

**JOSÉ HERVAL
SAMPAIO JÚNIOR**

PROCESSO CONSTITUCIONAL

Nova concepção
de jurisdição

2ª edição
Revista, Atualizada
Ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 2

A COMPREENSÃO HODIERNA DO DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO PREMISSAS DA NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO

2.1 O CONCEITO ATUAL DE DIREITO E O PÓS-POSITIVISMO (CRÍTICO)

Sem se imiscuir, com profundidade, no positivismo romano-germânico ou anglo-saxão e suas diversas teorias, o que conduziria certamente a uma fuga do objeto deste livro, é importante, por outro lado, que se fixem as premissas básicas com que a ciência do Direito em quase todo o mundo foi analisada, pelo menos, até as duas grandes guerras mundiais, ou seja, a partir de uma separação quase que absoluta entre o direito e a moral, ou mais especificadamente os valores, o que levou a ocorrência de muitos absurdos, conduzindo, por conseguinte, a uma reflexão profunda de todos os juristas sobre a continuidade desse modo de se ver e aplicar o Direito.

A ciência do Direito, por muito tempo, somente se preocupou com a normatividade, ou seja, como o seu objeto, segundo os adeptos do positivismo – inspirado pela influência das ciências naturais – era somente a descrição das normas; as relações sociais, que, na realidade, constituem a essência de qualquer interação humana, foram esquecidas, pois já tinham sido levadas em consideração pela norma objeto da Ciência do Direito.¹

1. Augusto Comte, considerado um dos precursores do positivismo, que no Direito encontrou talvez a sua maior aceitação, ensinava que o conhecimento passou por três estágios até encontrar o seu ideal no positivo, pela formulação de leis naturais que conduzem todo o saber, pois elas foram feitas após uma profunda observação e uma série de experimentos. São dignas de registros suas digressões: “Estudando assim o desenvolvimento total da inteligência humana nas suas diversas esferas de actividade, desde o seu primeiro e mais simples desenvolvimento até aos nossos dias, penso ter descoberto uma grande lei fundamental, à qual ele se encontra submetido por uma necessidade invariável, e que me parece poder estabelecer-se solidamente, quer pelas provas racionais que o conhecimento

Tal situação conduziu a um entrave do próprio desenvolvimento do ensino e da prática jurídica, eis que toda a dogmática é transpassada sob esse feito, fazendo do jurista um autômato no sentido de tratar os fatos previstos nas normas como incontestáveis, o que se afigura como inadmissível e insustentável cientificamente por outros estudos.

As ciências tidas como sociais, dentre elas, o Direito, deve necessariamente enfocar as relações entre os seres humanos, levando em consideração os valores inerentes à sociedade em geral. Essa realidade não pode ser mais abandonada, como infelizmente ocorreu por muito tempo, contudo, não se pode querer, por outro lado, impor valores que estejam claramente fora do âmbito normativo, ou seja, o equilíbrio entre esses eixos deve prevalecer.

O dogma da neutralidade, objetividade e universalidade das ciências naturais, que também é discutível, não pode ser transferido para a ciência do Direito da forma como foi feita, sem que em momento algum se questionassem os valores já embutidos em muitas normas, o que não se pode e não deve ser feito também é trazer valores que claramente não estão abarcados no fecho normativo.

A descrição pura e objetiva das normas leva no plano das relações fáticas há uma incoerência com a própria racionalidade que dá amparo a todo o positivismo. Não levar em conta valores absolutos ou ideias inatas para fins de se aprimorar o conhecimento, ou até mesmo descobrir novos conhecimentos, é uma coisa até sensata nos dias de hoje, todavia, dentro das relações sociais do dia a dia que o Direito trata, não se preocupar com

da nossa organização nos fornece, quer pelas verificações históricas que resultam de um atento exame do passado. *Esta lei consiste em que cada uma das nossas principais concepções, cada ramo dos nossos conhecimentos, passa sucessivamente por três estados teóricos diferentes: o estado teológico ou fictício, o estado metafísico ou abstrato, o estado científico ou positivo.* Noutros termos, o espírito humano, dada a sua natureza, emprega sucessivamente, em cada uma das suas pesquisas, três métodos de filosofar, de caracteres essencialmente diferentes e mesmo radicalmente opostos: primeiro o método teológico, depois o método metafísico e, por fim, o método positivo. *Donde decorre a existência de três tipos de filosofia ou de sistemas gerais de concepção sobre o conjunto de fenômenos que mutuamente se excluem: a primeira é o ponto de partida necessário da inteligência humana; a terceira, o seu estado fixo e definitivo; a segunda destina-se unicamente a servir de transição.* Grifos nossos. Augusto Comte, A filosofia positiva e as ciências, extraído da obra Epistemologia: Posições e Críticas, Manuel Maria Carvalho, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian/ Lisboa, 1991.

os valores inerentes a todo ser humano, é algo bem diferente, como por exemplo, a almejada Justiça.²

Karl Larenz, mencionando a teoria pura do direito, que muito influenciou o nosso pensamento jurídico, assim se posicionou:

Por esta razão, e também pelo sentimento de que a autonomia da ciência do Direito vinha assim a perder-se em benefício de outras ciências (nomeadamente a psicologia ou a sociologia), é que KELSEN, por último, na sua Teoria Pura do Direito, reivindica para a ciência jurídica, à semelhança da lógica e da matemática, um objecto puramente ideal, restringindo-a ao simples campo do racionalmente necessário. Todavia, apesar de se apoiar, em certa medida, no «neokantismo», KELSEN continuou «positivista», enquanto exclui da ciência jurídica toda a consideração valorativa e, conseqüentemente, exclui a questão da valoração «adequada» em cada caso como cientificamente irrespondível. Qualquer das três teorias positivistas, entre si tão diversas, concorda, pois, em considerar o Direito exclusivamente como «positivo» e em rejeitar, ao invés, como «não científica», toda a questão sobre um fundamento «supra-positivo» do Direito – sobre um «Direito Natural», ou sobre a ideia de Direito como um sentido material a priori de todo o Direito. Quanto ao mais, resultam das aludidas teorias conseqüências muito diferentes, inclusivamente para a metodologia jurídica.³

-
2. O professor Arnaldo Vasconcelos, já no primeiro capítulo do seu livro *Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos*, critica veementemente essa postura da Ciência do Direito, deixando patente que a teoria de Kelsen nunca levou em consideração quaisquer valores, senão vejamos: “Anoto-se, desde logo, que a teoria pura, para Kelsen, significa teoria purificada, e não originalmente sem impureza. Deve a ciência do Direito ser purificada, além das ideologias e da ciência natural acima referidas, também da psicologia, da biologia, da ética e da teologia(1933:09). E mais ainda: da especulação metafísica, da filosofia da justiça, da doutrina do Direito Natural, da política e da sociologia(1990:02-03). Libertando a ciência do Direito de elementos estranhos, Kelsen tentava evitar sua desnaturação”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.15. Essa posição custou muito a Kelsen, pois seus críticos acusaram seu modelo de não ter qualquer conteúdo, o que permite a aceitação de qualquer regime, inclusive o totalitário, como se posicionaram os idealizadores do nazismo e facismo, em defesa da legalidade de seus atos desumanos e violentadores do direito justo e aspirado pela sociedade mundial. Essa nova fase, ou seja, positivismo crítico condena veementemente esse formalismo, que não se coaduna com a necessária interligação com o contexto social e as demais ciências, o que conduziu, em certos momentos a uma estagnação do saber, pois o conhecimento só evolui em sua visão com o permanente questionamento dos seus resultados diante de toda realidade fática e contemporaneamente com os mandamentos contidos em cada Constituição.
 3. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 44.

Infelizmente foi esse rigor metodológico, no tratamento da ciência do Direito, que produziu tantas consequências nefastas e principalmente introduziu uma cultura em nossos juristas e aplicadores do Direito difícil de destruir, contudo, ainda resta uma esperança, qual seja, o retorno à compreensão crítica e dialética do Direito e a procura incessante que o seu escopo maior reste alcançado em cada situação fática que o mesmo se debruce, principalmente no valor atinente à justiça e à proteção dos direitos de um modo geral, sendo a jurisdição o instrumento concreto para a obtenção desse resultado, tudo sem se descuidar dos valores existentes na própria norma, pois essa mudança não permite a escolha arbitrária de valores.

Essa radicalização no tratamento da ciência do Direito e, por conseguinte, no modo de encarar as relações sociais, não pode mais ser aceita na sociedade contemporânea, por isso, toda a celeuma entre o positivismo jurídico e o direito natural deve ceder em nome de um movimento que prime pela efetivação dos valores já consagrados na Constituição, daí porque toda essa sistematização precisa ser repensada e o formalismo que por muito tempo reinou deve ser abandonado de vez, já que a lógica formal, que imperou no positivismo, nunca foi eficiente para a solução dos verdadeiros problemas da sociedade.

Por outro lado, é necessário que a ciência do Direito seja permanentemente questionada pela Filosofia do Direito ⁴, ou seja, que os valores idealizados pela sociedade passem a ser buscados de forma incessante em toda a materialização de suas atividades, principalmente o de justiça.⁵

4. Nesse sentido é importante que se registre a lição de Agostinho Ramalho, como se pode ver a seguir: "A mais importante ideia de valor com que lida tanto a ciência quanto sobretudo a Filosofia do Direito é a ideia de justiça. Sem dúvida, a justiça é a finalidade fundamental "do Direito. Mas os jusfilósofos têm tradicionalmente assumido, perante o problema da justiça, uma atitude marcadamente idealista, como se tal problema pudesse ser equacionado a partir de "princípios ideais estabelecidos a priori e supostamente válidos agora e sempre. Ora, o ideal de justiça não é absoluto e imutável, preexistente ao próprio homem, mas algo que se foi consolidando no decorrer da História, mediante o acúmulo de experiências vividas pelos seres humanos dentro das condições concretas de sua existência social." MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao Estudo do Direito Conceito, Objeto e Método*. Rio de Janeiro:Forense, 1990. p.159.

5. Hilton Japiassu em sua famosa obra *Introdução ao pensamento epistemológico*, ao comentar sobre a epistemologia histórica de Gaston Bachelard, noticia sobre esse pecado das ciências em geral e que em especial afeta o Direito de modo a tornar inacessível o seu fim maior que é a justiça. São suas as seguintes colocações: "*Enfim, podemos constatar um hiato crescente entre o conhecimento objetivo (científico) e toda espécie de sentimentos ou de teoria dos valores. Por definição, a ciência ignora os valores. Portanto, não pode conhecê-los. Nem tampouco preocupa-se com a imaginação criadora. Por isso, não pode haver nem ética,*

Nada mais é do que a visão do positivismo crítico, a partir do raciocínio antecedente de que, em cada aplicação de normas, os valores constitucionais devem restar considerados, no mínimo, quando não materializados em cada caso concreto.

Também deve a ciência do Direito sintonizar-se com as demais ciências, que estão esquecidas pela teoria predominante, mas que atualmente se encontra em plena necessidade de reformulação e integração, sendo imprescindível que se leve em consideração, para a devida concretização desta missão, a interdisciplinaridade, como condição essencial para que o Direito atinja resultados satisfatórios numa ótica social.

Essa luta pela consideração dos valores no estudo da Ciência do Direito é um dos maiores alicerces e ao mesmo tempo desafios do Constitucionalismo democrático, que se constitui como uma verdadeira ideologia do final do século XX e sem sombra de dúvidas, vai se firmar no século XXI, pois a visão distorcida da realidade, a qual por muito tempo imperou no positivismo clássico, engessou e mecanizou os profissionais do Direito de um jeito tão arraigado, ao ponto de a crítica impingir a esses novos pensadores o título de defensores do direito alternativo, o que posteriormente vai-se perceber que não condiz com a realidade.

A ciência do Direito, da forma como vem sendo tratada hodiernamente, sem a necessária preocupação quanto aos seus valores, que precisam ser perseguidos a todo instante, provoca no seio social uma descrença, que somente uma visão na linha dialética pode superar, como bem ensina o professor Agostinho Ramalho em sua obra *“Introdução ao estudo do Direito conceito, objeto e método”*, fazendo inclusive uma crítica ao dogmatismo normativista de Kelsen, como se pode ver a seguir:

A Ciência do Direito, tanto em seus momentos teóricos como práticos, deve, por conseguinte, acompanhar a dinâmica social, condicionando-a e sendo por ela condicionada, num verdadeiro relacionamento dialético. Aliás, não podemos considerar como válido nenhum critério de eficácia das leis, senão o seu confronto com as proposições da Ciência do Direito e principalmente sua adequação às reais necessidades e aspirações das bases sociais. Qualquer critério

nem estéticas objetivas. E como a ética e a arte são indispensáveis ao homem, são os filósofos e literatos que vão elaborá-las, não os cientistas.... *E foi esta ética, da felicidade individual e do máximo conforto, que criou a ciência moderna.* Grifos nossos.

puramente formal, como, por exemplo, o proposto por Kelsen – que confunde eficácia com vigência –, parece-nos trazer de princípio o vício de ignorar o conteúdo das leis e, conseqüentemente, prestar-se a todo tipo de autoritarismo. Não é sem razão que Radbruch observa que “o jurista que fundasse a validade de uma norma tão-somente em critérios técnicos formais nunca poderia negar com bom fundamento a validade dos imperativos dum paranóico, que acaso viesse a ser rei.” Uma lei será tanto mais eficaz quanto maior for a sua aceitação por parte do meio social que a dirige. Aliás, ela já deve ser elaborada com esse objetivo, pois tanto a construção teórica da ciência do Direito como a aplicação normativa não podem ser alheias aos valores dominantes no espaço social, sobretudo aqueles que traduzem as aspirações das classes oprimidas, que constituem o grande contingente da população. A dialética, aplicada ao Direito, tem como um de seus pontos principais o estabelecimento de um permanente confronto entre a norma vigente e o seu conteúdo social, conhecido através das proposições teóricas da ciência jurídica. A norma é submetida, portanto, a um contínuo questionamento, em que a realidade social é que pode dar a última palavra sobre se a legislação vigente é ou não eficaz. (Grifos nossos).⁶

Nesse contexto, percebe-se que tanto as correntes idealistas, como também as empiristas, que analisaram a ciência do Direito, pecaram pela visão unilateral e radical como foram concebidas, pois tanto uma quanto outra deixaram de fora a necessária e constante concatenação que o Direito deve travar com a realidade social.

A visão dialética, por sua vez, não enfrenta tal problema justamente pelo fato de sempre estar aberta ao cotejo social e às novas realidades que se apresentam na evolução da sociedade. Essa é a grande diferença.⁷

6. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao Estudo do Direito conceito, objeto e método*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.156.

7. Mais uma vez se socorre dos ensinamentos de Agostinho Ramalho para ratificar essa posição crítica e dialética que necessariamente a Ciência do Direito deve assumir ante a realidade social contemporânea: “No que tange ao Direito, se ele é, como diz PONTES DE MIRANDA, “o problema humano por excelência”, mais convencido ainda ficamos de que a dialética, tanto em sua feição genética, como sobretudo em suas modalidades histórica e crítica, é a que fornece o melhor referencial teórico para o seu estudo, questionando inúmeras verdades estabelecidas e contribuindo para destruir muito do dogmatismo que secularmente tem caracterizado a formação do jurista. A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas a priori. Assim, o que lhe interessa é um direito real, concreto, histórico, visceralmente comprometido com as condições efetivas do espaço-tempo social, que

Dessa forma, o Direito como um todo precisa repensar as suas teorias, daí a importância da Ciência e Filosofia caminharem juntas, de forma que os dogmas do valor (idealista), do fato ou fenômeno jurídico (empiristas) e da norma (teoria pura do direito) sejam extirpados, como visões unilaterais que conduzem a pensamentos absolutos e incontestáveis, dissociados da ambiência social e dos valores desejados pela sociedade.

Arnaldo Vasconcelos na apresentação de seu livro já citado nesta obra destacou talvez o maior pecado da Teoria Pura do Direito, que foi justamente menosprezar a questão da justiça, tendo se expressado da seguinte forma:

Nenhuma teoria, que descarte a condição metafísica do homem, pode pretender alcançar a compreensão das exigências de sua vida em sociedade. E como esta encontra os meios de possibilitação na pré-existência do Direito, não há como fazer por desconhecer-lhe a dimensão metafísica. Obra cultural, o Direito é medida das aspirações de seu criador, o homem. *Por isso, uma teoria do Direito, que eliminasse a questão central da finalidade deste, como o pretendeu a teoria pura, estaria, com antecedência, destinada ao insucesso. Kelsen tentou continuar a questão, transferindo a instância da Justiça para outro plano, que não o da Teoria Geral do Direito.* Por injustificável, não pôde vingar o expediente. Sob nenhum pretexto, pode-se desvincular o Direito de sua finalidade, porque somente para alcançá-la é que ele foi criado. Norma jurídica, que não vise a um fim precípuo, é algo inteiramente sem *sentido na esfera da vida humana.* Grifo nosso.⁸

constituem a medida por excelência de sua eficácia; e não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, óbice ao invés de propulsor do desenvolvimento social, que prefira enclausurar-se em seus próprios dogmas a abrir-se a uma crítica fecunda que o renove e lhe dê vida. É com este último tipo de concepção do Direito que a dialética rompe. E o faz como sói acontecer em todas as rupturas científicas: ataca-o duramente, retifica-o, limita-o, e oferece em troca um sistema de explicações mais aberto, mais dinâmico, mais flexível, mais vivo, mais consciente de suas próprias limitações, mais engajado com a realidade social e, por isso mesmo, mais rico e mais humano. É por isso que a dialética incomoda tanto! Ela não se satisfaz com considerar as normas jurídicas como algo dado, porque sabe que elas são construídas. E quer saber que critérios científicos e axiológicos presidiram essa construção; a que interesses estão servindo; e que tipo de compromisso efetivamente traduzem. Ela indaga, questiona, põe em xeque os princípios mesmos que regem a ordem jurídica; critica-os e, criticando, constrói, renova, retifica, humaniza. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao Estudo do Direito conceito, objeto e método.* Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.101.

8. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: Repasse crítico de seus principais fundamentos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. XV.

Não há dúvidas de que o formalismo do positivismo jurídico, ao ponto de não ter se preocupado com a questão da justiça, para fins de constante aperfeiçoamento do próprio Direito, ensejou-lhe críticas que a teoria não resistiu, provocando, como já mencionado, uma visão mais aberta e consentânea com a aspiração da sociedade contemporânea, principalmente depois de advindo o movimento da constitucionalização do Direito, a qual se convencionou chamar de positivismo crítico ou neopositivismo, que, por consequência, surgiu o neo-constitucionalismo. Na realidade, não interessa o rótulo e sim o conteúdo, como se explanará nos capítulos seguintes.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Com a superação da visão de que a lei por excelência é solução para todos os problemas e, por conseguinte, deve ser seguida de forma incondicional – na linha do positivismo crítico que se analisou – bem como a certeza de que os profissionais que lidam com o Direito não podem mais se dissociar da realidade social que os rodeiam, surgiram, com muita força, em quase todo o mundo, logo após a 2ª Guerra Mundial, as Constituições escritas⁹, que, diferentemente dos Códigos, vieram impregnadas de prescrições que traduzem valores, conduzindo a um novo pensar sobre a sua forma de aplicação e ao mesmo tempo condicionando toda a atuação estatal.

As constituições, num primeiro momento, somente eram tidas como ideias que representavam politicamente a massificação do pensamento de uma dada classe dominante, como enunciava Ferdinand Lassale, contudo, essa visão foi com o tempo sendo revista e a força normativa ganhou corpo, na linha do pensamento de Konrad Hesse, como se destacará em seguida, passando o constitucionalismo ao início de uma nova fase.¹⁰

9. Ressalve-se que muitas Constituições também já existiam antes desse marco, todavia a ideia de que foi após que houve um florescimento delas parece não haver discussão.

10. “Um dos movimentos mais fantásticos ocorrido nas Teorias do Direito e da Constituição contemporâneas foi, sem dúvida, a afirmação da força normativa dos princípios constitucionais, com a superação das correntes teóricas que ainda sustentavam um Direito formado apenas por regras estritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade. Grifo nosso. VIANA, Rodolfo Pereira. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.127.

Como já externado, essa nova fase trouxe sensíveis mudanças em toda a sistemática jurídica, ocasionando uma revolução não só no modo de conceber o Direito, mas principalmente na forma de aplicar e compreender as normas, que ainda se constituem no maior desafio para aqueles que lidam com essa Ciência.

Com o incremento desse constitucionalismo moderno e o aparecimento nas constituições, de modo expreso, da jurisdição constitucional, houve a necessidade, também, da implementação de uma hermenêutica que não só viesse desvelar o conteúdo das normas, mas, também, concretizar os seus comandos e em casos excepcionais, até mesmo criar direitos¹¹, sob pena de essas Constituições tornarem-se letra morta, como infelizmente ocorre com a nossa, em relação a vários direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O constitucionalismo contemporâneo tem sua base fixada nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, entendidos esses no sentido mais amplo possível, ou seja, como guias que instruem e fundamentam toda a atuação governamental, principalmente a atividade do legislador, que não só deve prescrever normas que venham assegurar a satisfação de seus conteúdos, bem como se abster de produzir leis que firam os valores neles estabelecidos.

Nesse raciocínio que é elementar, mas de difícil consolidação na vida cotidiana dos que operam com o Direito, em especial os legisladores, governantes e juízes numa acepção ampla, é que reside a verdadeira transformação que se espera do Constitucionalismo.

É de se ressaltar, no entanto, que no Brasil e, na realidade, na maioria esmagadora dos países ocidentais, a esse fato se associa a necessidade de compatibilização com o princípio democrático, logo, esse constitucionalismo é freado pela própria democracia, como se demonstrará no capítulo seguinte.

Na realidade, a partir de uma concepção ampla do que seja democracia, como se esclarecerá em seguida, talvez esta só exista no plano prático quando os valores escolhidos pelo povo em sua participação mais contundente restem assegurados e essa é a missão que se espera quando se fala em transformação a partir do constitucionalismo.

11. É sempre bom deixar claro que essa criação do Direito em termos jurídicos, ou seja, inovando no ordenamento jurídico, mesmo sendo possível excepcionalmente, terá que necessariamente vir calcadas em outros valores previstos normativamente, e a partir das peculiaridades do caso, permitam essa construção excepcionalíssima.

Nesse sentido, é importante que se registre a posição deste autor em obra coletiva recentemente publicada:

Nos últimos anos vem crescendo no Brasil um movimento que procura fazer valer os valores fundamentais estabelecidos na Constituição em todos os ramos do Direito, de modo que essa irradiação possa fincar nos atos estatais a preocupação de que não só os atos normativos, mas na realidade qualquer tomada de posição pública, deva obrigatoriamente conter, em cada caso concreto, quer tenha havido conflito ou não, tais valores, sob pena da Carta Magna não ser efetivada, pois as leis, por si sós, infelizmente não estão conseguindo atingir tal objetivo, indispensável para uma efetiva democracia.¹²

Por outro lado, também é importante que se enuncie, desde já, a proeminência nas constituições de princípios que assumiram de modo incontestável a aceção de normas, logo, a sua aplicação torna-se indiscutível, provocando, por conseguinte, uma transformação no sistema clássico de subsunção na hora da aplicação dessas normas. Em momento algum, prega-se o abandono a essa ideia, mas na realidade o próprio caráter aberto das constituições já impõe uma nova postura e atuação específica quanto a essas espécies normativas.

Toda essa conjuntura induz de forma automática a um novo modo de conceber a atividade jurisdicional, sendo necessário que se faça uma revisitação dos institutos para que haja uma devida adequação à realidade, que cada dia se apresenta mais complexa, não se podendo ter modelos e pensamentos antigos para problemas que se mostram distintos. Faz-se necessário que o Direito do século XXI seja tratado por operários do Direito e métodos também contemporâneos.

São dignas de notas as lições de Luiz Guilherme Marinoni nessa linha:

E isso após a própria concepção de direito ter sido completamente transformada. A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais.

12. SAMPAIO JUNIOR, José Herval. *Visão Panorâmica da Lei 11.280/06 numa ótica constitucional* in DUARTE, Bento Herculano. e DUARTE, Ronnie Press. Coordenadores. *Aspectos Polêmicos do Processo Civil: Volume 2*, São Paulo: Método, 2007, p. 315.

A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. *Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui slogan dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.* A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo “substancial” para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando a lei pelas normas constitucionais, ou expressa uma mera “continuação” do princípio da legalidade formal, característico do Estado legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma.¹³ Grifo nosso.

Nessa ótica, percebe-se claramente que não é somente a posição hierarquicamente superior que a Constituição possui em relação aos demais atos normativos que conduziu a toda essa transformação. Em se pensando assim, a substância da teoria restaria sobremaneira atingida. Houve efetivamente uma transformação pela patente necessidade de controle meritório da atuação de todos que laboram com o Direito.

O fortalecimento da jurisdição constitucional veio em conjunto com a própria normatividade de seus comandos, devendo nas constituições rígidas, como a nossa, haver uma efetiva preocupação com a manutenção da vontade do Poder Constituinte. Este verdadeiramente condiciona todo o devir, ou seja, a sociedade política cria o ordenamento jurídico e o próprio Estado e após todos devem subserviência aos mandamentos nelas prescritos. Essa é a transformação real e que depende de todos para a sua materialização.

Nesse sentido, ou seja, destacando a necessidade de que os ideais estabelecidos pelo Poder Constituinte originário sejam observados fielmente, é oportuno que se recorra ao magistério do Ministro do STF Carlos Ayres de Brito, consoante se pode ver:

13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 21.

Por comparação, averbemos que o mundo cuida de si próprio, uma vez criado, **mas não passa a cuidar do Criador**. O mundo; vela por si, dispõe sobre si mesmo, porém sem poder se substituir ao Criador, apagando a assinatura que o originário Autor deixou em sua obra. O mundo é o Poder Constituído. O Criador, o Poder Constituinte. Este é que dispõe originariamente sobre o universo, o orbe, o cosmos, debaixo, contudo, de um único limite material lógico: o não poder permitir que o mundo se transforme tanto por conta própria **a ponto de dar a si mesmo um novo começo**. Tudo isto é como dizer, numa fala mais aproximadamente jurídica: a Constituição cria o Estado, dotando-o do poder de se completar por conta própria, sem, contudo, deixar que esse Estado possa trocar de Constituição. Limitação intrínseca insuperável, porque só uma Constituição pode trocar o Estado por outro. Não um Estado a trocar a sua Constituição por outra. E mais: o Direito feito **para** o Estado tem de permanecer o referencial do Direito feito **pelo** Estado, durante todo o tempo de vigência da obra que uma dada Assembleia Constituir vier a promulgar.¹⁴ Negrito original.

Desse modo, percebe-se que o maior desafio nessa fase de constitucionalismo em plena evolução reside justamente na necessidade de que os agentes públicos não desvirtuem as escolhas já feitas pela sociedade política, representada pelo povo em sua acepção mais ampla e legítima, assim sendo, essa atividade jurisdicional de controle dos atos de todos os poderes, inclusive do Judiciário, é essencial para a efetivação dos valores originários, que, em nosso ordenamento, são tidos como cláusulas pétreas, ou seja, imodificáveis por qualquer tipo de ação, ressalvado, evidentemente, uma nova Constituição.

Nesta ótica, é indiscutível que houve uma transformação radical no modo de atuação daqueles que laboram com o Direito, já que o cumprimento da lei, por si só, deixa de ser marcante e imprescindível para se tornar uma operação possível, ou seja, desde que antes se verifique a sua compatibilidade com os cânones constitucionais.

Esse novo modo de conceber a atividade de interpretação das normas legais, a par dos vetores estabelecidos na Constituição, que se espraiam por todos os ramos do Direito, é tido pelo que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito, como se demonstrará a seguir.

14. BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.48.

Oportuno nesse momento registrar a menção deste autor a esse movimento em outra obra recentemente publicada:

Nesse norte, cabe aos operadores do direito terem em mira sempre a Constituição e os seus princípios, aplicando-os diretamente quando necessário, sem que a atividade de concretização do direito posto se resuma à interpretação fria de regras, sem qualquer filtragem constitucional. Na realidade, é imperativo constitucionalizar não só o direito, mas toda a sociedade no plano real, sendo essa a tarefa precípua da teoria da Constituição em plena formação, mas que deve sempre buscar a evolução e aperfeiçoamento perene.¹⁵

Concluindo, pode-se afirmar de modo categórico que o constitucionalismo impôs uma imanente necessidade de realização dos comandos constitucionais na vida prática do povo, enquanto sociedade civil, pois o respeito a tais balizas é condição fundamental para que se possa afirmar que o poder realmente é emanado do povo.¹⁶

2.3 O SENTIDO DO TERMO CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS REFLEXOS

Como visto até o momento, a Constituição e todo o seu estuário normativo, abstraindo a questão da sua força normativa, por enquanto, já que é comentada em separado, impuseram, por si sós, uma necessidade

15. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval.; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de Prisão e Soltura sob a ótica Constitucional*. São Paulo: Método, 2007, p. 61. Ressalte-se que a aquela época não havíamos amadurecido quanto à necessidade de se permutar o nome operador por operário, como ora propomos justamente por entender que a nova nomenclatura se coaduna com o método de análise aqui disposto.

16. “A partir da ideia democrática veiculada pela nova Constituição, resgatadora da cidadania do povo brasileiro, a doutrina, num segundo momento, reconhece que o texto constitucional consolidou-se, permitindo, mais eficazmente, o acesso ao Poder Judiciário, aumentando as possibilidades de controle por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade e alargando o rol dos legitimados para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Em boa verdade, são muitos os dispositivos constitucionais um caminho para a participação do cidadão na vida e no funcionamento do Estado. Assim nasceu a Constituição Federal em 1988 e foi com esse espírito que o novo texto constitucional foi promulgado. Quase duas décadas depois, é importante verificar como essas questões estão sendo atualmente resolvidas e se ainda permanece vivo o espírito constitucional da participação cidadã.” PINHO, Judicael Sudário. *Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22. Dizer que o poder é do povo como a nossa Constituição enuncia é simples, contudo, somente uma efetiva participação deste nas decisões e escolhas públicas é que legitimará essa afirmação.

de reflexão sobre a contaminação dos valores dispostos nela em todos os demais ramos do Direito, conduzindo, por conseguinte, a um raciocínio de que o Direito – a qual só é dividido por questões didáticas – passe a ter uma base constitucional que seja necessariamente obedecida em toda a sua atuação.¹⁷

Nesse contexto de simples compreensão, mas de difícil aplicação prática, como já destacado, é que se denota o movimento da constitucionalização do Direito, o qual se denota facilmente a sua ligação com a supremacia constitucional e a jurisdição constitucional, contudo, não se restringe a esses pontos, pois o mais importante é que as autoridades estatais e até mesmos os cidadãos se conscientizem que a escolha idealizada na Constituição seja viva e operável, para tanto, imprescindível esse espraiamento dos valores em toda a conduta humana.

Sua origem é bem discutida, pois o próprio controle da constitucionalidade dos atos em geral já induz a necessidade de observância da Constituição em qualquer caso, porém o interessante nessa ambientação é justamente a preocupação anterior de que o ato em si esteja em observância aos valores constitucionais, não porque a Constituição é a lei maior e por hierarquia deva ser obedecida, mas que o seu espírito seja levado em consideração e materializado nos casos em concreto, principalmente quando ocorrem conflitos de interesses em que o Direito é incerto em relação aos contendores.

Daí a sua íntima relação com a jurisdição. Ora por meio dessa função estatal as pessoas discutem o seu direito e este deve ser pensado sempre em relação aos valores constitucionais – escolhidos pela sociedade política em um momento ímpar – e a sua conservação é uma necessidade social, logo,

17. “Para o constitucionalista, ciente da hierarquização do ordenamento jurídico, em cujo topo figura o ordenamento constitucional escrito, parece não haver nenhum problema na subordinação de todo o ordenamento jurídico à constituição. Mas não é a esse fenômeno que se quer fazer referência quando se fala em constitucionalização do direito, título deste trabalho. Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção, em linhas gerais, que serão desenvolvidas no decorrer do trabalho, à *irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito*”. Grifo nosso. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18. O autor no início de sua obra já deixa claro que esse movimento não é tão elementar assim e não é visto somente no aspecto formal, pelo contrário, toda a sua tese é construída justamente sob a ótica material e que limita a autonomia da vontade até mesmo entre os particulares. Para esse estudo é importante que o operário do Direito com mais veemência esteja envolvido nesse constante e indispensável agir constitucional.

todas as relações devem se inspirar neles, sob pena de o poder do povo ser um mero jogo de palavras.

Importante nesse diapasão e com sentido vinculante para todos os poderes, foi uma decisão marcante e até mesmo pioneira do Tribunal Constitucional Alemão, no famoso caso Lüth, citada no livro de Virgílio Afonso da Silva, como se pode observar:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (ou) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; *legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos*. Grifo nosso.¹⁸

Desse modo, verifica-se que esse movimento, apesar de ainda iniciante no Brasil, começa a ganhar contornos nesses últimos anos a ponto de ter, no mínimo, quebrado alguns dogmas de ramos antes tidos como intocáveis e no ramo processual já assume feição de mudança radical da atuação dos que laboram com o Direito.¹⁹

Os seus reflexos, em que pese ainda serem pequenos em razão da magnitude que seus efeitos devem operar com a sua solidificação, já são bem notados, principalmente em matéria de função jurisdicional e efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

E neste livro se analisa justamente essa relação indissociável entre o direito e garantia fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva que procure em cada caso concreto, a par das circunstâncias peculiares ali

18. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

19. No encontro de processualistas já mencionado nesse livro, realizado pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), o professor Cássio Scarpinella Bueno mencionou que o processo atualmente deve ser analisado por outro método de pesquisa, qual seja, o firmado nas premissas constitucionais, tendo dividido seu pensamento em quatro grupos que parcialmente serão analisados neste livro no quarto capítulo, todavia, didaticamente ora se enuncia com o propósito de que a ideia comece a ser maturada, quais sejam, as garantias constitucionais do processo, a organização judiciária, as funções essenciais da justiça e os remédios constitucionais.

encontradas, fazer valer os valores constitucionais encampados de forma bem nítida e que infelizmente ainda encontra dificuldades em se concretizar nas situações reais de vida do cidadão, daí ser a necessidade de que essas orientações saiam da teoria para a prática.

A Constituição tem que ser vivida e sentida pelos cidadãos que fazem parte da sociedade civil e que a ela devem subserviência. Esse sentir em todas as condutas humanas é o principal obstáculo, pois, em que pese não ser razoável a intromissão do poder público em todos os setores da vida privada, mesmo em um modelo de um Estado que se diz também social como o nosso, não se pode permitir, por outro lado, que os núcleos essenciais dispostos na Carta Magna não se façam presentes, pelo menos na maioria das situações vividas pelo indivíduo.

Ao se analisar abstratamente os princípios constitucionais de justiça e os direitos e garantias fundamentais, infelizmente se nota um déficit grande em relação à realidade social brasileira, daí porque esse fenômeno vai ser muito importante na luta contra o abismo entre o ser e o dever ser, funcionando, nesse contexto, os que lidam com a ciência do Direito, como instrumentos de garantia para materialização de tais normas.

São dignas de registro as ponderações de Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos nesse tocante:

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social.²⁰

Desse modo, a constitucionalização do Direito traz como reflexo principal – não só aos que lidam com o Direito, mas na realidade, toda a sociedade brasileira – a necessidade imanente de que toda atuação humana

20. BARROSO, Luis Roberto.; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Temas de Direito Constitucional, Tomo III, Rio de Janeiro:Renovar, 2005, p. 59.