendo-se os problemas oriundos das lacunas, de conhecimento ou de reconhecimento, é indispensável uma *interpretação* para saber qual a norma que incide sobre o caso entelado, ou seja, para subsumir é imprescindível e *interpretação*.

Por vezes o aplicador do direito se depara diante de uma situação onde o(s) dispositivo(s) infraconstitucional(is) não se encontra(m) consonante(s) com os valores constitucionais, sendo necessário lançar mão da *interpretação sistemática*.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhe o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro.⁴

Interpretar sistematicamente implica, então, excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

Fica evidente o papel destacado conferido à Constituição como norma fundante de todo o sistema normativo, e, conseqüentemente, seu principal elemento de unifi-

3 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVII.

4 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-61.

cação. Daí porque de um simples instrumento técnico do método sistemático derivou-se um princípio básico de toda a interpretação jurídica: a interpretação conforme a Constituição. A norma fundamental converte-se sempre por esta via em questão prévia de toda a interpretação, de sorte que nenhuma lei pode ser interpretada isolando-se dela.⁵

A lacuna constitui um estado incompleto ou imperfeito do sistema, que deve ser preenchido ou corrigido utilizando-se do *princípio da plenitude do ordenamento jurídico e da unidade da ordem pública*.

Pode-se definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito*, sendo o sistema jurídico um sistema aberto. Aberto no sentido de incompleto, que evolui (pois histórico e cultural) e se modifica; decorrente da provisoriedade do conhecimento científico. Cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão ligadas.⁶

Em obediência aos princípios mencionados, “a primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema.”⁷

Para que ocorra a integração normativa ou a exclusão de qualquer contradição, imprescindível palmilhar na prescrição dos seguintes dispositivos da LICC:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Assim, não há espaço no nosso ordenamento jurídico para as lacunas e antinomias, até pelas disposições legais citadas, pois o jurista ao aplicar os preceitos jurídicos, a fim de criar uma norma individual, deverá interpretá-los, integrá-los e corrigi-los, mantendo-se nas balizas estipuladas pelo ordenamento jurídico.

Nesse jaez, urge a necessidade de conceber a idéia de sistema uno, completo e coerente de conceitos e categorias, iluminando e comandando a elaboração teórica e a aplicação prática do conhecimento jurídico moderno, verificando assim a funcionalidade do sistema, que serve eficazmente de base para a ampliação do nível de generalidade e de abstração conceitual sempre que a variedade crescente das situações reais exigir. É o caso, dentre outros, da ampliação de conceitos como o de cidadania para incorporar a figura do consumidor; da ampliação do conceito de casamento abarcando a união estável do casal, independentemente de formalidades legais; da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para solucionar

5 SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 124.

6 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

7 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit., p. 285.

questões patrimoniais envolvendo parceiros homossexuais, bem como para permitir a alteração do sexo em registro civil.

3. A onipotência da Constituição

Esse tópico não poderia ser iniciado sem mencionar a argumentação do professor Carlos AYRES, que com a sensibilidade e inteligência peculiar, ao cotejar Deus com a Constituição alinhou:

Deus é o poder que tudo pode, menos deixar de ser o poder que tudo pode. Deus nem pode deixar de ser o poder que tudo pode, como não pode permitir que outro poder tudo possa. Lógico, porque a onipotência está condenada a solidão. Onipotência é concomitantemente unipotência ou potência única.⁸

Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico, inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põe como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente de menor força vinculatória.

Cabe destacar desde logo que “a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma ‘constitui’.”⁹

No Brasil, o direito constitucional está atualmente numa fase de grande pujança, oferecendo os manuais de direito constitucional uma visão plurifacetada dos problemas jurídicos e políticos brasileiros.

Para o que se pretende nesse artigo, imprescindível é cuidar aqui do *corpus* constitucional, ou melhor, da *reserva de constituição* que é o conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional. Mas quais as matérias que devem ser inseridas numa constituição? Em termos absolutos pode-se dizer que não há uma reserva de constituição.¹⁰

Tem-se que a Constituição designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (“constituição escrita”, “constituição formal”) e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico *caráter* fundacional e primazia normativa.¹¹

8 BRITO, Carlos Ayres. *Poder constituinte versus poder reformador*. In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 40.

9 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* 2. ed. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1977, p. 11.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina 1998, p. 1.105.

11 *Ibidem*, p. 1.111-1.112.

A Constituição é uma lei dotada de características especiais, pois tem um brilho autônomo expresso por intermédio da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros instrumentos com valor legislativo presentes na ordem jurídica, destacando: *auto-primazia normativa, fonte primária de produção jurídica, força heterodeterminante, natureza supra-ordenamental e força normativa*.¹²

Serão destacados aqui apenas alguns desses elementos e seus principais traços caracterizadores.

Pode-se asseverar em síntese que *autoprimazia normativa* significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior, sendo assim um valor normativo formal e material superior, o que implica no princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas constitucionais.

Já como uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações* das normas hierarquicamente inferiores tem-se a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*. De acordo com essa perspectiva não se pode falar do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes.¹³

Força normativa da constituição ou *normatividade da constituição* são expressões que significam que a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa da constituição* visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada. Afasta-se assim a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direção política”, um caráter programático despido de força jurídica atual caracterizadora das verdadeiras leis.¹⁴

Convém, alfim, trasladar as lições de HESSE, para quem a “*constituição não significa apenas um pedaço de papel*”:

A constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.¹⁵

12 Ibidem, p. 1.112-1.115.

13 Ibidem, p. 1.114.

14 Ibidem, p. 1.115.

15 HESSE, Conrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 15.

3.1. As funções dos princípios constitucionais¹⁶

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se, sendo imprescindível sua identificação pelo cientista jurídico, sob pena deste não poder jamais trabalhar com o direito.¹⁷

Longe vai a época em que os princípios eram considerados como elementos secundários no Direito, aos quais se recorria apenas na hipótese de lacuna legal. A doutrina contemporânea reforça ao extremo o papel normativo dos princípios, acentuando a sua multifuncionalidade no ordenamento constitucional.

Em primeiro lugar, em razão da sua acentuada carga axiológica e proximidade do conceito de justiça, os princípios constitucionais assumem a função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positiva, porque corporificam os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Constituem-se assim, os princípios jurídicos, a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do direito e também a cambiante e mutável, que determina a evolução jurídica; sendo também as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação.¹⁸

Por outro lado, os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico essencial, configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Trata-se de uma exegese em que se prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao intérprete, criteriosamente, desvelá-los e proteger-lhes a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo.¹⁹

3.2. O constitucionalismo não morreu

O Constitucionalismo não morreu! As noções de *constituição dirigente*, da *força normativa da Constituição*, de *Constituição compromissória*, não podem ser relegadas a um plano secundário, principalmente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas na Constituição de 1988, longe estão de ser efetivadas.²⁰

É preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém valores que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isto, há

16 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 54-55.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 143.

18 *Ibidem*, p. 146.

19 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 161.

20 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 18.

que deixar assentado que o *constitucionalismo dirigente-compromissário não morreu*. A Constituição ainda deve “constituir-a-ção”, principalmente porque no Brasil nunca constituiu.²¹

4. Interpretação constitucional

4.1. A imprescindibilidade da Interpretação

Para orientação desse tópico merece destaque as ensinanças de MAXIMILIANO

Com as luzes da hermenêutica, o jurista explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as conseqüências que do mesmo decorrem.²²

O professor FERRAZ JR. tratando do problema da interpretação assevera com vigor que “*é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação*”.²³

A norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich MÜLLER, matéria que precisa ser “trabalhada”.²⁴

O tema da hermenêutica e da interpretação jurídica se presta ao processo de aplicação da norma jurídica levado a cabo pelo aplicador do direito. Sob esse enfoque, só faz sentido interpretar dispositivo, tendo em vista um problema que requeira solução legal. Mas a aplicação da lei deverá atender, antes de tudo, o indivíduo e a sociedade a quem ela serve, pois a norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na media em que defende comportamentos ou serve de meio para a consecução de fins mais elevados.²⁵

21 Ibidem, p. 126.

22 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários a constituição brasileira, citado por, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 49.

23 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Ciência jurídica*. 2. ed., São Paulo: Saraiva: Atlas, 1980, p. 68.

24 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19. Cf. ainda Ibidem, p. 19: “A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.”

25 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13-4.

A técnica de interpretação cambia, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza, e em virtude do objetivo colimado, redigidas de modo sintético, em termos gerais, sendo que a interpretação constitucional está ligada ao tema da aplicabilidade das normas dessa natureza.²⁶

Deve-se afirmar que sempre há de se interpretar a Constituição como sempre há de se interpretar a lei. Só por meio desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional. Só por meio dela, a partir da letra, mas sem parar nela, se encontra a norma ou sentido da norma. Não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação.²⁷

Além do mais, a norma jurídica tem que ser interpretada, *filtrada*, exercitada, pois a essência do direito é a realização prática. Uma norma que jamais foi realizada ou que deixou de ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação.²⁸

4.2. *Princípios de interpretação constitucional*

A interpretação constitucional tem seus princípios próprios, sendo que serão tratados aqui aqueles que influenciam na conclusão que almeja esse trabalho.

O *princípio do efeito integrador* significa precisamente que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

Pelo *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva* pode considerar-se que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.²⁹

Segundo o *princípio da força normativa da constituição* na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma ótima eficácia da lei fundamental.

Pelo *princípio da interpretação das leis conforme a constituição* entenda-se que no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.³⁰

26 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 50-59, passim.

27 MIRANDA, Jorge, *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense: 2002, p. 448.

28 IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 15. ed., Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 43.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1187.

30 Cf.: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 161: "Em outras palavras e sob essa ótica, a interpretação conforme a Constituição passa a ser, ante de mais, uma exegese que

Acresce-se ainda a esses princípios algumas regras propostas por Jorge MIRANDA, principalmente a que “*deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade*”.³¹

Alfim, deve se ter em mente que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para solucionar um conflito entre princípios que decorre da percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como *reservas de justiça* para os sistemas políticos e jurídicos que organizam.³²

5. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais

De início, a fim de afastar dúvida quanto a aplicação da norma, se faz necessário revivescer a lição de RÁO:

A aplicação dos preceitos normativos consiste na sujeição de um fato da vida a uma regra jurídica correspondente, por modo a produzir determinada consequência de direito.

É o ato final, a praticar-se no ciclo que se inicia com o diagnóstico do fato, prossegue com o diagnóstico jurídico, a crítica da norma, sua interpretação e se encerra com a aplicação do direito, que corresponde ao tratamento jurídico do caso concreto.³³

Não se pode mais permitir a postergação da aplicabilidade e eficácia de qualquer norma do direito, principalmente do Direito Constitucional, afinal o *direito* é o instrumento pelo qual se faz da palavra *vida* e, na *vida*, a *Justiça*. É como o padre que transforma pelo milagre da transubstanciação, o pão em Corpo de Cristo — “eis o mistério da Fé” —, o profissional do Direito deve transformar, pelo milagre da vivificação da palavra, o *verbo* em *vida* — eis o desafio da Justiça humana.³⁴

Embora resultante de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, e sendo normas jurídicas têm caráter imediato e prospectivo, não são opiniões, meras

prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao intérprete, criteriosamente, desvelá-los e protegê-los a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo.”

31 Apud MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 43.

32 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 203.

33 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 520.

34 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 12.

aspirações ou plataforma política, até porque, ao nível lógico, nenhuma lei independentemente de sua hierarquia, é editada para não ser cumprida.³⁵

Ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao direito constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce.³⁶

Cumprir lembrar que a eficácia de uma Constituição dependerá não só da sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade, mas também — e principalmente — de uma correta interpretação daquilo que o texto prescreve.³⁷

A questão da aplicabilidade e da interpretação é tópico que se coloca para qualquer norma de Direito, mas em se tratando, particularmente, de direito constitucional, merece também atenção em razão das suas particularidades.

A aplicabilidade das normas constitucionais está ligada ao tema interpretação constitucional, que no sentido jurídico é a qualidade da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, que tem capacidade de produzir efeitos. Esta aplicabilidade depende de três aspectos fundamentais: *vigência, legitimidade e eficácia*.³⁸

Pode-se dizer, em síntese, que “[...] aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade exige assim interpretação”.³⁹

Verifica-se que a interpretação e a aplicação da norma constitucional só se colocou como *problema* a partir do momento em que as constituições deixaram de ser apenas *catálogos de competências ou leis fundamentais do Estado* para se converterem, também, em *Cartas de Cidadania*.⁴⁰

José Afonso da SILVA⁴¹ acerca da aplicabilidade das normas constitucionais traz que todas as normas constitucionais apresentam *eficácia*, contudo esta pode se apresentar nas espécies: *social e jurídica*.

35 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de sus normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60.

36 BARROSO, Luis Roberto. *Doze anos da constituição brasileira de 1988*. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

37 DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 79.

38 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit., p. 59-60.

39 Cf.: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da constituição de 1988: aplicabilidade; congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva, ICMS, empresa brasileira, poder constituinte estatal, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 14.

40 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997, p. 98.

41 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Cogitando ambas afirma o autor que a *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, já a *eficácia jurídica* da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, situações, relações e comportamentos nela indicados. Daí porque basta a *possibilidade* — não é necessária a *efetividade* — da geração de tais efeitos para que ocorra a eficácia jurídica da norma, concluindo: “*uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz*”.

O mesmo autor⁴² monografa que as normas constitucionais revelam diferentes graus de *eficácia*, suscitando problemas interpretativos quanto à maior ou menor plenitude dos seus efeitos. Propõe, então, a classificação de tais normas em três diferentes espécies, a saber: a) *normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, cuja normatividade é suficiente para incidir, cabalmente, sobre os interesses de que cogitam; b) *normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata*, que se distinguem das primeiras pela possibilidade de restrição dos seus efeitos, a depender de norma ulterior; e c) *normas de eficácia limitada ou reduzida*, definidoras de princípio institutivo, ou programático, cuja possibilidade de execução o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário.

Acontece que não existe um critério que permita identificar, com segurança, quais dispositivos constitucionais podem ser reputados auto-aplicáveis e quais outros dependem de regulamentação.

Contudo, marcando uma decidida ruptura em relação a doutrina constitucional clássica apresenta-se CANOTILHO com a seguinte lição:

[...] pode e deve-se falar da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas.

[...] O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentença políticas’, [...] ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.⁴³

No mesmo diapasão, trouxe a doutrina nacional, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988 com a lição do professor EROS GRAU que já cobrava dos juristas uma posição menos inibida com relação à aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente do Poder Judiciário, senão vejamos:

Cumpre-nos, pois, desmistificar a Constituição, conferindo imediata eficácia e aplicação a suas disposições, inclusive as ditas programáticas.”

[...]

42 Ibidem.

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.140.

Entre nós, a execução do preceito constitucional pode ser exigida ao Poder Judiciário, visto que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que: 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito'.

Ora, configurando tais normas programáticas, no mínimo, mais — em termos de positivação do Direito — do que um princípio geral do Direito, é certo que cumprirá ao Poder Judiciário conferir imediata execução aos preceitos constitucionais programáticos.⁴⁴

E ainda:

A Constituição que queremos, com raízes fincadas no coração do povo, há de ser pragmática, e não programática; há de ser um instrumento de ação social, e não repositório de expressões de utopia de uma elite intelectualizada, a serviço da elite mais dotada de poderes de dominação social.⁴⁵

De forma mais incisiva e atual é a lição de Juarez FREITAS:

Por idêntica angulação, os princípios programáticos não devem ser lidos como se fossem apelos de uma retórica vazia, frívola ou supérflua, mas como dotados de vida eficaz, apesar da função projetiva dos mesmos. Nada há na Lei Maior que não deva repercutir na totalidade do sistema jurídico e, de conseguinte, na vida real.⁴⁶

Com um enfoque mais preciso, destaca-se a lição de PERLINGIERI:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: 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.

[...]

Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁴⁷

44 GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 46.

45 Ob. cit., p. 50.

46 O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 237.

47 PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

O professor BARROSO também cuidou da ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil noticiando:

O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. [...] duas mudanças de paradigmas deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas, e [...]. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento da sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.⁴⁸

E ainda:

[...] o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio. Como adverte Biscaretti di RUFFIA, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia.

Fica, por conseguinte, desde logo rejeitada a idéia de que o Direito Constitucional seria 'um Direito sem sanção'.⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal também já deu pista de que pende para esse mesmo entendimento:

PACIENTE COM 'HIV/AIDS'. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196). PRECEDENTES DO STF. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

[...]

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

[...] ⁵⁰

48 BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 225, jul./set. 2001, p. 34.

49 Idem. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 87.

50 STF, 2ª Turma. AGRRE 271286/RS, rel. Min. Celso de Mello, julg. 12.09.2000, DJ 24.11.2000, p. 101.

Nesse sentido cabe-nos desmistificar a Constituição, restaurando a sua dignidade. Todos os seus preceitos não de ter eficácia e aplicabilidade imediata, eis que somente assim deixará ela de cumprir o papel de instrumento de engodo e ilusão do povo.⁵¹

Por fim deve-se destacar que a Constituição é norma que repercute sobre o direito ordinário, sem, reciprocidade. Projeta influência sobre os demais modelos jurídicos, mas não é influenciada por estes, ou seja, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário, pois nunca o mundo da infraconstitucionalidade poderá superar a força normativa emergente da norma constitucional.

6. Por um Direito Civil Constitucional

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil a doutrina inclina-se na árdua tarefa de construção de novos modelos interpretativos, onde é imperativo retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, ao Diploma Fundamental vigente.⁵² Inolvidável que o novo Código absorveu várias das grandes modificações e conquistas sociais em matéria de Direito Civil, presentes na Constituição de 1988.

Continua-se assim a ecoar as vozes da chamada *constitucionalização* ou *publicização* do direito privado, lembrando que “*o direito — e, desde logo, o direito constitucional — descobre-se, mas não se inventa*”⁵³.

BOBBIO destaca que o processo de *publicização* do *privado* é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas e que é acompanhado por um processo inverso que se pode chamar de *privatização do público*.⁵⁴

Atualmente a crise parece estar em vias de solução. O envelhecimento dos códigos atenuou, se é que não eliminou, a atitude do positivismo legislativo dominante do século XIX. Observa-se cada vez mais abertamente a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e na evolução do direito, desta-

51 GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 46.

52 TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. Revista forense, v. 364, Rio de Janeiro, nov./dez. 2002, p. 113.

53 DWORKIN, Ronald, citado por, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.147.

54 BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público/privado*. In: _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 26. Cf. ainda, *ibidem*: “*Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.*” p. 27.

cando que nenhum jurista deve ainda pensar que apenas os textos legislativos infraconstitucionais sejam importantes para conhecer o direito.⁵⁵

Os valores da sociedade hodierna não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade da forma, sobrepõem-se os interesses da proteção de uma população que aguarda providência e prestações estatais. Estes valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas Constituições. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a se preocupar com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento.⁵⁶

Após a Segunda Grande Guerra as constituições começaram a ter um conteúdo mais amplo, desvinculando-se da mera estruturação do Estado, o que levou uma visão diferente do papel da Constituição. Atualmente, no mundo dos sistemas jurídicos legislados, as constituições passaram a ter significado mais relevante e eficácia muito mais ampla.

Nesse sentido cabe mencionar desde logo que para o direito ordinário, avulta a importância do método lógico-sistemático em toda a sua largueza, ou seja, deve-se interpretar as normas ordinárias, tanto no contexto interno, como no externo contexto da Lei Fundamental — destacando aqui o *Direito Civil Constitucional*⁵⁷.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.⁵⁸

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, ocorreu um choque de perplexidade no início, quer por sua abrangência, quer por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil.⁵⁹

Acresce-se ainda a o fato de uma grande parte do complexo das relações sociais (e portanto jurídicas) não está mais regulada somente pelo Código Civil, mas pelos microsistemas (Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Locações, v.g.), o que fez com que deslocasse o centro do ordenamento, que antes

55 DAVID, René. *Os grandes sistemas contemporâneos*. 3. ED. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 55.

56 FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 93.

57 Cf. RIVERA, Júlio César. *El derecho privado constitucional*. Revista dos tribunais. São Paulo. n. 725, mar. 1996, p. 11-12: “En la doctrina europea viene desarrollándose em los últimos años um movimiento que estudia lo que se há dado em llamar ‘Derecho Civil Constitucional’. El motivo de estos estúdios se encunetra em los procesos de reforma constitucional de la posguerra em algunos países como Italia, Alemania y la misma Francia, o más próximos em el tiempo como há sucedido em España.”

58 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 34.

59 Cf.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da constituição de 1988*, p. 11, que afirma: “Na verdade, não apenas a nossa, mas as constituições contemporâneas de um modo geral sofreram um processo de transformação que nos atinge hoje de forma peculiar.”

era o Código Civil, para a Constituição. Assim, a Constituição na qualidade de *lex superior* é que unifica em torno de si todo o complexo de normas que compõe o ordenamento jurídico, expressando uma ordem material de valores.

Por Direito Civil Constitucional deve-se entender, na definição de FLORES-VALDÉS, como um sistema de normas e princípios institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais e concernentes àquelas outras matérias residuais consideradas civis, que tem por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, nas que são suscetíveis de aplicação imediata, ou que podem servir de ponto de referência da vigência, da validade e da interpretação da norma aplicável da pauta para o seu desenvolvimento.⁶⁰

Foi o direito civil constitucional quem conferiu uma nova personalidade ao direito privado, redimensionando até mesmo o conceito de autonomia privada na teoria dos negócios jurídicos, sendo que a grande vantagem da existência autônoma desta disciplina está em possibilitar a realização de um processo hermenêutico integrado dos meandros que se irradiam das relações privadas.⁶¹

Perde assim, o direito civil, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil⁶², anunciando-se assim a chamada “era da descodificação”, com a substituição”, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado por estatutos, verdadeiros microsistemas do direito privado que orbitam em torno da Constituição.⁶³

Fala-se em “era dos estatutos” para designar as novas características da legislação extravagante, onde se verifica uma profunda alteração na técnica legislativa, destacando principalmente que o legislador não mais se limita à disciplinar as relações patrimoniais⁶⁴. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou jurídicas tradicionalmente disci-

60 FLORES-VALDÉS, Joaquim Arce y, *apud* DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito civil constitucional*. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

61 DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito civil constitucional*, p. 20.

62 Em qualquer dos países do mundo ocidental o Código Civil representa o maior monumento legislativo. Sua importância quanto aos efeitos diretos na vida do cidadão é, sem dúvida, sob certos aspectos, muito maior do que a própria Constituição, isso porque, como sua própria denominação indica, o Código Civil é a lei do cidadão, do homem comum, do pai, da mãe, dos filhos, do lar, da família e de seus bens.

63 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: _____. *Temas de direito civil*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10-11.

64 Cf.: PERLINGIERI, Pietro. *Ob. cit.*, para quem se caminha para a “despatrimonialização” do Direito Civil, vez que a pessoa deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial.

plinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.⁶⁵

Nesse contexto a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida, entendida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.⁶⁶ A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁶⁷

Nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa — ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente.⁶⁸

A atividade do jurista não pode se cingir à leitura (exegese) do direito positivo. É imprescindível a concretização do direito aplicável à luz da Constituição e com o compromisso de realizá-la, efetivá-la.⁶⁹ A concretização não se confunde com a interpretação do texto da norma; é sim, a construção de uma norma jurídica.⁷⁰ Tudo bem que as Constituições compromissárias, como a brasileira, impõem dificuldades adicionais ao aplicador do direito, pois além da obrigação de trabalhar com normas de textura aberta, que abrigam conceitos políticos e princípios morais, vê-se ainda,

65 Cf.: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 8-10, para quem se trata também de uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios; a linguagem é menos jurídica e mais setorial: e age através de leis de incentivo (“função promocional do direito” — BOBBIO).

66 Cf. RIVERA, Júlío César. *El derecho privado constitucional*, p. 19: “Los autores suelen señalar la existencia de diversos efectos que las normas civiles constitucionales producen sobre el ordenamiento jurídico civil de fuente legal. Arce y Flórez-Valdés apunta que la eficacia de esas normas puede distinguirse en directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora, o directiva, lo que en términos generales es compartido por el resto de la doctrina.”

67 *Ibidem*, p. 34.

68 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 113.

69 Cf. RIVERA, Júlío César. *El derecho privado constitucional*, p. 21: “La cuestión de la eficacia e interpretativa se plantea de manera sencilla: quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de la manera que aquélla resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere.”

70 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. Seleções Jurídicas ADV-COAD, 01/94, p. 51. DF.: “Não cabe confundir a norma com o texto da norma porque ‘a prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndida e profunda, porém invisível, é que deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social.’”

por vezes, obrigados a arbitrar uma competição de valores e diretivas normativas muitas vezes contraditórias.⁷¹

Nessa perspectiva de interpretação civil-constitucional permite-se que sejam revigorados os institutos do direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.⁷²

*“Sob essa ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.”*⁷³

Por fim, pode-se dizer que o direito civil constitucionalizado parece estar em busca de um fundamento ético, que não exclua o homem e seus interesses não-patrimoniais, da regulação patrimonial que sempre pretendeu ser.⁷⁴

7. Conclusão

*“A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição”*⁷⁵, e muito embora diga-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar os valores contidos na Carta Fundamental à sua práxis⁷⁶, sem desprezar que esse denominado direito civil constitucional veio de certo modo absorvido pelo Novo Código Civil, não representando, contudo, grande inovação.

À mercê da vigência do Novo Código Civil, chegou a hora do aplicador-intérprete da norma alterar o foco do direito civil, deixando que este se ilumine pelos valores contidos na Constituição de 1988 a fim de conseguir um novo contorno do direito civil, agora à luz do Texto Constitucional vigente.

Não se pode permitir que a Constituição de 1988 transforme-se em um território inóspito pela falta de uma pré-compreensão de seus valores e de sua aplicação sobre o direito infraconstitucional.

71 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 195.

72 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 21.

73 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de direito civil*. Rio de Janeiro. v. 65, p. 29.

74 FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 95.

75 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional; estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

76 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: _____. *Temas de direito civil*, p. 1.

A norma jurídica não se identifica com suas palavras, que constituem apenas um meio de comunicação, em regra, imperfeito. Entendê-la não pode se restringir a averiguar o sentido imediato oriundo da expressão, mas indagar e buscar o que o ordenamento encerra, desenvolvendo-o em todos os seus espectros possíveis, até alcançar o seu real conteúdo, quiçá, de um direito civil efetivamente transformado pela normativa constitucional — *filtragem constitucional*.

Embora tenha crescido o interesse sobre a matéria, principalmente após a Constituição Federal de 1988, ainda não foi possível maximizar o trabalho de adequação do direito civil a nova ordem constitucional, por intermédio de interpretações tendo como “filtro” o Diploma Base, verificando sempre, e, em última análise, as normas que emanam do Texto Constitucional, devendo este atuar como um farol a iluminar a direção do operador do direito.

Atualmente o cuidado deve ser redobrado, sendo indispensável manter um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Novo Código Civil para que, procurando, a doutrina e a jurisprudência, conferir-lhe máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento constitucional-civil⁷⁷, até mesmo quando o legislador dispensou oportunidade de adequar o direito positivo às novas qualidades, devendo ser perene o trabalho de adequação da legislação civil aos valores constitucionais.

Por fim, não se pode permitir que o fascínio pelo direito infraconstitucional subverta a lógica jurídica a ponto de se “adaptar” a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuarmos a olhar o novo com os olhos do velho...⁷⁸

8. Referências bibliográficas

- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* 2. ed. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1977.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BARROSO, Luíz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.
- _____. Doze anos da constituição brasileira de 1988. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-48.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público/privado*. In: _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do código civil de 2002*. p. 113.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit., p. 112.

- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.
- BRITO, Carlos Ayres. *Poder constituinte versus pode reformador*. In: MAUES, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 39-48.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. Seleções Jurídicas ADV-COAD, 01/94, p. 45-51.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas contemporâneos*. 3. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito civil constitucional*. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13-58.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Interpretação e estudos da constituição de 1988: aplicabilidade; congelamento, coisa julgada fiscal, capacidade contributiva, ICMS, empresa brasileira, poder constituinte estatal, medidas provisórias, justiça e segurança, servidor público*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.
- FREITAS, Juarez. *O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226-248.
- _____. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e as suas atuais fronteiras*. Revista dos tribunais. São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 15. ed. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 43.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de direito civil. Rio de Janeiro, v. 65, p. 21-32.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- RIVERA, Julio César. *El derecho privado constitucional*. Revista dos tribunais. São Paulo, n. 725, p. 11-28, mar. 1996.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa: princípios e métodos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. Revista forense, v. 364, p. 113-123. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002.
- _____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Boletim da faculdade de direito*. n. 48. Coimbra: Coimbra editora, p. 323-345.
- _____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In:
- _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.