

O PODER DAS PALAVRAS: repensar a interpretação jurídica para a garantia de direitos fundamentais

THE POWER OF WORDS: rethinking legal interpretation to ensure fundamental rights

Vanderson Rafael Nascimento¹

RESUMO

O presente ensaio pretende avaliar se a reinterpretação do direito a partir da sua constitucionalização e das teorias de eficácia direta dos direitos pode ser considerada uma forma jurídica de se garantir direitos fundamentais. Ainda, objetiva verificar se este novo discurso constitucional possibilita a construção e manutenção de um ordenamento jurídico marcado por questões sociais e de justificação das próprias normas. Para tanto, foi realizado um estudo baseado em revisão bibliográfica e de fontes legislativas, como o Código Civil e a Constituição Federal, adotando-se por referencial teórico textos que compreendem no sentido de que as normas de interpretação das áreas específicas, como o Direito Civil, devem se adequar à Constituição na maior medida do possível sem que isso importe em qualquer prejuízo à autonomia ou a estabilidade do Direito como um todo. Conclui-se que as normas constitucionais são suficientes para a garantia de estabilidade do modelo de interpretação, ainda que semanticamente abertas, porque a construção dos significados jurídicos é especialmente obtida a partir de uma luta por conceitos que somente são obtidos a partir da interpretação da própria Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito. Constituição. Direitos fundamentais. Interpretação.

ABSTRACT

This essay aims to assess whether the reinterpretation of law from its constitutionalization and theories of direct effectiveness of rights can be considered a legal form of guaranteeing fundamental rights. Furthermore, it aims to verify if this new constitutional discourse makes possible the construction and maintenance of a legal order marked by social issues and justification of legal rules. To this end, a study was carried out based on a bibliographic review and legislative sources, such as the Civil Code and the Federal Constitution, adopting texts that understand in the sense that the rules of interpretation of specific areas, such as Civil Law, must conform to the Constitution to the greatest extent possible without implying any prejudice to the autonomy or stability of the Law as a whole. It is concluded that the constitutional norms are sufficient to guarantee the stability of the interpretation model, even if semantically open, because the construction of legal meanings is especially obtained from a struggle for concepts that are only obtained from the interpretation of the own Federal Constitution.

Keywords: Law. Constitution. Fundamental rights. Legal interpretation.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Se o fim do direito é a paz, a luta é o meio utilizado para alcançá-la (VON IHERING,2000). No campo da interpretação, este confronto também é uma disputa pela definição de conceitos e pelos significados das palavras. Cada palavra, teoria, construção jurídica, tudo faz parte de um contexto maior – social, econômico, político etc. – que deve ser levado em consideração no momento de aplicação das normas. O trabalho do jurista, no mais das vezes, é esta busca pela coerência e pela justificação de certos comandos dentro de determinadas estruturas e modelos, de modo a compatibilizar o sistema jurídico. E isto tudo, aliado a um movimento de mudanças permanentes na sociedade atual faz com que determinadas normas sejam interpretadas de formas distintas em momentos históricos diferentes, ainda que sem qualquer alteração em seu aspecto formal².

Uma das formas de obter novo sentido é a partir da mudança da realidade em que se baseia a norma e da mutação constitucional, que

Resulta da dissociação entre norma e texto. Se a norma constitucional não se confunde com o seu texto, abrangendo também o fragmento da realidade sobre a qual esse incide, é evidente que nem toda mudança na Constituição supõe alteração textual. Mudanças significativas na sociedade - seja no quadro fático, seja no universo dos valores compartilhados pelos cidadãos -, podem também provocar câmbios constitucionais, sem que haja qualquer mudança formal no texto magno. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 341).

Assim, o contexto importa. A partir da Segunda Guerra Mundial a forma de interpretar e conceber o Direito se modificou. Criou-se um paradigma de criação de normas e de interpretação que privilegia os direitos humanos(GOMES; MAZZUOLI, 2010), dentro do qual não ficaram isentos de novas conceituações e interferências nem mesmo aquelas normas já existentes, inclusive de ramos da ciência jurídica até então entendidos como clássicos e consolidados, como o Direito Civil e o Direito Penal.

²Exemplifica-se. Na redação do Código Civil de 1916, por exemplo, as mulheres casadas, enquanto subsistia a sociedade conjugal, eram consideradas incapazes, relativamente, para o exercício de certos atos civis (art. 6º, inc. II, do CC/16). A toda evidência, a norma do Código Civil foi construída no contexto da Constituição de 1891 que detinha em seus artigos a construção de que “todos são iguais perante a lei” (art. 72, § 2º, da Constituição). Aliás, esta mesma literalidade do princípio da igualdade foi repassada por todas as Constituições brasileiras, sendo que a legislação infraconstitucional simplesmente decidia por restringir, injustificadamente, o alcance destes preceitos. Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, porém, o contexto forçadamente se modificou, sendo necessária a compreensão das normas infraconstitucionais também a partir do princípio da igualdade em um sentido material.

Este trabalho pretende discutir como a (re)interpretação do direito privado, a partir da Constituição de 1988 e do constitucionalismo democrático, pode ser instrumento de garantia de direitos fundamentais, principalmente a partir da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Para tanto, parece importante perceber como se deu a evolução deste pensamento de reinterpretção do direito, já que sem dúvida este processo não ocorreu de forma isenta de críticas, sendo que ainda hoje se discute a possibilidade de aplicação de direitos fundamentais às relações entre particulares, por exemplo. Mas, afinal, como interpretar o Direito Civil a partir de novas realidades e de um novo processo de tomada de sentido do direito, principalmente tendo em conta a crescente tomada de espaço pelo Estado nas relações e situações antes vistas como exclusivamente privadas? Antes disso, podemos dizer que há, de fato, uma nova forma de interpretá-lo ou estamos apenas servindo vinho velho em taças novas?³ Na hipótese de se conceber uma nova forma de interpretação, poder-se-ia dizer que em alguma medida ela pode implicar em uma quebra da autonomia do direito privado?

Essas são questões que pretendemos responder neste pequeno ensaio. Para tanto, partimos de um método dedutivo, de forma a averiguar, a partir da revisão da leitura especificamente voltada ao aspecto do Direito Civil Constitucional, como tem sido tratado o tema do repensar o direito privado, a partir desta luta por conceitos e da necessidade de se ver o Direito Civil não apenas sob um aspecto patrimonial, mas como mais uma parte do direito que está abaixo do manto da dignidade da pessoa humana, bem como se ocorreu em algum momento uma virada interpretativa capaz de qualificar maior proteção aos direitos fundamentais.

2. O PARADIGMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A pós-modernidade implicou em inúmeras mudanças no modelo de sociedade, já que tornou visível uma descrença no poder absoluto de atuação do Estado e da razão, especialmente porque neste momento histórico passa a existir uma crise de legitimidade do saber, no sentido

³ A alegoria é apresentada pelo professor Otávio Luiz Rodrigues Júnior ao introduzir a discussão sobre a constitucionalização do direito. Isso porque, segundo o autor, a discussão sobre constitucionalização do Direito Civil e, mais especificamente, sobre a supremacia das normas constitucionais, e especialmente da interpretação constitucional, não é um tema novo, mas que por diversas questões tem sido explorado recentemente. Segundo o autor, não se trata de algo recente e muito menos de uma prática não adotada já desde o século XIX, sendo que por vezes se trata mais de um discurso de “paixão” do que de uma nova prática do mundo jurídico. Para maiores informações: RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 22.

cartesiano, de forma que mesmo as ciências enfrentam um cenário de certo descrédito (BITTAR, 2009).

É a partir dela que a razão passa a ser questionada, por ser muitas vezes guiada por caminhos ocultos que dividem espaço com outros fenômenos, como a ideologia e o próprio inconsciente humano, bem como o Estado, enquanto poder, é desnudado por atuar não apenas sob o aspecto de proteção ou de garantia dos cidadãos, mas também de guardião de lucros e da competitividade (BARROSO, 2001, p. 06). Ou seja, a partir da pós-modernidade, estas novas realidades e conceitos precisam ser analisadas quando da construção de caminhos jurídicos, especialmente se se quer construir um modelo de respostas judiciais adequado e democrático.

Essa descrença nos fenômenos mais amplos, especialmente da razão, também traz consigo a conclusão de que a neutralidade e a objetividade do conhecimento científico já não são vistas como possíveis de serem alcançadas de forma plena. Há cada vez mais ceticismo quanto à ciência como um todo, à sua eficácia, atemporalidade, universalidade e à verdade absoluta de seus paradigmas (BITTAR, 2009, p. 361). E isso, também, porque o operador jurídico não é uma ilha em si mesmo. É alguém que detém um conjunto de ideias sobre a sociedade e o contexto em que se encontra, e um ser que detém, antes mesmo do julgado, alguns conceitos prévios denominados como visão social de mundo (LOWY, 2000, p. 13), no sentido de que é um conjunto relativamente coerente de ideias sobre si e os outros que também leva em consideração os interesses e a situação de grupo e classe social no qual se está inserido.

No direito, implica o reconhecimento da inexistência de um operador ou intérprete isento de influências sociais⁴, já que a ciência jurídica seria apenas uma orientação parcial que tampouco pode ser supervalorizada (KAUFMANN; HASSEMER, 1994, p. 32). Passa-se a conceber a ideia de que o possível (e desejável) seria a existência de um intérprete consciente de suas circunstâncias, a fazer com que a sua atuação não seja uma forma de manutenção inconsciente de padrões de riqueza e poder na sociedade, bem como da necessária tomada de consciência do agente, que precisa ser cada vez ciente das limitações de suas vontades e crenças (BARROSO, 2001, p. 10).

Aplicar o direito neste espaço de consciência das funções de interpretação e dos limites da isenção humana deixa de ser apenas um ato apenas de conhecimento, de revelação do sentido ou de lógica formal, mas também passa a ser reconhecido como um ato de vontade, de

escolha de uma possibilidade dentre todas aquelas que se apresentam (KELSEN, 2015, p. 387-397).

Neste cenário, a tentativa de conformar o direito apenas às regras postas de antemão em uma lógica de subsunção formal, especialmente em sociedades marcadas pela miséria e desigualdade, parece não ser suficiente para garantir todo o potencial transformador das normas jurídicas⁵. Assim, o movimento constitucional democrático ganha força e passa a atuar de forma cada vez mais ampla, já que as Constituições construídas especialmente a partir do segundo pós-guerra passaram a conter um conjunto de valores previstos em princípios jurídicos e que também gozam de normatividade, tal como as regras jurídicas, irradiando sua força por todo o ordenamento jurídico.

É certo, porém, que quando se diz que as normas jurídicas têm um caráter transformador da realidade, não se quer dizer com isso que se espera uma atuação do judiciário no sentido de único salvador ou de ver os juízes como profetas ou deuses do Olimpo, principalmente em uma confiança na formação da personalidade dos juízes como forma de obtenção de uma decisão racional e justa. O que se pretende sustentar é que as normas por si só traçam panoramas anteriores e têm um sentido que precisa ser explorado e obtido em sua melhor medida pelo Judiciário, especialmente em relação às normas constitucionais, que merecem ser observadas a partir de um panorama geral e dos objetivos que a Constituição busca alcançar, tal qual citam MAUS (2000) e VIEIRA (2008).

Não só. Se durante muito tempo as Constituições eram vistas apenas como cartas políticas com um conjunto de inspirações não exatamente exigíveis, é certo que a realidade se transformou para entender a Constituição como um conjunto com várias normas de eficácia direta e imediata a serem cumpridas. Afinal, dizer de forma diferente seria o mesmo que retirar-lhe a possibilidade de conduzir câmbios sociais importantes e necessários, principalmente em relação à Constituição brasileira, que em seus cinco primeiros artigos preceitua pontos sensíveis e de extrema relevância à comunidade de nosso país (BRASIL, 1988)⁶.

⁶ O artigo 3º da Constituição Federal Brasileira é muito claro no sentido de que os objetivos de nossa República são especialmente voltados à promoção da dignidade e da igualdade de tratamento em um aspecto prático e real, uma vez que a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, desenvolvida, que se empenha para erradicar a pobreza e as desigualdades sociais etc., não são conceitos apenas jurídicos, mas ações práticas que devem ser colocados em atuação. É dizer, com isso, que ao mesmo tempo em que a Constituição estipula estes objetivos,

Em outra medida, se a Constituição sozinha é apenas uma folha de papel (LASSALLE, 1980), é necessário que haja formas de se cumprir com aquilo que ela orienta, dar normatividade às suas construções, seus valores e seus princípios. Dotar a Constituição de preceitos e caminhos a serem alcançados, mas sem dar possibilidade de cumprimento não conduz à melhor construção desta tradição constitucional transformadora que se pretende estabelecer. Assim, a eficácia direta de suas normas⁷, o movimento de irradiação da interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade, por exemplo, são os primeiros elementos aptos a possibilitar uma prática constitucional efetiva no cenário brasileiro.

Aliás, a eficácia direta das normas constitucionais está expressamente prevista na Constituição. O §1º, do artigo 5º, da Constituição declara no sentido de que as normas de direitos e garantidas fundamentais têm aplicação imediata. Assim, em uma leitura em conjunto com o §2º do mesmo dispositivo, entendemos que essas normas fundamentais podem estar previstas tanto na Constituição quanto fora dela, sendo que os princípios e regras fundamentais não se excluem, mas se completam. Assim, a eficácia direta de todas as normas fundamentais deve estar presente no senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994). É dizer, com isso, que a valorização destas normas deve ser uma prática comum e necessária para o bom desenvolvimento da teoria constitucional e de direitos fundamentais brasileira

E além. A Constituição precisa ser a garantia de estabilidade na construção jurídica de um ordenamento, já que passa a ser o centro de impulso de todo o sistema jurídico. Para tanto, é necessário um esteio capaz de garantir a segurança das relações e o desenvolvimento social. É a Constituição quem marca os objetivos e os caminhos a serem seguidos pelo Estadobrasileiro, o seu cumprimento é premissa necessária para a construção do futuro que ela almeja conseguir.

Entender a lei maior como paradigma de interpretação dos demais ramos do direito, em uma “filtragem constitucional” dos temas, de forma a fazer com que o documento superior seja o ponto de partida de interpretação dos outros ramos do da ciência jurídica, é a medida necessária como primeira forma de construção desta realidade almejada(BARROSO, 2001, p. 34).

ela automaticamente consignou uma *obrigação* aos agentes públicos, e neste trabalho analisamos especialmente em relação ao Judiciário, para que tais preceitos sejam alcançados. Não existe como dissociar toda a prática das vontades constitucionais expressamente delimitadas.

Contudo, esta soma de fatores, apesar de bem-vista para a construção de uma jurisdição constitucional plena e efetiva, no campo do direito privado passa a ser entendida como uma gradual perda da centralidade do Código Civil, principalmente se se perceber que cada vez mais se fez necessária a criação de novos microssistemas e se fez necessário novas ações estatais, mais intervencionistas, com o correr dos tempos (LEAL, 2015, p. 126).

Não somente isto, tendo em vista que os princípios constitucionais possuem uma maior abertura textual, o que por muitas vezes faz com que sejam contraditórios entre si ou mesmo entre em conflitos com outras regras, surge o problema de disputa de espaços.

Ademais, o cumprimento da agenda constitucional pode conduzir àquilo que se denominou por panconstitucionalização. Este fenômeno, entendido no sentido de constitucionalização em excesso, por atribuir status de norma constitucional a uma série de direitos, segundo a crítica poderia causar efeitos negativos. Entre eles, a “[...] hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2001, p. 113), bem como uma perda da autonomia do direito privado em consideração à eficácia direta dos direitos fundamentais. E em todos estes casos haveria um prejuízo ao próprio direito constitucional, que deixaria de ter sua posição de superioridade ao se expandir por todas as áreas, assumindo uma posição de certo desprestígio (CANOTILHO, 2001, *idem*).

Outro ponto de discordância diz respeito à interpretação jurídica, já que poderia se tornar algo eminentemente subjetivo e, por isso, mais próxima de preferências e crenças pessoais do intérprete do que a lei (DIMOULIS, 2005, p. 60). Neste sentido, a criação do direito pelos juízes e doutrinadores no caso concreto seria uma volta a um antigo regime “político e jurídico que permitia a juízes e doutrinadores criar o direito no caso concreto” ou mesmo um realismo jurídico equivocado (DIMOULIS, 2005, p. 62).

Estas preocupações, contudo, tendem a se apresentar como conflitos aparentes. Por exemplo, tendo em vista que não há superioridade formal entre os princípios constitucionais, a interpretação teleológica que conduz ao cumprimento da agenda proposta pela Constituição em seus artigos iniciais parece ser a solução mais adequada. Da mesma forma que qualquer conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais sequer existe de fato, uma vez que a norma da Constituição tem prevalência.

Ou seja, o problema da falta de aplicação das normas jurídicas constitucionais é mais de aparência e uma maneira de não dar cumprimento aos preceitos trazidos na norma superior. Isso porque, se a Constituição tem preferência, independentemente de o seu conteúdo ter uma dimensão mais aberta, não é possível olvidar o seu conteúdo. Na verdade, o que deve ocorrer, então, é a luta pelos próprios sentidos interpretativos da Constituição, de modo a garantir a sua maior efetividade, especialmente no que diz respeito aos seus princípios de conteúdo jurídico aberto.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO INÍCIO DE UMA HERMENÊUTICA APTA À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É inegável que a partir da segunda metade do século passado, e precisamente após a Constituição de 1988 no Brasil, houve um movimento histórico e social à mudança de interpretação do direito, de forma a influenciar todos os seus ramos e a forma de lidar com os problemas que são postos à análise. O ponto de importância, todavia, não seria a existência desta mudança, mas como esta mudança afeta o Direito Civil. Afinal, esta nova forma de se enxergar o direito representaria um avanço na teoria geral ou apenas uma nova roupagem a teorias amplamente disciplinadas?

Antes de tentar responder ao questionamento já muito discutido pela doutrina, é certo que se faz necessário debater temas anteriores e necessários ao bom desenvolvimento da discussão. Isso quer dizer que precisamos nos debruçar sobre o fenômeno da constitucionalização – especialmente do Direito Civil – antes de discutir quais foram as implicações desta nova forma de interpretar o direito moderno.

Para tanto, importante mencionar desde logo que o termo constitucionalização do direito representa um movimento jurídico-social ocorrido em maior medida a partir da segunda parte do século passado e que implica em uma ressignificação e de tomada de importância de temas, sobretudo a partir da sua elevação ao status de normas constitucionais, por reforma legislativa ou por juridicização das normas constitucionais, na concepção de Otávio Luís Rodrigues Júnior (RODRIGUES JÚNIOR, 2019). Ou mesmo como um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, condicionando a legislação infraconstitucional na aplicação e observância das normas, na afirmação de LÔBO (1999, p. 100).

Este movimento de reafirmação da importância de determinadas matérias, elevando-as ao status de norma constitucional e/ou reinterpretando-as à luz das normas fundamentais vigentes no ordenamento corresponde à fundação das noções de justiça neste novo período: ou seja, os direitos guardam em si uma concepção histórica e que o fenômeno jurídico é um fenômeno dinâmico que guarda relação íntima com as concepções e momentos históricos dos quais fazem parte, sendo que a partir dos horrores da segunda guerra se fez necessário estabelecer melhores contenções contra as atrocidades e quebra de direitos.

A insuficiência dos direitos infraconstitucionais dispostas nos Códigos fez crescer a necessidade de se dar um conteúdo específico e de maior relevância, a salvo das maiorias eventuais, capaz de salvaguardar interesses de maior importância da sociedade. Dentre tais interesses, aqueles constantes da dignidade da pessoa humana, da tutela da liberdade e do livre desenvolvimento da sociedade, de forma geral, foram elevados ao patamar de normas constitucionais de forma a refrear o poder de eventuais abusos – estatais ou não.

Este fenômeno, como se viu, decorre de um processo de ressignificação do papel da constituição e do próprio direito, que passa a não apenas a pretender garantir direitos negativos ou garantir que não haverá ingerências estatais na esfera daqueles que estão sob o manto do contrato social, mas sim uma garantia ativa, um status ativo de ingerência, inclusive em relações privadas. É dizer, o Estado passa a interferir positivamente nas relações sociais para garantir os direitos constitucionalmente estabelecidos, sejam explícitos ou implícitos.

Pode-se dizer que, é claro, que as causas de se escolher certos direitos como detentores desta possibilidade de serem ou não capazes de ascender ao status constitucional se torna uma escolha do poder constituinte. De toda forma, por ser abrangente demais não faremos análise das teorias que pretendem explicitar as possibilidades do poder constituinte, limitando a análise do texto a traçar aspectos gerais de interpretação e da discussão sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional brasileiro.

É certo que é neste ambiente específico de ressignificação do direito a partir de uma compreensão baseada na figura da dignidade humana, nas constituições nacionais, e do princípio *prohomine*, nas legislações internacionais, que o estudo destes temas e da própria extensão de suas consequências toma espaço.

O mencionado princípio, por exemplo, é um enunciado que informa no sentido de que a interpretação e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos devem seguir uma atuação evolutiva e extensiva capaz de melhor proteger a pessoa humana na maior medida possível (MAZZUOLI, 2016). Nem mesmo Estados, organizações internacionais, ONG's ou os indivíduos em si mesmo podem retornar a uma tradicional interpretação das normas de direitos humanos que não tenha como centro o ser humano (MAZZUOLI, 2016, p. 99), em uma espécie de cláusula de proibição de retrocesso das proteções fundamentais.

Ou seja, tanto no plano internacional quanto nacional o vetor passa a ser no sentido de se colocar o ser humano como paradigma na interpretação das normas. Isto é, a pessoa vista não apenas como algo a ser tutelado, um instrumento para a realização de direitos, mas como ela mesmo como origem de todos os direitos e fenômenos do sistema jurídico.

Contudo, não é o simples fato de ter sido erigido como constitucional fundamental (ou internacional) que o direito passa automaticamente a deter maior proteção. A proteção e o respeito aos direitos, inclusive constitucionais, é uma prática diária de atores institucionais e externos, já que, sabemos, o problema específico dos direitos humanos e fundamentais em nossa era não é tanto de fundamentá-los, mas de protegê-los (BOBBIO, 2004, p. 17).

Segundo Bobbio:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 17).

Para garantir esta proteção, então, é preciso garantir que sejam bem especificados, tanto especialmente em relação ao seu conteúdo e forma, a fim de garantir que seus limites sejam conhecidos e aplicados. Também importa esclarecer que esta proteção exige uma atuação voltada a uma reconstrução de sentidos e de luta pelos conteúdos e conceitos, de forma a retirar de um modelo anterior a hegemonia e, a partir da interpretação constitucional, garantir estabilidade e coerência ao modelo de interpretação.

5. O CIVILISMO CONSERVADOR E A PREVALÊNCIA CONSTITUCIONAL

O Direito Civil sempre foi um local de privilégio do indivíduo, sendo, em geral, uma forma de proteção liberal do patrimônio que permaneceu sem mudanças, apesar da história e da

Constituição política adotada (LÔBO, 1999, p. 99). O direito privado era só o Código Civil (TEPEDINO, 1991, p. 22). Contudo, a atualidade já não aceita somente uma visão patrimonialista do direito, sobretudo em razão das graves violações de direitos humanos ocorridas no século passado. É preciso que as normas sejam validadas a partir da própria Constituição (LÔBO, 1999, p. 99-100) e tratados internacionais, não se relegando à norma constitucional apenas um papel subsidiário de integração do direito na ausência de norma específica ou no caso de ter sido frustrada a satisfação pelo código civil (TEPEDINO, 2006, p. 25), mas sim um papel de privilégio do ser humano.

A noção de constitucionalismo, então, surge em um contexto no qual os códigos serviam ao paradigma do patrimônio, no qual a liberdade era concebida a partir de um ideal de patrimônio (COIMBRA, 2015, p. 1908). Tanto é assim que as primeiras Constituições a regular sobre relações privadas atuaram de forma a garantir um estado mínimo de intervenção. Contudo, a história demonstrou que a codificação liberal foi insuficiente à concretização dos direitos fundamentais, resultando na necessidade de estabelecimento de um Estado Social (THEODORO; NASCIMENTO, 2019, p. 179).

Todavia, é certo que enquanto a sociedade e o Estado mudaram, o Código Civil de uma maneira geral continuou amparado na ideia de um Estado Liberal, sobretudo no que diz respeito à supremacia de valores patrimoniais e de um individualismo (LÔBO, 1999, p. 102), naquilo que aqui chamamos de civilismo conservador. Mas, como se disse, a evolução social já não podia se conformar a este tipo de cenário, principalmente se levarmos em consideração a intensa evolução das ciências, da tecnologia e os vários novos movimentos sociais da última parte do século XX. Tudo isso exige novas significações e novas formas de se encarar o direito.

Nisto, surge a necessidade de se considerar, para além do patrimônio, a noção do indivíduo, isoladamente considerado e em sociedade. Uma necessidade de reinterpretar ou de se criar direitos aptos a resguardarem essa nova realidade a partir de um ideal de indivíduo. A dignidade da pessoa humana surge, neste ponto, como uma sustentação desta nova forma de interpretação, àquilo que se chamou de repersonalização, isto é, na retomada de sentido da pessoa humana como centro do Direito Civil.

A partir disto, percebe-se que o chamado discurso patrimonializante das relações civis e a noção de atribuição de valor monetário a todas as situações da vida acaba por ser

incompatível com a lógica instituída de respeito à dignidade da pessoa humana. Surge esta necessidade de leitura ontológica do direito, de restauração da primazia da pessoa humana, inclusive em relações civis, como forma e “condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”(LÔBO, 1999, p. 103).

A toda evidência, esta forma de se pensar o direito é algo além de um mero critério hermenêutico formal. Para alguns, trata-se do elemento central de transformação do Estado liberal em Estado social (LÔBO, 1999, p. 108).

É certo que esta narrativa não se trata de um modelo taxativamente ordenado, sendo ainda uma proposta teórica em plena construção, sobretudo ante a necessidade de sempre se voltar ao ser humano como centro do ordenamento, já que sempre estamos a apenas um passo da barbárie, já que de alguma forma não se aprendeu ao certo sobre o passado e sobre as consequências do autoritarismo, sendo que as instituições de certa forma sempre flertam ou legitimam estes regimes, por quaisquer que sejam os motivos. SEELAENDER (2009), por exemplo, defende que o silêncio eloquente dos profissionais do direito frente a situações de barbaridade foi uma forma de garantir a submissão aos regimes autoritários recentes⁸.

Mais ainda, essa atuação constitucional, como era de se esperar, também faz parte de um contexto maior de lutas e conquistas decorrentes de movimentos históricos, políticos e sociais que procuraram dar maior destaque à garantia de direitos da personalidade e da dignidade humana (SOUZA; CUNHA, 2018, p. 04).

Reinterpretar o Direito Civil a partir da teoria constitucional, então, nesta busca de tutela dos direitos fundamentais, é também uma forma de garantir a completude e coerência do ordenamento, já que todos os casos podem ser resolvidos, direta ou indiretamente, pela Constituição. É dizer, cria-se uma técnica hermenêutica para a solução dos casos difíceis aos quais não seriam resolvidos isoladamente pela legislação infraconstitucional ou seria de forma incompleta.

Portanto, a prevalência da estrutura constitucional, neste ponto, não significaria nada mais do que a concretização de direitos, não havendo se falar em uma diminuição do Direito Civil, mas sim uma forma de se garantir que o ordenamento seja aplicado coerentemente em todas as situações.

⁸ Sobre a educação como forma de repúdio à incivilidade, cf. ADORNO, 2003, p. 117-185.

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO REFORÇO DA AUTONOMIA

O tema em questão sugere discussão porque em uma visão mais simplificada do fenômeno poder-se-ia dizer que a constitucionalização do direito leva a situações de ditadura constitucional, já que todo o direito perderia a sua capacidade jurídica própria para se submeter aos anseios do constituinte ordinário. Ou seja, entra em discussão a situação da autonomia do próprio direito, sendo especificamente abordado, aqui, a autonomia do Direito Civil.

Quer dizer, é indubitável que a Constituição seja o centro do ordenamento jurídico. Por certo, então, que esta posição de centralidade fará com que haja uma nova forma de se interpretar os demais ramos do direito, mas sem que isso implique em uma superioridade valorativa, no sentido de que o Direito Civil perda a sua autonomia, por exemplo.

Como se disse, a evolução do direito acompanha a noção de Estado e o momento histórico. Assim, o surgimento do conceito de Estado Liberal está intimamente atrelado às revoluções burguesas dos séculos XVIII, sendo que no século XX encontrou suas maiores dissonâncias. Não por menos, já que o século XX foi marcado por duas guerras mundiais, diversas doenças, intensos movimentos sociais e crise política e econômica na Europa e no mundo. Ou seja, o Estado Liberal, como movimento de pré-modernidade, precisou se reinventar para dar conta das demandas sociais surgidas e ampliadas, chegando à modernidade como um Estado Social⁹, sendo que, por último, naquilo que se chama de pós-modernidade, podemos entender a existência de um Estado Neoliberal¹⁰.

No fundo, é basicamente uma evolução na forma de se pensar a atuação do Estado, de mero poder regulador, passando por um agente de mudanças sociais e de práticas ativas, no sentido de garantir prestações positivas à comunidade, para desaguar neste atual estado da arte, na qual ainda se está a tatear qual seria o seu papel determinante.

⁹ A noção aqui empregada de Estado social é definida como aquele modelo de organização estatal na qual a Constituição produz regulamentação da ordem econômica e social, limita o poder político e econômico, tutela o indivíduo em diversos ambientes (saúde, cultura, trabalho etc), de modo a influenciar diretamente diversas áreas da ciência jurídica, como é o caso do Direito Civil. Ou seja, trata-se de um Estado que pretende prover na maior medida as demandas coletivas/sociais, também por meio de intervenções específicas. Neste sentido, cf. LÔBO, 1999, p. 102.

¹⁰ Estado neoliberal aqui é dito no sentido de um modelo de organização na qual o espaço privado passa a ter grande influência no ambiente público, que deixa de ser exclusivamente estatal – mas também é composto dos mais variados atores privados, como é o caso de associações, órgãos do terceiro setor, entidades etc. Neste sentido, o Estado neoliberal é aquele que também resguarda o lucro e a competitividade privada (BARROSO, 2001, p. 07).

No Brasil, estas formas de se ver a noção de Estado podem ser um pouco mais obtusas. Isso porque nosso país chega à pós-modernidade sem ter sido liberal ou moderno, principalmente em razão de uma tradição autoritária, elitizada e excludente (BARROSO, 2001, p. 08). De toda sorte, esta mixagem de conhecimentos e de técnicas leva a perceber que o Direito Civil, por exemplo, mais especificamente o Código Civil, muito influenciado pelas práticas oitocentistas do liberalismo, sempre foi muito voltado à proteção do patrimônio, em uma busca de garantia da estabilidade, da segurança de contratos e das relações econômicas.

Mas a Constituição de 1988 exigiu profundas mudanças no pensamento jurídico brasileiro, sendo um marco neste sentido. Isto porque ela representa uma retomada democrática na contenção do poder e naquilo que deveria representar o Estado brasileiro. A noção de dignidade da pessoa humana, a necessidade de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais, bem como o objetivo de se criar uma sociedade que promova o bem de todos, sem preconceitos, fazem com que o Estado Constitucional brasileiro se renove e sirva como base para à evolução social plena e efetiva.

O caminho de desenvolvimento brasileiro, enquanto nação e comunidade, não pode passar ao largo da Constituição, principalmente porque foi a partir deste novo paradigma que a proteção de interesses jurídicos até então excluídos pela cultura jurídica vigente¹¹ passaram a deter maior importância. Uma de suas consequências foi a retirada de importância de noções simplesmente patrimoniais para realocá-las em outros pontos de destaque, a exemplo de novas formas de design de disputas, o sistema multipartes de resolução de conflitos, a justiça restaurativa, sendo todos estes exemplos ligados especialmente àquilo que comumente se convencionou de chamar por despatrimonialização do direito.

Este movimento de retirada do patrimônio do centro das respostas em direito, principalmente do Direito Civil, portanto, diz respeito a uma nova forma de encarar as relações, em uma

¹¹ Novamente, pode-se dizer que a exclusão de certos interesses jurídicos ou a atribuição com maior ou menor interesse sempre foi uma questão de lutas, mas também diz respeito a como o “senso comum teórico” dos juristas atua. Se o jurista brasileiro entende que o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, é constituído por preceitos vagos e que não têm aplicação direta no direito, seja público ou privado, podemos dizer que a construção da cultura jurídica ao redor do tema será feita em favor de um desprestígio de tão importante tema. Assim, e de novo, o reforço argumentativo, a retórica e a reafirmação do real significado das palavras e dos conceitos é necessário para a obtenção do modelo ideal que planejamos com a Constituição. O senso comum teórico dos juristas é criado a partir de um local. É necessário desmistificar esta criação e, por meio de disputas linguísticas, atribuir os sentidos que melhor alcançam aquilo que o texto constitucional pretendeu estabelecer. Neste sentido, cf. WARAT, 1994, p. 13-18.

migração do conceito clássico de liberdade e igualdade, que significava direito a ter propriedade, para um prisma adaptação da própria conceituação do papel do direito. Ou seja, se a propriedade, como um todo, foi reescrita para conter a noção de função social, por exemplo, as relações que dela decorrem, como a noção de responsabilização por ato que a ela atente, também precisaram ser revistas. E esta nova forma de encarar o direito passou a irradiar com maior força a partir do movimento constitucionalista pós-1988, no Brasil¹².

Entretanto, poder-se-ia questionar se este novo modelo de proteção baseado apenas em esquemas que fogem da compreensão clássica de proteção pautado em silogismo e lógica formal, de subsunção entre fatos e regras. Isso porque a realidade mutável não pode ser pré-escrita pelo direito positivo de maneira específica, havendo no direito positivado a solução para todas as situações que impliquem em resultado jurídico. O século XXI, pautado na velocidade da informação, na quebra de paradigmas conceituais, na informatização e robotização, já não pode querer solução *ex ante* toda e qualquer atitude do mundo dos fatos que possam implicar em alguma consequência jurídica, sob pena de transformar o direito em um emaranhado de textos incapazes de serem manuseados de forma suficiente por mãos humanas.

Assim, como forma se de resolverem as questões não definidas diretamente por regras jurídicas claras, sem que isso implique em uma quebra da segurança jurídica, defendemos uma atuação pautada em modelos de responsabilização claros.

A constitucionalização do direito, no Brasil, significa a valorização do ser humano e dos direitos para além de sua virtude patrimonialista. É garantir o pleno desenvolvimento humano a partir de panoramas de diminuição de desigualdades e da construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária, nos termos que disciplina a Constituição de 1988. Desta forma, o Código Civil somente perde espaço naquelas situações em que apenas privilegiava o indivíduo apenas enquanto um meio de transação de valores e de patrimônio.

¹² Não se nega a existência da ideia de desconstitucionalização do direito anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, mas também não se pode negar que a partir desta dela, de alguma forma, a forma de encarar o direito brasileiro foi rescrita de forma a contemplar situações não antes relevantes. É dizer, com o advento da Constituição e de toda a sua força cogente de imputação, o direito passou a ser visto de forma a privilegiar de forma diferente ou dar importância a direitos não antes reconhecidos. A Constituição foi, pois, um motor de mudanças. A roda motriz de uma nova cultura jurídica instalada com a redemocratização. É certo, porém, que este novo modelo de interpretação não foi (e não é) facilmente aceito. Contudo, é exatamente diante deste espaço político de luta por sentidos que a Constituição sobressai, já que incentiva programas de proteção – sendo mais do que apenas uma carta de anseios, correspondendo a uma medida real de proteção de direitos e garantias individuais e sociais vulneradas pelo capital.

A razoável restrição de direitos por meio da legislação civil não pode ser vista como equivocada, ilegal e muito menos uma prática odiosa a ser evitada. É atuação legítima e que deve, até certo ponto, ser incentivada (CANOTILHO, 2012), vez que ajuda a construir os conceitos jurídicos dos direitos fundamentais constitucionais por meio do espaço de atuação do legislativo, que é eleito exatamente para cumprir com estes espaços de representação. No mais, tornar a interpretação jurídica um fenômeno próprio ou específico que exclui um modelo global de representação das normas, pautado na Constituição, é uma forma de solapar aos poucos a própria construção democrática presente no texto constitucional, tornando-o um documento sem vinculação e força – e isto não pode ser aceito em uma teoria democrática de poder.

7. CONCLUSÃO

Este artigo procurou demonstrar no sentido de que as palavras, as normas jurídicas, são todas construídas a partir de uma luta por significações. Não existe interpretação jurídica neutra e muito menos uma interpretação completa anterior, que independa do intérprete e de suas contingências próprias. Portanto, a construção do significado advém de uma atuação do intérprete e, no caso brasileiro, esta atuação deve se voltar aos fins adotados nos artigos iniciais da Constituição Federal (artigos 1º a 5º) (BRASIL, 1988).

Quer dizer, com isso, que a irradiação de efeitos das normas constitucionais, por todo o direito, é uma consequência natural e necessária à obtenção da sociedade que a Constituição um dia se propôs a construir. Isso não significa perda de autonomia das áreas, principalmente porque pelo processo legítimo é possível que a legislação infraconstitucional imponha limites às normas constitucionais, especialmente os princípios, dando-lhe um conteúdo jurídico e normativo que pode ser posto em prática. É certo, porém, que esta atuação não implica em decisionismo ou arbitrariedades estatais, sendo, pois, uma tarefa constante, mas que não pode ser ignorada.

É necessário compreender o ordenamento jurídico também em relação aos valores subjacentes, no caso, a Constituição Federal. É certo que a realidade atual não é modelo único ou imutável, já que todo processo de construção é histórico e um movimento ao futuro. Da mesma forma, a Constituição não é algo estritamente fechado, mas uma construção que demonstra os acertos do passado, ao mesmo tempo em que se projeta ao futuro.

Entender as normas infraconstitucionais por este viés permite fazer com que toda a interpretação se pautem em uma contenção de poder, porque relativo, mas que sempre busca alcançar os anseios constitucionais. Este repensar da interpretação jurídica, então, pretende garantir cada vez mais os direitos fundamentais dos indivíduos, que passam a ser o centro do ordenamento – longe de qualquer discussão patrimonial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, set. 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. Revista, atualizada e ampliada.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

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**. Brasil: Malheiros Editores, 2001.

_____. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos. A evolução do constitucionalismo no Brasil e a atuação contemporânea dos tribunais de contas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2o quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

COVER, Robert. Violência e a palavra. Tradução de Maurício Pedrosa Flores. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 2: 1-33, jul./dez. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2005, Volume 02.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. **Revista de Direito**, Valinhos, v. 13, n. 17, p. 101-122, 2010.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira.

KELSEN, Hans. A interpretação. In: **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Porto Alegre - RS: Villa Martha, 1980. Trad. Walter Stonner.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 33, p. 123-165, dez. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento; trad. Juarez Guimarães e Suzanne FelicieLewy. 7 ed., São Paulo - Cortez, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, São Paulo, v. 58, p. 183-202, nov. 2000. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. **Indonesian Journal of International & Comparative Law**, vol. III, issue 1 (January 2016), p. 77-99.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá: 2009.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva; CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. Indústria da indenização ou indústria da lesão? Uma análise diante da constitucionalização da responsabilidade civil. In: **Revista dos Tribunais**, v. 997, 2018.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEPEDINO, Maria Celina B. M.. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, 1991, vol. 1, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

THEODORO, Marcelo Antonio; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. Estado de Direito, *accountability* e mecanismos de controle do Judiciário como formas de proteção de direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p.173-192, jul. 2019. Disponível em: www.fdsu.edu.br/ Acesso em: 07 ago. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista de Direito GV, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. Tradução de João de Vasconcelos.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: **Introdução geral ao direito moderno – interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994, v. I.

Recebido em: 20/05/2021.

Aceito em: 04/08/2021.