

A NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL, SUA CLASSIFICAÇÃO E EFICÁCIA

Zeno Simm^(*)

La incidencia de la Constitución sobre el Derecho Privado adquiere en todo caso un alcance decisivo, sea como garante de su subsistencia, sea como impulsora de su desarrollo. - IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Significado e alcance da norma constitucional - 3. A Constituição como norma jurídica; 3.1 Classificação da norma jurídica: regra e princípio; 3.2 Conteúdo e alcance das regras e dos princípios constitucionais - 4. A eficácia das normas constitucionais programáticas - 5. A eficácia jurídica das normas civis constitucionais e os princípios - 6. Colisão de normas fundamentais e o caráter concorrente dos princípios - 7. Conclusão - 8. Referências.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é estudar (ainda que sem a profundidade desejável e necessária) alguns aspectos relevantes das normas constitucionais, inclusive quanto à sua natureza, conteúdo e alcance.

Inicialmente, será posta a idéia da Constituição como norma jurídica, e não de índole meramente política, o que lhe atribui as

^(*) Professor das Faculdades Integradas Curitiba

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Introdução. In: HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 13.

características próprias das normas jurídicas em geral, como da eficácia, da imperatividade, da força vinculante e da exigibilidade.

Também será analisada a classificação das normas (inclusive as constitucionais) como regras e princípios, ambos produzindo efeitos no mundo dos fatos e dotados de caráter mandamental.

Em seguida, será analisada a questão das chamadas “normas constitucionais programáticas”, se é que ainda existem, e os aspectos da sua eficácia vinculante e da sua exigibilidade frente ao Judiciário.

Depois, será abordado o fenômeno relativamente recente da “constitucionalização” do Direito Privado e a tese de existência de um Direito Civil Constitucional, em razão da introdução, nos textos constitucionais modernos, de diversas normas reguladoras da vida privada e que até então figuravam apenas na legislação infraconstitucional. Desse exame surge a idéia de uma releitura do Direito Privado, à luz das normas (= regras e princípio) constitucionais, com uma maior intervenção estatal na esfera das relações privadas, tendo em vista os fins sociais buscados pelo Estado.

Por fim, serão tecidas algumas considerações acerca da existência de conflitos entre regras e princípios aplicáveis ao caso concreto, indicando-se as soluções propostas pela doutrina para a superação dessas antinomias ou antagonismos.

2. Significado e alcance da norma constitucional

São conhecidas as divergências entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse sobre a essência e a força normativa da Constituição. O primeiro, afirmava que existem duas Constituições: a *real* (formada pelos chamados *fatores reais do poder*) e a *jurídica* (que seria um mero *pedaço de papel – ein Stück Papier* – com sua eficácia limitada à sua compatibilidade com a outra). Para ele, as questões constitucionais

são questões políticas e não jurídicas, sendo que as regras jurídicas não estão aptas a controlar a divisão dos poderes políticos e as forças políticas atuam conforme suas próprias leis independentemente das formas jurídicas.¹

Já Hesse, afirmando que a prevalência da Constituição *real* seria a negação da ordem jurídica e do próprio Direito Constitucional e de seu valor como ciência jurídica, sustenta a força normativa da Constituição e a sua capacidade de conter, “ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”.²

3. A Constituição como norma jurídica

Paulo Bonavides, historiando o desenvolvimento histórico do constitucionalismo no mundo, salientando a transformação da Constituição de uma carta *política* para um instrumento *jurídico* e exemplificando com a Constituição belga de 1832, destaca o surgimento de um conceito *jurídico* de Constituição, ou seja, “o conceito da Constituição como lei ou conjunto de leis aparece em substituição do conceito *político* ou pelo menos como alternativa teórica e doutrinária para este último”.³

Flórez-Valdés, tratando do assunto, afirma que a Constituição não pode atualmente ser tachada de “mero programa”, mas que merece o qualificativo de verdadeira “norma jurídica”, sendo a norma suprema do ordenamento, sendo que dessa condição normativa superior resulta sua aplicabilidade imediata, como qualquer outra norma.⁴

¹ LASSALLE, F. *A Essência da Constituição*, *passim*.

² HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. p. 11.

³ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 205.

⁴ FLÓREZ-VALDÉS, J. A. *El Derecho civil constitucional*. p. 177-8 (tradução livre).

Ana Paula de Barcellos lembra que pela concepção normativa da Constituição, todas as normas constitucionais são *normas jurídicas*. Então, invocando Paulo Bonavides, salienta que ao se afirmar que a Constituição é norma jurídica e que os princípios nela inscritos são espécies de normas, é necessário aclarar esses conceitos com a maior precisão possível. A autora questiona o significado de *norma jurídica*, procurando saber “qual a nota essencial da norma jurídica que se atribui às normas constitucionais em geral para que se possa legitimamente designá-las como jurídicas”.⁵

Buscando uma resposta à sua indagação, Ana Paula de Barcellos começa afirmando que “o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos”, lembrando depois a instrumentalidade do direito como agente de transformação da sociedade, destacando ao final a coercitividade da norma e a sua *eficácia jurídica*, por meio da qual, “uma vez desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do Judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa”.⁶

Por conseguinte, o texto constitucional deve ser entendido dentro desse enfoque jurídico, como um conjunto de normas jurídicas e não como meros postulados políticos.

E, desse modo, como norma jurídica que é, a Constituição se apresenta sob a forma de *regras* e *princípios*. Cabe de pronto assinalar, porém, que não há unanimidade na doutrina quanto a essa nomenclatura, posto que às vezes vê-se algum autor empregando o vocábulo *norma* com o mesmo sentido que outros dão à expressão *regra*.

3.1 Classificação da norma jurídica: regra e princípio

⁵ BARCELLOS, A. P. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. p. 31.

⁶ BARCELLOS, A. P. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. p. 31-3.

Pode-se dizer que as Constituições usualmente são compostas de regras, ou normas (sempre escritas), e de princípios (escritos ou não), o que também sucede com a vigente no Brasil. José Afonso da Silva faz a distinção, dizendo que *princípio* (segundo Bandeira de Mello) é o “mandamento nuclear de um sistema”, enquanto que *normas* “são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo”⁷. O mesmo autor, a seguir, invocando Gomes Canotilho, lembra que os *princípios constitucionais* se apresentam em duas categorias: os *princípios político-constitucionais* e os *princípios jurídico-constitucionais*. Os primeiros, ainda segundo José Afonso da Silva, constituem-se daquelas “decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”, enquanto que os últimos são os “*princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional”.⁸

Tratando da classificação das normas jurídicas (inclusas as constitucionais), Ana Paula de Barcellos indica a existência de vários critérios, dentre eles aquele que considera a estrutura das normas e pelo qual essas normas se apresentam como *princípios* e *regras*, louvando-se nas lições de autores como Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Luis Roberto Barroso, Robert Alexy, Ronald Dworkin e J. J. Gomes Canotilho. Acrescenta, ainda, que “mesmo os autores que não se detêm em apresentar um esquema ordenado, em que princípios e regras figurem como espécies do gênero norma jurídica, corroboram o entendimento de que, assim como as regras, os princípios são normas dotadas de imperatividade”.⁹

Regina Quaresma e Francisco de Guimaraens também salientam a normatividade dos princípios, asseverando que, atualmente, “esta

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 93-94.

⁸ SILVA, J. A. da. Obra citada, p.94 e segs.

⁹ BARCELLOS, A. P. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. p. 43-4.

premissa é irrefutável dentro do entendimento contemporâneo acerca desta matéria”.¹⁰

Márcia de Carvalho, rememorando as lições de Gomes Canotilho e José Afonso da Silva no sentido de que a Constituição brasileira de 1988 (como a portuguesa de 1976) é “um sistema normativo aberto de regras e princípios”, esclarece que as normas que a compõem de forma sistemática, apesar de terem o mesmo nível hierárquico, se apresentam sob duas modalidades: *normas-princípios* e *normas-disposições*, estruturadas num todo sistêmico.¹¹ Também aponta critérios que distinguem *princípios* de *normas*, assim resumindo o pensamento da maior parte da doutrina:

Os princípios diferenciam-se das regras pelo seu maior grau de abstração: por serem vagos e indeterminados, constituindo espaços livres para a complementação e desenvolvimento do sistema, por não se limitarem a aplicar-se a uma determinada e precisa circunstância, podendo concretizar-se num sem número de hipóteses. Caracterizam-se também por conterem os valores políticos e sociais fundamentais ditados pela sociedade, concretizados em diversas normas da constituição ou cuja concretização a constituição impõe.

As regras constitucionais possuem, relativamente aos princípios, uma abstração reduzida; densificam os princípios prescrevendo imperativamente uma exigência, ou seja, obrigando, permitindo ou proibindo diretamente uma conduta; geralmente, revelam o seu pressuposto, fato ou

¹⁰ QUARESMA, R.; GUIMARAENS, F. *Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais*. p. 385.

¹¹ CARVALHO, M. H. P. *Hermenêutica Constitucional*. p. 28.

hipótese de incidência e tem a sua aplicação restrita a essa situação fática. (*sic*)¹²

Edilsom Pereira de Farias, analisando a estrutura das normas jurídicas que formam o ordenamento positivo, afirma que as *normas jurídicas* (gênero) são de duas espécies: *princípios* e *regras jurídicas*.¹³ Diz ainda que para a distinção entre princípios e regras existem alguns critérios, citando pelo menos duas dessas idéias: a chamada *forte*, segundo a qual há uma diferença clara e radical, embora apenas de grau, e a *débil*, que considera não existir uma distinção clara entre princípios e regras, sendo a diferença apenas qualitativa.

Já Ricardo Luis Lorenzetti afirma que “tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas”, constituindo-se em “enunciados deontológicos no sentido indicado”.¹⁴ Para distinguir esses dois tipos de normas, aponta ele alguns critérios, como o da *generalidade* (maior nos princípios do que nas regras), o da *origem* (“as regras são criadas, os princípios desenvolvidos”) e o da *referência à idéia de Direito* (presente em ambos os tipos de norma, mas explícita nos princípios e implícita nas regras). Mais além, após de afirmar que a palavra *princípio* pode ter muitos usos e significados, esclarece que tem ela “uma função evocativa dos valores fundantes de um ordenamento jurídico, também alude ao início de algo, às noções básicas de uma ciência (princípios de ética ou de matemática), às características essenciais de um ordenamento que representa seu ‘espírito’”, para concluir que

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ FARIAS, E. P. *Colisão de Direitos*. p. 23.

¹⁴ LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. p. 286.

na jurisprudência o princípio é concebido como uma regra geral e abstrata que se obtém indutivamente, extraindo o essencial de normas particulares, ou como uma regra geral preexistente. Para alguns são normas jurídicas, para outros regras de pensamento, para alguns são interiores ao ordenamento, enquanto para outros são anteriores ou superiores ao sistema legal.¹⁵

Inocêncio Mártires Coelho também adota a classificação das normas constitucionais em *normas-regras* e *normas-princípios*, cuja distinção considera “das mais relevantes para a prática do direito” e que tem como base “a estrutura normativo-material dos preceitos constitucionais, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação”.¹⁶

Em idêntico sentido é o magistério de Norberto Bobbio, que considera os princípios gerais do Direito como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”, acrescentando que o vocábulo *princípios* “leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas”, concluindo não ter dúvidas de que “os princípios gerais são normas como todas as outras”.¹⁷

Sérgio Alves Gomes, tratando do tema, afirma que “numa sociedade que prima pela realização da democracia, os requisitos essenciais desta ocupam proeminência no texto constitucional e, aí, são positivados em forma de *princípios e regras* constitucionais”.¹⁸ Para responder à indagação sobre o que há de comum e em que se

¹⁵ Idem, p. 312.

¹⁶ COELHO, I. M. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. p. 44.

¹⁷ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 158.

¹⁸ GOMES, S. A. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. p. 21.

diferem esses princípios e essas regras, traz o autor o magistério de Roberto Alexy: “tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, permissão e proibição”.¹⁹ Segundo o autor, o mestre alemão assevera ainda que “a distinção entre regras e princípios consiste, portanto, em uma distinção entre dois tipos de normas” e que dentre os inúmeros critérios propostos para essa distinção o mais utilizado é o da *generalidade*, no sentido de que “os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alta, e as regras normas com um nível relativamente baixo de generalidade”.²⁰

Thomas Bustamante, de seu lado, assinala que a distinção entre princípios e regras (traçada por Dworkin e depois Alexy), embora seja uma teoria com grande aceitação no Brasil, “vem sofrendo intensas críticas por juristas nacionais e estrangeiros, seja para negar por completo a existência da distinção [...] ou para discordar tão-somente da existência de uma diferença quanto à estrutura lógica dos comandos normativos”.²¹ Esclarece ainda este autor que

antes de Dworkin estabelecer a distinção estrutural entre princípios e regras, prevalecia, para aqueles que já reconheciam a força normativa dos princípios, a distinção fundada no critério da generalidade. Princípios seriam normas de grau de generalidade relativamente alto,

¹⁹ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81-115, *apud* GOMES, S.A. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p. 21.

²⁰ GOMES, S. A. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, p. 21-2.

²¹ BUSTAMANTE, T. R. A distinção estrutural entre princípios e regras e a sua importância para a dogmática jurídica - resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy, p. 153-154.

enquanto regras seriam normas com um nível relativamente baixo de generalidade.²²

Daniel Sarmiento diz que, para Canaris,

no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Excedem os valores, em termos de concretização, por já delinarem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, pois não têm delimitada com a precisão necessária as respectivas hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas.²³

Bustamante faz um interessante comparativo entre as doutrinas de Dworkin e Alexy, afirmando que este último considera como *teses frágeis da separação* as teorias que distinguem as espécies de normas jurídicas pelo critério da generalidade e que propõe, em substituição, uma *tese forte* baseada num critério qualitativo e não meramente gradual. Acrescenta que para Dworkin “a diferença entre princípios e regras é uma distinção lógica”, fazendo a distinção pelo caráter da diretiva que fornecem: as *regras* são aplicáveis no sistema do *all-or-nothing*, enquanto que os *princípios* têm uma “dimensão de peso” ou de importância. Para Alexy, ainda segundo Thomas Bustamante, os *princípios* seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”, conforme as possibilidades, constituindo-se em “mandados de otimização [...] caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus”, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que *regras* são “normas que só podem ser

²² BUSTAMANTE, T. R. A distinção estrutural... , p. 154.

²³ SARMENTO, D. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. p. 51-2.

cumpridas ou não”, contendo determinações exeqüíveis tanto fática quanto juridicamente.²⁴

Ana Paula de Barcellos, lembrando que tanto os princípios como as regras “pretendem produzir efeitos sobre o mundo dos fatos”, isto é, “que a realidade assuma uma forma específica”, busca estabelecer um critério de distinção entre essas duas espécies de normas jurídicas, indicando desde logo duas diferenças: “a relativa indeterminação dos efeitos e a multiplicidade de meios para atingi-los”.²⁵

No primeiro caso, as regras objetivam produzir um efeito determinado, específico, geralmente limitado, enquanto que os princípios, a partir de um núcleo básico determinado, se irradiam na produção de efeitos indeterminados porque variáveis conforme as diversas concepções e a multiplicidade de situações. No segundo caso, os resultados visados pelos princípios podem ser alcançados por uma pluralidade de meios.²⁶

Regina Quaresma e Francisco de Guimaraens arrolam as características básicas dos *princípios* constitucionais: “a) abstração ou generalidade; b) fundamentalidade; c) normogenética; d) proximidade da idéia de direito e da compreensão de justiça; e) ponderação em caso de conflitos hermenêutico-concretizantes”²⁷ e depois enunciam suas *funções*: “a) ordenadora ou sistêmica; b) fundamentadora; c) axiológica; d) teleológica ou diretiva; e) integrativa ou supletiva; f) limitativa”.²⁸

Concluem esses autores com uma alvíssara: “embora o quadro atual não seja alentador, algumas decisões judiciais já demonstram

²⁴ BUSTAMANTE, T. R. A distinção estrutural... , p. 154-5.

²⁵ BARCELLOS, A. P. A *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. p. 51-2.

²⁶ *Idem*, p. 52-54.

²⁷ QUARESMA, R.; GUIMARAENS, F. *Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais*. p. 389.

²⁸ *Idem*. p. 391.

estarem os princípios fundamentais ingressando na cultura jurídica brasileira através da utilização dos *writs* como meios para tanto”.²⁹

3.2 Conteúdo e alcance das regras e dos princípios constitucionais

Partindo-se, pois, da idéia de que tanto as regras quanto os princípios são tipos de *normas constitucionais*, cabe analisar o seu significado e alcance como tais.

Como ensina Gisela Bester, “as normas constitucionais possuem a **natureza** de ser as normas primárias do ordenamento jurídico, isto é, constituem a fonte primária de qualquer ordenamento jurídico”, sendo que sua natureza e eficácia relacionam-se diretamente como suas finalidades, possuindo “**caráter imperativo, mandamental**, não constituindo meros conselhos, avisos ou lições”.³⁰

Gomes Canotilho, que também considera a Constituição como um documento com sentido normativo, sustenta que o conteúdo de tal documento deve obedecer “aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo”.³¹ Acrescenta que a idéia de constituição em sentido normativo traz duas teses básicas:

- (a) a constituição é um *conjunto de regras jurídicas* (normas e princípios) codificadas num *texto* (documento) ou cristalizadas em *costumes* e que são consideradas *proeminentes* (*paramount law*) relativamente às outras regras jurídicas; (b) a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados

²⁹ Idem. p. 407.

³⁰ BESTER, G. M. *Cadernos de Direito Constitucional – Parte I: Teoria Constitucional*. p. 48.

³¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1114.

conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um *valor específico superior*.³²

Mais adiante, Canotilho conceitua *ordem jurídica (Rechtsordnung)* como um “sistema de normas e natureza jurídica que determinam e disciplinam vinculativamente certos âmbitos primários da vida em sociedade dentro do *sistema social global*”,³³ ou seja, um conjunto de normas jurídicas dotado de “uma certa *unidade* e uma certa *coerência*”.³⁴ Depois, aponta a Constituição como norma superior do ordenamento jurídico (*ordinamento giuridico*), consistindo num “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 *carácter fundacional e primazia normativa*”.³⁵ Por isso, adota a teoria kelseniana que coloca a Constituição no vértice da pirâmide normativa, numa posição hierárquica em que atua como fonte de outras normas.³⁶

Konrad Hesse diz que a força normativa da Constituição não reside apenas na sua coerência com a realidade, mas que a Constituição jurídica “logra converter-se, ela mesma, em força ativa” e, embora “não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas” e “transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”.³⁷ Conclui afirmando que se pode afirmar que “a Constituição converter-se-á em força ativa se

³² CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1114-5.

³³ Também Bobbio alude a ordenamento jurídico como um sistema coerente (BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 71-114).

³⁴ Ob. cit., p. 1128.

³⁵ Ob. cit., p. 1131.

³⁶ Ob. cit., p. 1135.

³⁷ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. p. 19.

fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).³⁸ Constituiu-se ela, assim, numa “força ativa que influi e determina a realidade política e social”, e não em mero pedaço de papel como queria Lassalle e, embora não desvinculada “da realidade histórica concreta do seu tempo [...] não está condicionada, simplesmente, por essa realidade”, sendo que num “caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca”, posto que “existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição”.³⁹

Depois de analisar os princípios e as regras como espécies de norma, Sérgio Gomes destaca que “a partir do entendimento de os *princípios constitucionais* também serem *normas* e normas fundamentais, ao invés de expressões vagas, carentes de normatividade, surge uma nova visão sobre o conteúdo e o alcance das *normas constitucionais*”.⁴⁰ Acrescenta que “é na generalidade dos princípios que se embasam a especificidade das regras. Aqueles são, em verdade, o esteio da Constituição e, conseqüentemente, de toda a ordem jurídica, em face da visão sistemática e hierárquica das normas que a compõem”.⁴¹ Alude ainda às lições de Paulo Bonavides, para quem, a partir de Dworkin e depois Alexy, “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”.⁴² Assim, para Sérgio Gomes,

³⁸ Idem, *ibidem*.

³⁹ Idem, p. 24-5.

⁴⁰ GOMES, S. A. *Hermenêutica Jurídica...*, p. 22.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 253.

no topo da hierarquia das normas jurídicas, estão as de natureza constitucional; e, dentre estas, em posição de máxima superioridade, situam-se os *princípios constitucionais*, exatamente pelo caráter *fundamental* de que é dotada boa parte deles, consoante bem reconheceu o constituinte pátrio, ao dar tratamento sistemático à maioria destes princípios.⁴³

Cabe advertir, porém, que os princípios não se resumem àqueles consignados expressamente na Constituição brasileira. Embora nossa ideologia tradicional seja positivista, de um Direito positivado, tratando os quatro primeiros artigos da Carta de 1988 dos princípios que ali foram normatizados, é preciso superar essa cultura da norma positivada. O Direito não é só o que está normatizado e o juiz não pode mais ser aceito como a mera “boca da lei”. Jorge Miranda, da mesma forma, afirma que “o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder”, nem é “mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si”.⁴⁴ Para o mestre lusitano, o Direito “projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos”, mas esclarece que os princípios não se colocam além ou acima do Direito (até porque também o integram), nem se contrapõem às normas, mas apenas aos preceitos: “as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”.⁴⁵ Paulo Bonavides afirma que, segundo Luis Díez-Picazo, a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as

⁴³ Ob. cit., p. 23. Refere-se o autor ao Título I da Constituição brasileira de 1988, intitulado “Dos Princípios Fundamentais”, arts. 1º. a 4º.

⁴⁴ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. p. 197.

⁴⁵ MIRANDA, J. Ob. cit., p. 198.

verdades primeiras” e que se chamam “princípios” exatamente “porque estão ao princípio”. Depois de analisar alguns conceitos, o constitucionalista brasileiro diz que todos eles padecem de um defeito capital: omitem o traço da sua normatividade, que, no seu entender, é “qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios”.⁴⁶

Bonavides diz também que a juridicidade dos princípios passa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, sendo que nesta última passam a ser tratados como direito: “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁴⁷

Proclama ele a “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa”, supremacia esta que não é apenas formal, mas, sobretudo, material, visto que os princípios são compreendidos, equiparados e até confundidos com os valores, constituindo-se na “expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.⁴⁸ E arremata: “as regras vigem, os princípios valem; [...] Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.⁴⁹

Ana Paula de Barcellos lembra que “ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a seu serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político”.⁵⁰ Esse

⁴⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 228-30.

⁴⁷ BONAVIDES, P. *Idem*. p. 237.

⁴⁸ BONAVIDES, P. *Idem*. p. 259.

⁴⁹ BONAVIDES, P. *Idem*. p. 260.

⁵⁰ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 27.

instrumental, segundo a autora, apresenta-se sob dois aspectos: a) o *existencial*, no sentido de que a constitucionalização dos princípios protege-os, por meio da técnica da cláusula pétrea, de tentativas de restrição ou supressão por parte do legislador ordinário ou mesmo do poder constituinte derivado ou reformador; e b) o *operacional*, no sentido de que essa juridicização constitucional deu eficácia jurídica e uma certa justiciabilidade aos efeitos práticos produzidos pelos princípios.⁵¹

Ricardo Luis Lorenzetti lembra a perenidade dos princípios e o crescimento da sua importância com o passar do tempo, salientando que

ante o evidente desprestígio da lei, produzido pela superprodução legislativa, ante o peso esmagador que têm os digestos e as oscilações da jurisprudência, ante a multiplicidade de ordenamentos que convivem no contexto da globalização do mundo, cada vez mais se postula uma tarefa de simplificação sobre a base de princípios.⁵²

Logo a seguir, o mesmo autor afirma que os princípios possuem duas virtudes que lhes dão força: a sua simplicidade (“ou ao menos a aspiração de ter um conjunto de idéias que orientam o cálculo jurídico”) e a sua superioridade hierárquica. Quanto à hierarquia superior dos princípios, assevera que

qualquer que seja a concepção que se desenvolva acerca deles, têm sido sempre situados bem alto; para alguns integram o Direito natural, para outros têm uma raiz histórica; para outra opinião são interiores ao ordenamento, mas são obtidos por generalização de normas

⁵¹ Idem, p. 27-8.

⁵² LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 313.

e são superiores a elas. Esta altura, esta superioridade é que permite conferir-lhes uma função de controle, de limite, de guia da atividade infraprincipal.⁵³

Otto Bachof, em clássica obra sobre a inconstitucionalidade de normas inconstitucionais, alude⁵⁴ à existência de um direito “suprapositivo”, que obriga também o legislador constituinte, o que teria sido mesmo reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (e por outras cortes daquele país), em decisões proferidas já pouco tempo depois da instituição da Lei Fundamental de Bonn, considerando-se, aquele tribunal, competente para aferir o direito escrito tomando como parâmetro aquele direito “suprapositivo”. Também chama a atenção para uma decisão do Tribunal Constitucional da Baviera (1950), que se afastou de um conceito de Constituição puramente formal e incluiu o próprio direito suprapositivo na Constituição como um paradigma ou padrão para o controle da constitucionalidade, concluindo que “há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional”,⁵⁵ concluindo que a integração do direito supralegal na Constituição tem significado apenas *declaratório* e não *constitutivo*, pois não *cria* direito, mas antes o *reconhece*.⁵⁶

No que pertine à eficácia jurídica das normas em geral, e dos princípios em particular, há primeiramente que se conhecer seu significado e as suas modalidades.

Paulo Bonavides, apoiando-se em Trabucchi, em Joaquín Arces Flórez-Valdéz e em Norberto Bobbio, recorda que os princípios têm distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva,

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. p. 2.

⁵⁵ BACHOF, O. *Idem*. p. 23.

⁵⁶ BACHOF, O. *Idem*. p. 45.

integrativa, diretiva e limitativa e que servem de “critérios inderrogáveis” ou “diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas”, assumindo, assim, “a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes”, reconhecendo “o grau crescente de importância que a cada dia eles assumem em todos os domínios do Direito Público, com presença freqüente e culminante nas esferas da Justiça administrativa e da Justiça constitucional”.⁵⁷

Ana Paula de Barcellos inicia o tema afirmando que “eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas”.⁵⁸ Arrola depois, ainda que não exaustivamente, inúmeras modalidades de eficácia jurídica admitidas pela doutrina, para depois analisar como se comportam diante delas os princípios e as regras, ou que formas de eficácia são associadas a cada uma dessas espécies de norma jurídica,⁵⁹ interessando aqui apenas a associação com os princípios.

Segundo tal autora, essa relação dos princípios com as modalidades de eficácia jurídica não é a mesma das regras, até porque “a normatividade dos princípios é fenômeno recente”, esclarecendo que a doutrina aponta três modalidades de eficácia aos princípios: a) a interpretativa; b) a negativa; e c) a vedativa do retrocesso.⁶⁰ Assevera, mais adiante,⁶¹ que a eficácia interpretativa “tem aplicação bastante ampla no caso dos princípios, exatamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos e da multiplicidade de situações às quais ele poderá aplicar-se ou em relação às quais

⁵⁷ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 254-5. Em sentido semelhante: LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 280-1.

⁵⁸ BARCELLOS, A. P. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. p. 59.

⁵⁹ *Idem*, p. 61-76.

⁶⁰ *Idem*, p. 80.

⁶¹ *Idem*, *ibidem*.

deverá funcionar como vetor interpretativo”, o que é mais evidente no caso dos princípios constitucionais, onde se mesclam suas características de norma-princípio com a supremacia da Constituição. Já a eficácia negativa (“uma espécie de barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham aos propósitos do princípio”) reclama uma elaboração maior quando se trata dos princípios, “igualmente por força de seus efeitos indeterminados”. Por último, a vedação do retrocesso “desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais”, especialmente os que “estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais”, porque um dos efeitos esperados desses princípios é exatamente uma ampliação desses direitos e não sua diminuição ou supressão.

4. A eficácia das normas constitucionais programáticas

Questão crucial que se coloca quando se trata da força vinculante nas normas, em especial as constitucionais, diz respeito à natureza ou ao caráter das normas ditas programáticas. As dificuldades já se iniciam com a discussão mesma sobre a existência ou não de normas meramente programáticas, mesmo porque, como diz Paulo Bonavides,

a classificação das normas constitucionais pertence à esfera dos temas reticentes: os compêndios de Direito Constitucional geralmente evitam tratar da matéria, ignorando-a pelo silêncio. No entanto, raros assuntos dessa disciplina têm importância tão fundamental para conduzirmos à compreensão exata da essência de uma Constituição quanto o que se refere à natureza e eficácia das normas constitucionais.

José Afonso da Silva diz que são programáticas aquelas normas constitucionais “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos [...], como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.⁶²

Após apresentar a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, conforme os diversos critérios apresentados pelos doutrinadores, Gisela Bester detém-se no exame das chamadas “normas declaratórias de princípios programáticos, normas-programas ou normas-tarefa”.⁶³ Afirma a constitucionalista que elas, de um modo geral, “são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e da existência digna; valorização do trabalho; prestação de assistência social; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia”, acrescentando que “são normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas como programa a ser realizado pelo Estado através da intervenção na ordem econômica [...], ou por meio de leis complementares ou ordinárias”.⁶⁴

Gomes Canotilho, de seu turno, afirma⁶⁵ que em razão de “uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve-se falar da ‘morte’ das **normas constitucionais programáticas**”. E, embora reconheça a existência de normas-fim, normas-programa e outras que determinam uma ação ou dirigem a efetivação constitucional, assevera não terem elas aquele sentido apontado pela doutrina tradicional, de serem “simples programas”, “exortações morais”,

⁶² SILVA J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 138.

⁶³ BESTER. G. M. *Cadernos de Direito Constitucional – Parte I*. p. 56.

⁶⁴ BESTER, G. M. *Cadernos de Direito Constitucional – Parte I*. p. 56.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1160.

“declarações”, “sentenças políticas”, “aforismas políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador”, “programas futuros”, desprovidas de qualquer vinculação jurídica. Para o autor, às chamadas normas programáticas “é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição”.⁶⁶

Abramovich e Courtis, tratando especificamente dos direitos sociais, salientam não ser raro defrontar-se com opiniões que, “negando todo valor jurídico aos direitos sociais, caracterizam-nos como meras declarações de boas intenções, de compromisso político e, no pior dos casos, de farsa ou fraude tranqüilizadora”. Acrescentam que, mesmo considerando-se a privilegiada hierarquia normativa das Constituições, ou mesmo dos tratados internacionais, “os instrumentos que estabelecem direitos sociais [...] são considerados documentos de caráter político antes que catálogos de obrigações jurídicas para o Estado, ao contrário da grande maioria dos direitos civis e políticos”.⁶⁷ Os autores argentinos, ao longo dessa sua magnífica obra, demonstram como é possível, em muitos casos, operar-se a exigibilidade dos direitos sociais, utilizando-se de mecanismos, técnicas e estratégias processuais adequadas à sua satisfação, trazendo exemplos concretos colhidos junto a tribunais de vários países. Demonstram, assim, que os direitos sociais podem ser, e efetivamente o são, exigíveis, na medida em que sua positivação os qualifica como normas jurídicas dotadas de eficácia plena e não como meros princípios programáticos.

Paulo Bonavides também salienta que um dos maiores problemas do constitucionalismo contemporâneo reside exatamente nas “flutuações doutrinárias sobre o caráter de normatividade das

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. p. 19.

Constituições”, com especial ênfase para a questão da determinação do caráter *jurídico* ou não das normas programáticas. Afirma que o pensamento atual mais idôneo é no sentido de se reconhecer a eficácia vinculante das normas programáticas, sem o que “jamais será possível proclamar a natureza *jurídica* da Constituição”, com a “quebra de sua unidade normativa”.⁶⁸

Canotilho sustenta o caráter vinculativo das normas programáticas, às quais se vinculam o legislador, os órgãos concretizadores e os poderes públicos. Conclui, pois, que “em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’[...]: todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa”.⁶⁹

Não existem, pois, na Constituição, meras declarações, ou avisos, ou recomendações, mas, sim, normas com força imperativa. A elas se vinculam os legisladores e demais agentes do poder público, se não positivamente, ao menos negativamente, no sentido de não legislarem nem agirem de modo contrário a essas normas. Trata-se, no dizer de Medina Guerrero, de uma *vinculação negativa*, sob a forma de vedar ao legislador que autorize qualquer ingerência dos poderes públicos naquilo que está estabelecido constitucionalmente.⁷⁰

5. A eficácia jurídica das normas civis constitucionais e os princípios

⁶⁸ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. p. 210-1.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1161.

⁷⁰ MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. p. 4.

É sabido que a Constituição brasileira de 1988 é extensa e minudente, o que em boa parte se justificou por ter sido promulgada após um longo período de ditadura, quando o povo estava ansioso pelo reconhecimento de seus direitos e, principalmente, por sua salvaguarda por meio da elevação de alguns deles à categoria de garantia constitucional.

Daí a ocorrência de fenômenos como os da “constitucionalização do direito privado” e da “constitucionalização do Direito do Trabalho”, em que certas regras das relações privatísticas e trabalhistas, antes estabelecidas na legislação infraconstitucional, foram incorporadas (quando não até ampliadas) ao texto constitucional, visando a dar-lhes uma maior garantia de respeito e imutabilidade. Existem mesmo, na doutrina pátria e também estrangeira, algumas obras intituladas *Direito Civil Constitucional* e *Direito Constitucional do Trabalho*, sendo encontradas também referências a Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional da Pessoa, Direito Privado Constitucional etc., como noticia Flórez-Valdés.⁷¹

A introdução de normas de direito privado em textos constitucionais teria ocorrido pela primeira vez, segundo os autores citados por Joaquim José de Barros Dias, na Carta alemã de 1919, ganhando incremento a partir da década de 30 em face das exigências do Welfare State mas principalmente após a II Guerra com o Estado Social de Direito, recordando-se ainda a preocupação do legislador constituinte de intervir em certos campos do direito privado a fim de “garantir os resultados sociais pretendidos pelo Estado”, do que resultou também o “rompimento da dicotomia clássica, que repartia o Direito em seus campos de especialização”,⁷² mesclando-se o público e o privado.

⁷¹ FLÓREZ-VALDÉS, J. A. *El Derecho civil constitucional*. p. 183.

⁷² DIAS, J. J. B. *Direito Civil Constitucional*. p. 17-8.

Também a relevância atribuída aos direitos fundamentais, com o incremento das suas garantias e as transformações qualitativas por que passaram, trouxeram como consequência, como assinala Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, “uma transformação das relações jurídico-privadas, em particular mediante uma diferenciada intervenção pública que relativiza o dogma da autonomia da vontade e quebra a unidade do Direito Privado”.⁷³

Adriana Coutinho salienta a importância desse fenômeno no âmbito do direito privado pátrio, afirmando que “a Constituição, por ser norma superior, responde agora diretamente por alguns temas que tradicionalmente eram dispostos pela ordem jurídica ordinária dentro de uma visão individualista e patrimonialista, própria do direito privado”, realçando, sobretudo, “a incorporação paulatina pela Constituição de princípios relacionados a temas antes exclusivos do direito privado, como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família”.⁷⁴

É certo, também, que essas novas normas constitucionais de índole privatística, exatamente por serem *normas*, são constituídas de *regras* e *princípios*, de sorte que não apenas as novas regras, mas também os princípios constitucionais (escritos ou não) regem também as relações privadas, dada a supremacia da Constituição dentro da ordem jurídica. Ou, como diz Adriana Coutinho, essas normas passam a interferir ou condicionar as relações jurídicas de índole privada,⁷⁵ o que se pode constatar com a gradativa, porém crescente, perda da feição individualista e patrimonialista do direito privado brasileiro, do que é um exemplo o novo Código Civil

⁷³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Introdução. In: HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 12 (tradução livre).

⁷⁴ COUTINHO, A. R. H. *A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado*. p. 68.

⁷⁵ Idem, *ibidem*. A autora traz alguns exemplos interessantes dessa interferência.

promulgado no início de 2002. Em razão disso, verifica-se outro fenômeno que é, no dizer de Adriana Coutinho, a “reelaboração do direito privado em razão da evolução do próprio Direito Constitucional, permitindo, assim, uma interpenetração entre a esfera pública e a privada, favorecendo o crescimento do próprio Direito”.⁷⁶

Esse novo modelo levou Teresa Negreiros a asseverar que “já é um lugar comum do discurso jurídico a afirmação de que o direito civil, fundado no tripé temático correspondente às instituições da família, da pessoa e do patrimônio, não mais se concilia com perspectivas hermenêuticas tendes à absolutização do indivíduo”.⁷⁷ Mais além, confirma que “quando projetada no direito civil, a luz constitucional permite a identificação de novos valores em que se (re)fundam o direito civil, os quais não mais têm no indivíduo, mas na dignidade da pessoa humana, o seu ponto de convergência, o seu foco”.⁷⁸

Hesse, aludindo a uma estreita relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado no Século XIX (época do desenvolvimento do Direito Privado, fundado nos princípios da liberdade e igualdade, e da transformação da sociedade feudal-estamental em burguesa), afirma que essa relação se manifesta claramente em dois sentidos:

às vezes o Direito Constitucional pode assumir uma função de guia, pioneira, e conduzir a uma *nova* configuração do Direito, seja mediante modificações imediatas, derogatórias, seja mediante um comando obrigatório ao legislador para que proceda a tais modificações, seja, ao

⁷⁶ Idem, p. 70.

⁷⁷ NEGREIROS, T. A *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. p. 343.

⁷⁸ Idem. p. 346.

menos, mediante as “diretrizes e impulsos” que contenha para a configuração do Direito Privado. De outro lado, o Direito Constitucional pode limitar-se, e isto é a regra, a uma função preservadora, de salvaguarda, com a qual protege o Direito (Privado) *existente* frente à suspensão e à modificação por parte do legislador.⁷⁹

Acrescenta o constitucionalista alemão que isso ocorreu na França, mas não na Alemanha, onde na época não se observou esse vínculo entre o Direito Constitucional e o Privado, até porque “as constituições estavam longe de provocar ou programar modificações do Direito Privado porque não lhes correspondia uma eficácia vinculante frente ao legislador do Direito Privado” e “tampouco podiam exercer uma função protetora e preservadora do Direito Privado”, até porque isso dependeria de considerar-se os direitos fundamentais, cuja importância à época era reduzida.⁸⁰ Ao contrário, diz Hesse, naquele tempo ocorreu “uma notável *influência do Direito Privado sobre o Direito Constitucional*”, especialmente no campo doutrinário.⁸¹

Ainda segundo Hesse, importantes modificações na relação entre Direito Constitucional e Direito Privado surgiram a partir da Constituição de Weimar, quando (além da já existente garantia da propriedade) foram incorporadas importantes regras sobre casamento e família, herança, liberdade de expressão e outras, constituindo-se em garantias com “uma *função de guia*, de diretrizes”, embora entendendo-se tais preceitos como meramente programáticos e não diretamente vinculantes, às vezes sem eficácia jurídica.⁸² Acrescenta que com a Lei Fundamental de Bonn (1949)

⁷⁹ HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 33-4 (tradução livre).

⁸⁰ HESSE, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 35-6 (tradução livre).

⁸¹ Idem. p. 40 (tradução livre).

⁸² Idem. p. 48-9 (tradução livre).

a situação mudou, assegurando de forma mais eficaz os direitos fundamentais, restringiu suas limitações e os ampliou no campo do Direito Privado, além de reforçar a sua força vinculante frente ao poder público e à jurisprudência, sendo que o Tribunal Constitucional adquiriu competência para examinar as leis e demais atos do poder público quanto à sua conformidade à Constituição e suas decisões abriram o Direito Privado à influência do Direito Constitucional.⁸³

Joaquim José de Barros Dias, tratando mesmo de um Direito Civil Constitucional, afirma que este se acha “investido de um propósito mais amplo, que não se cinge apenas às relações entre negócios privados”, e, de modo concreto, “estabelece novos *paradigmas de atuação e de coexistência* entre os poderes do Estado e o exercício dos direitos civis das pessoas”.⁸⁴ Acrescenta que o fenômeno da ingerência do poder regulador do Estado nos negócios privados pode ser claramente observado em determinadas situações, como “no caso do direito de propriedade e das limitações impostas pela lei quanto ao uso, utilidade e função social desse direito em relação a alguns bens, com vistas à realização dos resultados previstos por este mesmo Estado”,⁸⁵ assim como na defesa dos interesses do consumidor, dos deficientes, dos idosos etc.

Também Flórez-Valdés também se refere ao Direito Civil Constitucional, que conceitua como

sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados à Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem das suas relações jurídico-privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias

⁸³ Idem. p. 53-9 (tradução livre).

⁸⁴ DIAS, J. J. B. *Direito Civil Constitucional*. p. 23.

⁸⁵ Idem. p. 25

residualmente consideradas civis, que têm por finalidade fixar as bases mais comuns e abstratas da regulação de tais relações e matérias, às que não são suscetíveis de aplicação imediata ou podem servir de marco de referência da vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de guia para o seu desenvolvimento.⁸⁶

Conclui o mestre espanhol que, como corolário desse conceito, conclui-se que o Direito Civil Constitucional se apresenta não como uma parte do Direito Civil, mas, sim, como a *infra-estrutura* deste e, como tal, pode também polarizar uma nova imagem do Direito Civil, mais adequada ao presente momento da realidade social, obtida através de uma “segunda leitura” das suas instituições e textos tradicionais, à luz dos valores que caracterizam a legalidade constitucional, aqui erigida em “suprema norma de convivência”, desafio que abre ao jurista de hoje um amplo e sugestivo campo.⁸⁷ Com o estabelecimento, no Brasil, de uma nova ordem constitucional em 1988, trazendo regras e princípios que (dentre outros aspectos igualmente relevantes) valorizam o social, o coletivo, os direitos humanos fundamentais e a cidadania, em detrimento do individual e do estritamente patrimonial, ganhou especial destaque o exame dos princípios consagrados na nova Carta pátria, que passam a reger a ordem jurídica vigente. Na lição de Adriana Coutinho, “qualquer lei ou código de leis vigentes sob ordens constitucionais pretéritas devem ser reinterpretados e, mesmo, adaptados aos novos princípios eleitos pelo constituinte como fundamentais”.⁸⁸

⁸⁶ FLÓREZ-VALDÉS, J. A. *El Derecho civil constitucional*. p. 178 (tradução livre).

⁸⁷ Idem. p. 179 (tradução livre).

⁸⁸ COUTINHO, A. R. H. *A importância dos princípios constitucionais na concretização do direito privado*. p. 71.

Dentre esses princípios, a mesma autora destaca os denominados “direitos fundamentais”,⁸⁹ para os quais, invocando Ingo Sarlet, atribui duas modalidades de eficácia no âmbito do direito privado: a *vertical* e a *horizontal*. A eficácia vertical, segundo a autora, refere-se à vinculação⁹⁰ do Poder Público aos direitos fundamentais, enquanto que a horizontal pertine à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, exemplificando com a aplicação dos princípios constitucionais às relações privadas, como o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito de Família, o princípio da boa-fé objetiva⁹¹ nas relações obrigacionais e o princípio da função social da propriedade quando seu titular abusar da sua utilização.⁹²

Segundo Teresa Negreiros,

no que respeita ao direito civil, a reflexão em torno da eficácia normativa dos princípios constitucionais é o ponto de apoio para uma perspectiva de interpretação das relações patrimoniais em chave constitucional, operando-se desta forma uma “funcionalização” das relações jurídicas interprivadas aos valores existenciais, muito especialmente ao da dignidade da pessoa humana,⁹³

⁸⁹ De difícil conceituação e tipificação, como indaga Martín-Retorillo: “pero, cuales son los derechos fundamentales?”, *apud* GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais?

⁹⁰ Positiva ou negativa, vale dizer, uma ação ou uma abstenção.

⁹¹ Em razão dos preceitos constitucionais da função social da propriedade e da justiça nas relações econômicas.

⁹² COUTINHO, A. R. H. *A importância dos princípios constitucionais na concretização do Direito Privado*, p. 71-72.

⁹³ NEGREIROS, T. *A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. p. 350.

referindo-se ainda a uma *releitura* ou “*refundação* do Direito Civil em bases constitucionais, tornada viável através de uma interpretação dos princípios constitucionais como constitutivos da normativa civil”.⁹⁴

6. Colisão de normas fundamentais e o caráter concorrente dos princípios

Na aplicação das normas constitucionais, podem ocorrer situações de conflitos entre elas, seja regras, sejam princípios, havendo a necessidade de serem estabelecidos critérios para a solução desses confrontos.

Norberto Bobbio se refere a essas antinomias, afirmando que essa situação de “normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos”.⁹⁵ Sendo o direito um sistema ordenado de normas, deve ser dotado de unidade e coerência, portanto não admitindo a existência de normas incompatíveis, ou, como diz o mesmo autor, “se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas”, pois “o *Direito não tolera antinomias*”.⁹⁶

Também Adriana Coutinho trata do tema, afirmando que “a idéia de sistema em Direito conduz à premissa de que não há possibilidade de coexistência de normas antagônicas, ou seja, o próprio sistema jurídico deve fornecer solução para o caso de antinomias normativas”.⁹⁷

⁹⁴ Idem, *ibidem*.

⁹⁵ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 81.

⁹⁶ Idem. p. 80-1.

⁹⁷ COUTINHO, A. R. H. *A importância dos princípios constitucionais na concretização do Direito Privado*. p. 63.

Essa antinomia, ainda segundo Bobbio, ocorre quando as normas conflitantes pertencem ao mesmo ordenamento e têm o mesmo âmbito de validade, podendo ser total ou parcial.⁹⁸ Adverte o pensador italiano que há antinomias solúveis (chamadas de *aparentes*) e antinomias insolúveis (ditas *reais*), afirmando que nem todas podem ser resolvidas porque “há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias” e outros “em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si”.⁹⁹

Inocêncio Mártires Coelho, referindo-se à intolerância do Direito quanto à colisão de normas, lembra que

ao longo dos séculos de interpretação das leis a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver as antinomias, pelo menos as *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada à liberdade do aplicador do direito.¹⁰⁰

Esses métodos de solução, ainda segundo o mesmo autor, são os chamados critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*),¹⁰¹ acrescentando, porém, “que a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, na generalidade dos casos, as chamadas regras de *solução* de conflitos

⁹⁸ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 88.

⁹⁹ Idem. p. 92.

¹⁰⁰ COELHO, I. M. *Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional*. p. 45.

¹⁰¹ É o que também ensina Borberto Bobbio, ob. cit., p. 92.

são invocadas pelos operadores do direito menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos conflitos entre normas”.¹⁰²

De seu lado, Bobbio sustenta a insuficiência desses métodos, porque “o critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial”, mas recorda que pode haver também antinomia entre duas normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais.¹⁰³ Para esses casos, a solução que o autor aponta é o critério que considera a *forma* da norma, ou seja, *imperativa*, *proibitiva* e *permissiva*, prevalecendo a permissiva (*favorabilis*) sobre a imperativa (*odiosa*) e concluindo que no conflito entre duas normas, quando não é possível a utilização dos outros três critérios, o intérprete (juiz ou jurista) se vê diante dessas possibilidades: eliminar uma, eliminar ambas ou conservar ambas.¹⁰⁴

De outro lado, se é possível resolver o conflito de *regras* pelos critérios acima apontados, o mesmo não sucede com a colisão de *princípios*.

Com efeito, leciona Edilsom Pereira de Farias (louvando-se em Alexy) é diversa a maneira de solucionar o problema da colisão de princípios e do conflito de regras. Neste último, segundo o autor, a solução é encontrada “introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida”, sendo que “quando a primeira hipótese não for possível, só restará a alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico”, solução que se atém ao

¹⁰² COELHO, I. M. Ob. cit., p. 46.

¹⁰³ Ob. cit., p. 97.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 98-100.

aspecto da validade de regras, “uma vez que uma norma vale ou não juridicamente”.¹⁰⁵

Já quanto aos princípios, ainda conforme Edilson de Farias, a colisão não ocorre no plano da validade, já que só podem colidir entre si princípios que sejam igualmente válidos. Neste caso, o conflito acontece “na dimensão do peso”, ou seja, mediante um julgamento ponderado ou de graduação:

quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.¹⁰⁶

Daniel Sarmento, tratando da possibilidade de conflito entre os princípios constitucionais, assevera que para a sua solução são insuficientes os métodos ou critérios clássicos de resolução de antinomias: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.¹⁰⁷

Para resolver as tensões entre princípios constitucionais, prega “o uso de método mais dinâmico e flexível, que possa dar conta das infinitas variáveis que ditos confrontos podem ostentar”.¹⁰⁸

Lembra que os princípios atuam diferentemente das regras, pois, ainda que “presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto”, porque “são dotados de uma dimensão de peso”, o que se evidencia “quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão”.

¹⁰⁵ FARIAS, E. P. *Colisão de Direitos*. p. 26.

¹⁰⁶ Idem, p. 26-7.

¹⁰⁷ SARMENTO, D. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. p. 38.

¹⁰⁸ Idem. p. 49.

Neste caso, ensina Daniel Sarmiento, “o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro”. Portanto, conclui, diferente do que sucede com as regras, dá-se uma ponderação ou “calibragem” entre os princípios aplicáveis ao caso, e não a escolha de um com a total desconsideração de outro.¹⁰⁹

Teresa Negreiros lembra que, para Robert Alexy, quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder diante do outro,¹¹⁰ afirmando mais tarde que “somente diante de um caso concreto se poderá ponderar o peso de dois princípios concorrentes”, buscando-se a solução não “por um raciocínio lógico formal, mas por uma ponderação valorativa ou, mais especificamente, teleológica”.¹¹¹ Entende ainda a autora que “a colisão entre princípios não constitui necessariamente uma fratura do sistema jurídico, desde que a este seja atribuído um fundamento valorativo – a dignidade da pessoa humana – em substituição ao fundamento lógico-axiomático regulador de um sistema composto exclusivamente por regras.”¹¹²

Ou seja, o conflito de regras dá-se no plano da sua validade, enquanto que a colisão de princípios ocorre na dimensão do seu peso ou valor, optando-se pela aplicação daquele que mais se ajusta às condições do caso concreto, considerando-se a sua condição de *mandados de otimização*, como ensina Robert Alexy.

Para Daniel Sarmiento, o *método de ponderação de bens* é o mais adequado à solução do conflito quanto à aplicação dos

¹⁰⁹ Idem. p. 52.

¹¹⁰ NEGREIROS, T. A *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. p. 352.

¹¹¹ Idem. p. 354.

¹¹² Idem. p. 355.

princípios constitucionais a cada caso concreto, levando em consideração as suas peculiaridades fáticas, “as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto”.¹¹³ Ensina o autor que, por este método, o intérprete “impõe ‘compressões’ recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com outro”.¹¹⁴

Segundo Adriana Coutinho, “a limitação da discricionariedade do mediador na concretização dos princípios, ou ainda na solução das antinomias ou tensões momentâneas, pode ser objetivamente alcançada através do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios”, os quais, ainda segundo essa autora, são o princípio da *adequação* (medida adequada ao fim), o princípio da *necessidade* (relação entre a restrição de um direito e a idoneidade do meio para a realização do fim pretendido) e o princípio da *proporcionalidade em sentido estrito* (equilíbrio na ponderação entre direitos, bens ou interesses).¹¹⁵

Daniel Sarmiento, de seu turno, afirma que “a ponderação de bens deve observar o Princípio da Proporcionalidade em sua tríplice dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito”, acrescentando que este método “potencializa o ideal da Constituição aberta” e que, “embora conceda ao juiz certa margem de discricionariedade, não é puramente subjetivo ou irracional”.¹¹⁶

¹¹³ SARMENTO, D. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. p. 55.

¹¹⁴ Idem. p. 56. Mais além, o autor analisa a ponderação de bens em conjunto com outros critérios, como o princípio da proporcionalidade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a Constituição aberta, culminando por apontar as posições doutrinárias contrárias à ponderação de bens.

¹¹⁵ COUTINHO, A. R. H. Ob. cit., p. 66.

¹¹⁶ SARMENTO, D. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. p. 93.

Vê-se, pois, que as posições doutrinárias quanto à solução da colisão de princípios não são tão divergentes, apresentando algumas variações conforme o ponto-de-vista de cada autor. Antes, se completam e se integram.

7. Conclusão

Dessas considerações pode-se extrair a conclusão de que a Constituição não tem mais um conceito meramente político ou programático, mas, sim, jurídico. As normas constitucionais, pois, são autênticas normas jurídicas dotadas de imperatividade e cujo descumprimento enseja o recurso ao Judiciário.

Como norma jurídica, a Constituição se apresenta sob a forma de *regras e princípios*, ambos produzindo efeitos no mundo dos fatos em razão do seu caráter mandamental e da sua força vinculante.

Por princípios constitucionais entende-se não só aqueles expressamente arrolados na Constituição, mas todos os que informam e fundam o Direito como seus valores fundamentais. Pode-se até falar em um Direito “suprapositivo”, superior e anterior mesmo à própria Constituição e que obriga até o legislador constituinte.

Os princípios e as regras constitucionais, como norma jurídica, são dotados de eficácia jurídica, portanto são judicialmente exigíveis.

Embora haja alguma divergência na doutrina a esse respeito, há autores que admitem a existência de normas constitucionais meramente programáticas, que não seriam dotadas de eficácia vinculante e de exigibilidade pela via judicial. A mais respeitada doutrina, porém, considera superada essa teoria, na medida em que todas as normas constitucionais são normas jurídicas e, como tais, com força imperativa, ainda que seja para vincular apenas negativamente o Poder Público.

Observa-se modernamente o fenômeno da “constitucionalização” do Direito Civil ou do Direito Privado, já se falando mesmo em um Direito Civil Constitucional, tendo em vista que diversas normas reguladoras da vida privada, até então de nível infraconstitucional, foram sendo incorporadas às Constituições, ganhando *status* de normas constitucionais e gozando, pois, de uma certa perenidade e imutabilidade, abandonando a feição individualista e patrimonialista tendo em vista os fins sociais buscados pelo Estado. Surge daí uma releitura do Direito Privado, à luz das normas constitucionais, configurando uma interpenetração entre os ramos público e privado do Direito e favorecendo a intervenção estatal nas relações jurídicas privadas em prol dos fins e do bem-estar social.

Na aplicação das normas fundamentais, pode ocorrer um conflito entre as regras ou os princípios aplicáveis ao caso concreto. Quanto às regras, o próprio Direito prevê a solução para a antinomia, já que não podem coexistir normas antagônicas no mesmo ordenamento com igual validade. No caso, o conflito é resolvido pelos critérios tradicionais: o cronológico (*lex posterior derogat priori*), o hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat generali*), embora Bobbio os considere insuficientes, preferindo adotar o critério da *forma* da norma, ou seja, imperativa, proibitiva e permissiva. De qualquer modo, opta-se pela aplicação de uma norma, afastando-se as demais por invalidade.

Já quanto aos princípios, a colisão não se dá na dimensão da validade, mas no plano do peso, mediante uma análise ponderada, de caráter valorativo ou teleológico. Aplica-se aqui, pois, o critério da ponderação dos bens jurídicos em questão, com o auxílio do princípio da proporcionalidade.

8. Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Contextos*, Buenos Aires, n. 1, p.3-56, 1997.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BESTER, Gisela Maria. *Cadernos de Direito Constitucional – Parte I: Teoria Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 3, vol. 12, p. 153-168, out./dez. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda. A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do

Direito Privado. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil Constitucional*. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 10. n. 39, p. 115-123, abr./jun.2002.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª. ed. rev., tomo II. Coimbra: Coimbra, 1988.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

NEGREIROS, Teresa. A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. In: TORRES, Ricardo

Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

QUARESMA, Regina; GUIMARAENS, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.