

BREVE ENSAIO SOBRE O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO

Lucas Soares de Oliveira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O fenômeno da constitucionalização; 2.1 Introdução; 2.2 A constitucionalização como um fenômeno inarredável; 2.3 Como as coisas eram antes da constitucionalização do Direito?; 2.4 As causas do fenômeno da constitucionalização do Direito; 2.5 Os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; 2.6 Constitucionalização do direito material; 2.6.1 Direito Civil; 2.6.2 Direito Administrativo; 2.6.3 Direito Penal; 2.6.4 Outros ramos; 2.7 Constitucionalização do processo; 2.8 Críticas ao fenômeno da constitucionalização do Direito; 3 Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho analisa o fenômeno da constitucionalização do Direito e do processo. Para tanto, o ensaio aborda a constitucionalização como uma realidade inafastável; o contexto histórico-jurídico anterior ao fenômeno da constitucionalização; as causas do fenômeno da constitucionalização; os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; a constitucionalização dos ramos do direito; e, por fim, as críticas ao fenômeno da constitucionalização. Se bem-sucedida, este trabalho fornecerá ferramentas para a boa análise crítico-construtiva da constitucionalização do Direito.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor coordenador na Pós-Graduação lato sensu de Direito Público da Universidade de São Paulo (USP) e Escola Nacional da Advocacia Pública (ESNAP). Professor Assistente no Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Procurador do Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Pós-positivismo jurídico. Supremacia da Constituição.

“*Ontem, os Códigos; hoje as Constituições*”

(Paulo Bonavides)

1. INTRODUÇÃO

A presente apresentação cuidará do fenômeno da constitucionalização do Direito e do processo. Para tanto, abordaremos: (i) a constitucionalização como uma realidade inafastável; (ii) o contexto histórico-jurídico anterior ao fenômeno da constitucionalização; (iii) as causas do fenômeno da constitucionalização; (iv) os modos de manifestação da constitucionalização do Direito; (v) a constitucionalização dos ramos do direito; e, por fim, (vi) as críticas ao fenômeno da constitucionalização. Se bem-sucedida, a apresentação fornecerá ferramentas para a boa análise crítico-construtiva da constitucionalização do Direito, em especial à luz da realidade brasileira.

2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

2.1 Introdução

Sabemos bem que as Constituições contemporâneas cumprem um papel central no ordenamento jurídico. A ideia antes propagada de que as Constituições seriam meras “cartas políticas”, hoje não encontra mais guarida.

Como destacado nas clássicas obras de Konrad Hesse² e Eduardo García de Enterría³, as Constituições têm, sim, *força normativa*. Funcionam, pois, como epicentro da ordem jurídica de dado Estado.

2 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

3 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1984.

Não à toa, contemporaneamente, além de limitarem os poderes políticos, elas têm normatividade que incide diretamente sobre as relações sociais. De igual forma, seus preceitos e valores são bússolas para interpretação e aplicação de todo o Direito, ocasionando a releitura dos conceitos e institutos há muito solidificados nos mais variados ramos do ordenamento.

Com efeito, a Constituição deixa de ser vista como uma mera *norma normarum*, cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas, como queria Hans Kelsen⁴. Ela passa, portanto, a ser discernida como a encarnação dos valores superiores da comunidade sociopolítica, o que podemos chamar de supremacia formal e material da Constituição. Esses valores constitucionais devem irradiar e fertilizar todo o sistema jurídico⁵. Há, pois, aquilo que Paulo Ricardo Schier chamou de “filtragem constitucional”⁶.

2.2 A constitucionalização como um fenômeno inarredável

No Brasil contemporâneo, a constitucionalização do Direito é uma realidade indiscutível⁷. É difícil, atualmente, encontrar um processo judicial, qualquer que seja a área jurídica, em que dispositivos constitucionais não sejam invocados pelas partes e posteriormente utilizados na motivação da decisão judicial.

Isso ocorre não só nas grandes questões, mas também na resolução dos pequenos conflitos: em módicas reclamações trabalhistas, em demandas simplórias nos juizados especiais, em modestas ações previdenciárias etc.

4 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

5 Nesse sentido, adotando uma visão crítica à proposta de Kelsen, veja-se: SANCHÍS, Luis Prieto. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *In*: SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-100.

6 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 104.

7 Sobre o tema, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005; e SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b, p. 167-205.

Também os livros de doutrina nas mais diversas áreas – Direito Civil, Penal, Tributário, Administrativo, Processual, Trabalhista etc. – têm de separar boa parte do seu conteúdo à discussão da Constituição, abordando a maneira como as normas constitucionais repercutem naquele ramo, sob pena de incorrerem em flagrante incompletude.

Até nos debates políticos, midiáticos ou nas reivindicações da sociedade civil, o discurso constitucional se faz presente, de uma forma ou de outra.

Assim, a Constituição invadiu novos domínios, tornando-se praticamente *ubíqua* em nosso Direito⁸. E esse fenômeno não ocorre só no Brasil. Pelo contrário, algo similar acontece ou aconteceu, em maior ou menor escala, em inúmeras nações. É, pois, um fenômeno globalmente incontornável.

2.3 Como as coisas eram antes da constitucionalização do Direito?

Em passado não tão distante, em especial nos países do sistema jurídico romano-germânico, concebia-se o Código Civil como a principal norma jurídica de uma comunidade.

De fato, a perspectiva oitocentista de Direito, fruto do ideal liberal-burguês do século XIX, levou alguns doutrinadores do porte de Francesco Santoro-Passarelli a classificarem o Direito Civil como “o direito comum que rege as relações entre os particulares”⁹. Tinha-se, assim, a ideia de que *o Código Civil era a Constituição do homem comum*.

Essa perspectiva clássica encampou, tal como advertiu Michele Giorgianni¹⁰, uma *summa divisio* entre Direito Privado e Direito Público,

8 Tratando do tema: SARMENTO, op. cit.

9 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: CEDEJ, 2012, p. 19.

10 Nesse sentido: “(...) ao lento declínio da concepção, própria da publicística do final do século XIX, da supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado, a qual cede a formulações menos extremadas ou mais agnósticas, enquanto se fazem cada vez mais insistentes e menos tímidas as tentativas de reavaliação da autonomia privada. Nisto, aliás, se deveria perceber uma ulterior contradição com o afirmado clima de ‘publicização’ do Direito Privado, se não se tratasse de dois fenômenos que se movem sobe dois planos diversos, como vimos acima. Em particular, aquela reavaliação da autonomia privada constitui simplesmente uma manifestação de alinhamento à reação generalizada contra o positivismo normativista” (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998, p. 41).

na qual se estancavam as disciplinas de Direito Público e Político de um lado; e as normas privadas de outro, como se uma verdadeira barreira existisse entre esses dois segmentos.

Ocorre que, hodiernamente, essa concepção caiu por terra. Não faz mais sentido essa visão hermética do Direito¹¹. Há, hoje, a consciência de que o sistema jurídico não se ajusta às barreiras dogmáticas, de modo que se reconhece a existência de uma recíproca influência entre Direito Público e Privado.

Justamente na equalização dessas recíprocas influências, a Constituição assume papel metodológico e harmonizador, gozando de *superioridade formal, material e – também – sistêmica*¹².

Como lembrou Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”¹³.

De qualquer forma, dentro da perspectiva oitocentista de Direito, os Códigos Civis abarcavam os mais importantes princípios jurídicos, que plasmariam um suposto “direito natural racional”, alicerçado em valores do liberalismo burguês, como a proteção – praticamente – absoluta da propriedade privada e da autonomia da vontade na celebração de negócios jurídicos.

Todavia, ao longo dos séculos XX e XXI, com a intensificação da intervenção do Estado sobre as relações sociais, assistiu-se a um *fenômeno de inflação legislativa*, que levou à *crise* do paradigma de ordenamento jurídico, que tinha em seu centro o Código Civil. Foi a chamada “*Era da Descodificação*”¹⁴.

11 Ibidem.

12 Sobre o tema, vale ver: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

13 No mesmo sentido, Piero Perlingieri ensinava: “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional” (PERLINGIERI, Piero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6).

14 Nesse sentido, confira-se: IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979, passim; e GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de direito comparado luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 1-9, jul. 1988.

Dessa forma, com o tempo, a *Constituição foi substituindo o Código Civil*, convertendo-se na norma jurídica mais relevante do ordenamento, com o *papel de costurar e conferir unidade e harmonia axiológica à ordem jurídica*.

2.4 As causas do fenômeno da constitucionalização do Direito

O fenômeno da constitucionalização do Direito teve causas variadas.

Uma dessas causas foi a *ampliação das tarefas das Constituições*. Isso, pois a partir do advento do Estado Social, as Constituições deixaram de tratar apenas da organização do Estado e da garantia de direitos individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como a economia, a família, o meio ambiente etc¹⁵.

É possível dizer, assim, que as Constituições contemporâneas são hipertrofiadas em seus desígnios normativos – na expressão de Canotilho¹⁶, são Constituições dirigentes; na visão de Raul Machado Horta¹⁷, Constituições expansivas.

A segunda causa do fenômeno da constitucionalização do Direito foi a sedimentação da ideia, já trazida à baila nesta apresentação, de que *a Constituição é norma jurídica e não mera proclamação política*, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional¹⁸.

Por fim, uma terceira causa geralmente apontada pela doutrina diz respeito ao surgimento de *uma cultura jurídica que passou a valorizar cada vez mais os princípios*, enxergando-os não apenas como mecanismos para integração de lacunas, mas, sim, como normas jurídicas revestidas

15 IRTI, op. cit.; GOMES, op. cit.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, passim.

Vale anotar, no entanto, que, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, posteriormente Canotilho reviu sua posição e passou a defender ideia de *Constituição aberta*, que funcionaria como uma “ordem-quadro”, e não como um código constitucional exaustivamente regulador (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

17 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 177.

18 Nesse sentido, vale conferir: HESSE, op. cit.; ENTERRÍA, op. cit.; e STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 214.

de grande importância sistêmica, com aptidão para incidir diretamente nos casos concretos e dirigir a interpretação de regras mais específicas¹⁹.

2.5 Os modos de manifestação da constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de “constitucionalização-inclusão” e de “constitucionalização-releitura” – ou, na terminologia de Louis Favoreau, respectivamente, “constitucionalização-elevação” e “constitucionalização-transformação”²⁰.

A *constitucionalização-inclusão* consiste no tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados. Na Constituição de 1988 este é um fenômeno generalizado, tendo em vista a inserção no texto constitucional de uma enorme variedade de assuntos – alguns deles desprovidos de maior relevância.

Já a *constitucionalização-releitura* se liga à infiltração dos valores constitucionais em todo o ordenamento. Trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma *eficácia irradiante*, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica.

Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, são postos em uma *filtragem constitucional*, isto é, passam a ser interpretados a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e em suas aplicações concretas²¹.

19 Nesse sentido, vale conferir: FIGUEROA, Alfonso Jaime García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 165-166.

20 Sobre o tema, confira-se: FAVOREU, Louis. La constitutionalization du droit. In: DECOQ, André *et al.* *L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996, p. 37; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 710.

21 SCHIER, op. cit., p. 104.

Uma das primeiras expressões da *eficácia irradiante dos princípios constitucionais* sobre a totalidade do ordenamento jurídico foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, considerado um marco no constitucionalismo germânico.

Tratava-se de discussão relativa à legalidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950.

A produtora e a distribuidora do filme se insurgiram contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”.

Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional para o Tribunal Constitucional. A Corte acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, devem ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais – como a liberdade de expressão –, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo.

Assim, naquele importante julgado, assentou-se que as cláusulas gerais do Direito Privado devem ser interpretadas de acordo com a ordem de valores contida na Constituição, em verdadeira *filtragem constitucional*.

2.6 Constitucionalização do direito material

2.6.1 Direito Civil

No Brasil, igualmente, a constitucionalização tem provocado a releitura dos institutos mais importantes e tradicionais do Direito Civil,

como a propriedade, a posse, o contrato, a família etc., de modo a torná-los compatíveis com os valores humanitários da Constituição²².

A rigor, se bem olharmos as coisas, no Brasil, os primeiros passos no reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil devem ser creditados aos civilistas e não aos constitucionalistas, que só se interessaram pelo tema posteriormente.

Trata-se de um fenômeno incomum no Direito Comparado, em que, de um modo geral, os civilistas mantiveram-se refratários a uma influência maior da Constituição sobre os domínios da sua disciplina, preocupados, talvez, com a manutenção da “integridade” dos seus institutos tradicionais.

De todo modo, as consequências desse novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil envolvem o reconhecimento da chamada “*eficácia horizontal*” direta dos direitos fundamentais²³. Ou seja, na aceitação de que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sem a necessidade da intervenção legislativa mediadora (vide RE 201.819/RJ²⁴ – Caso da União Brasileira de Compositores).

A nova ótica se traduz, ainda, nas tendências à *repersonalização* e à *despatrimonialização* deste ramo do ordenamento. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no âmbito jurídico-privado²⁵.

22 Formou-se no país escola de “Direito Civil-Constitucional”, capitaneada por autores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Edson Fachin, que têm se dedicado à tarefa de revisitar a dogmática civilista a partir da ótica constitucional.

23 Vale ver, por todos: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, passim; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 129-173.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201819/RJ*. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 16 mai. 2024.

25 SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57.

2.6.2 Direito Administrativo

No Direito Administrativo, a constitucionalização tem provocado mudanças igualmente importantes em conceitos e institutos fundamentais²⁶.

A ideia, antes sagrada, da *impossibilidade da impugnação judicial do mérito do ato administrativo*, vem cedendo espaço para o controle calcado em princípios, como a proporcionalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência²⁷.

A *noção de supremacia do interesse público sobre o particular* também tem perdido terreno, diante da valorização dos direitos fundamentais, concebidos como “trunfos” em face de interesses eventualmente majoritários²⁸.

O próprio *princípio da legalidade administrativa*, segundo o qual o Estado só pode agir quando autorizado por lei, tem sido repensado em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição. Afinal, se as normas constitucionais são, em regra, diretamente aplicáveis, independentemente de mediação legislativa, não faz muito sentido exigir que a Administração se abstenha de agir sob o pretexto da inércia do legislador²⁹.

2.6.3 Direito Penal

No âmbito do Direito Penal, a constitucionalização tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas punitivas, bem como sobre a produção legislativa na matéria.

Primeiro, pois há previsão de um amplo catálogo de garantias no art. 5º da Constituição.

26 Nesse sentido, amplamente, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, passim.

27 *Ibidem*, p. 39-42.

28 Destaque-se a seguinte obra coletiva: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

29 CYRINO, André. *Delegações legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, passim.

Segundo, porque o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas (ex.: o racismo, a tortura etc.), assim como impede a criminalização de outras (ex.: as imunidades parlamentares).

Terceiro, a carga normativa e axiológica da Constituição impõe a própria filtragem das normas penais antes existentes, desaguando na própria inconstitucionalidade (abstrata ou concreta) de algumas figuras típicas legalmente previstas³⁰.

2.6.4 Outros ramos

Em rigor, as ideias gerais apresentadas para os ramos de direito material acima destacados são válidas para todos os outros ramos, aí incluídos o Direito do Trabalho, o Direito Comercial, o Direito Ambiental, o Direito Tributário e assim por diante.

2.7 Constitucionalização do processo

Também no âmbito do Direito Processual é muito comum a afirmação de que este ramo se constitucionalizou³¹. Com isso, quer-se afirmar que, muito além de um mero reforço externo à “reserva legislativa”, a imersão do Direito Processual (Civil, Penal, Trabalhista etc.) nos paradigmas constitucionais busca consagrar um verdadeiro *modelo constitucional de processo*, no qual se imponha ao processo – e à sua disciplina – condições mínimas de juridicidade e legitimidade democrática³².

Nessa quadra, as relações entre processo e Constituição são pautadas em recíprocas implicações, na medida em que se deve proceder ao preenchimento axiológico dos espaços deixados pelo abstracionismo de matiz pandectista, preenchendo-os com os valores constitucionais³³.

30 Vale conferir, sobre a questão, o seguinte trabalho: BARROSO, op. cit.

31 Já tivemos a oportunidade de enfrentar *en passant* a questão no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1007, ano 108, p. 281-306, set. 2019, p. 283-285.

32 Nesse sentido, confira-se: COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: *STUDI in onore di Luigi Montesano*. Padova: CEDAM, 1997, v. II, p. 92.

33 Já tivemos a oportunidade de enfrentar *en passant* a questão no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de, op. cit., p. 283-285.

O estudo do processo passa a se guiar pelas garantias constitucionais; pela equação entre processo e Constituição, na perspectiva dos direitos fundamentais; pela limitação ao poder arbitrário do Estado; pela adoção de uma metodologia interpretativa e concretizadora dos direitos fundamentais; e pela assunção de um corte racional-democrático de cariz cooperativo e participativo dentro do processo³⁴.

2.8 Críticas ao fenômeno da constitucionalização do Direito

Sem embargo, de tudo o que foi dito até então, os excessos na constitucionalização do Direito são alvos de críticas importantes.

No que tange à *constitucionalização-inclusão*, pode-se questionar a legitimidade democrática do *entrenchamento constitucional* de decisões políticas conjunturais ou de interesses corporativos que conseguiram

34 A respeito do modelo constitucional de processo e sua configuração, vale consultar: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, passim; Idem. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 199-225, passim; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, passim; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-47; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-40; ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 8-9, 47; CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, passim, dentre outros tantos autores.

Nesse mesmo sentido, o direito comparado é rico em lições: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: Giappichelli, 1990, passim; COMOGLIO, op. cit., p. 92; CAPPELLETTI, Mauro. **Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile**. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 339-386; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 148-161; GUINCHARD, Serge. **Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile**. In: **LE JUGE entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Drat**. Paris: Dalloz, 2000, p. 355-368; CADIET, Loïc. **La légalité procédurale en matière civile**. **Revista de Processo**, Brasília, v. 33, n. 161, p. 62-100, 2008; PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 17-38; FAVELA, José Ovalle. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. Ciudad de Mexico: Oxford University Press Mexico, 2007, p. 209-244, dentre outros.

prevalecer na arena constituinte³⁵. Afinal, trata-se de restrições às deliberações da política majoritária, muitas vezes moralmente injustificáveis.

Mais ainda, uma consequência prática indesejável deste fenômeno é o aumento da frequência das emendas constitucionais³⁶. Pois se a Constituição trata de tantos assuntos, é natural que a cada mudança no equilíbrio das forças políticas, ou a cada alteração social mais significativa, haja necessidade de se emendar a Constituição.

Por outro lado, esta “banalização” constitucional gera outro efeito colateral pernicioso³⁷. Ela equipara temas tipicamente constitucionais, cujo tratamento deve realmente demandar um processo de deliberação mais complexo, com outros sem a mesma estatura, que deveriam ser decididos na esfera da política ordinária³⁸.

Com isso, passa-se a exigir, para a simples implementação de programas de governo referendados nas eleições, o apoio de 3/5 dos integrantes de cada casa do Congresso. Tal dificuldade, muitas vezes, é equacionada da pior maneira possível, com barganhas não republicanas envolvendo o governo e parlamentares.

No que concerne à *constitucionalização-releitura*, é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, restringir a *liberdade de conformação do legislador* em nome da irradiação dos valores constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande “agente” dessa irradiação é o juiz, que não é eleito³⁹.

35 COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, v. 65, p. 95-135, mai./ago. 2005, *passim*.

36 MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. *In*: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, Humanitas, 2007, p. 237-265; ANCKAR, Dag. Constitutional Amendment – The Proposal Stage. *Beijing Law Review*, Pequim, v. 8, n. 1, pp. 41-54, 2017.

37 Para uma rica análise sobre a constitucionalização simbólica, que tende a desaguar na banalização da matéria constitucional, vale conferir: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, *passim*.

38 Já apontamos essa crítica no seguinte trabalho: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Reforma da Previdência e desconstitucionalização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 91/92, p. 3-16, jan./dez. 2020, p. 6 e 7.

39 Oferecendo uma resposta a essa crítica, veja-se: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491-520; e BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 47-120.

Ademais, o *elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de “filtragem constitucional”* agrava esse problema. Isso porque, para a concretização de normas constitucionais dúcteis, serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como ponderações e “interpretações construtivas”, nos quais o julgador terá participação mais ativa – e muitas vezes voluntarista – na definição do resultado⁴⁰.

De qualquer forma, aqui, dois registros são imprescindíveis.

Primeiro, não se deve supor que seja possível extrair da Constituição, pela via hermenêutica, as respostas para todos os problemas jurídicos e sociais existentes.

Quem defende que tudo (ou quase tudo) já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas.

Se é verdade que constituições expansivas, como a brasileira, vão muito além de apenas estabelecer as “regras do jogo”, não é menos certo que um espaço mínimo para o jogo político deve ser preservado da avidez da jurisdição constitucional.

Dessa forma, o excesso de constitucionalização do Direito – a anabólica hipertrofia constitucional – pode ser algo antidemocrático.

Segundo, é fundamental que haja racionalidade e transparência na atuação jurisdicional que produz a irradiação dos princípios constitucionais.

As decisões judiciais devem ser racionalmente justificadas, de forma a demonstrar não só às partes do litígio, mas também ao público em geral, que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso⁴¹.

40 Analisando essa questão pelo ângulo do ativismo judicial: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453-459.

41 PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice: essai de synthèse. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1978, p. 413-426.

Quanto mais uma decisão envolver alguma margem de valoração do intérprete, maior deve ser o cuidado empregado na fundamentação. Em outros termos: *quão mais dúctil for a norma constitucional aplicada ao caso, maior o ônus argumentativo do julgador.*

Podemos, derradeiramente, dizer que a constitucionalização do Direito, é, no geral, um fenômeno positivo, que semeia por todo o ordenamento os valores emancipatórios contidos na Constituição. Porém, ela deve respeitar espaços mínimos de liberdade de conformação do legislador, derivados do princípio democrático, e ser realizada com rigor metodológico, tendo-se sempre presente a exigência de justificação pública das decisões judiciais.

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, trata-se de fato incontestável que os princípios, as regras e os valores da Constituição estão mudando a fisionomia do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, o reconhecimento da normatividade da Constituição e de sua superioridade (formal, material e sistêmica) exige o ajustamento de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional.

E há de ficar claro: a constitucionalização do Direito não significa tão-somente a colocação do texto constitucional no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Na verdade, ela é um processo dinâmico-interpretativo de releitura (ou melhor, transformação) do ordenamento jurídico, que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, numa verdadeira filtragem sistêmico-axiológica pela Constituição.

Esse processo, no entanto, não se dá sem riscos de erosão constitucional e deslegitimidade simbólica do texto maior, razão pela qual, seja na academia, seja na prática, a ideia de constitucionalização do Direito deve ser trabalhada com inteligência crítica, a fim de que não faça do remédio o veneno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANCKAR, Dag. Constitutional Amendment – The Proposal Stage. *Beijing Law Review*, Pequim, v. 8, n. 1, pp. 41-54, 2017.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Torino: Giapichelli, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CADIET, Loïc. La légalité procedurale en matière civile. *Revista de Processo*, Brasília, v. 33, n. 161, p. 62-100, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile. *In: CAPPELLETTI, Mauro. Giustizia e società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 339-386.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *In: STUDI in onore di Luigi Montesano*. Padova: CEDAM, 1997, v. II. p. 92.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 65, p. 95-135, mai./ago. 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1984.

FAVOREU, Louis. La constitutionalization du droit. *In: DECOCQ, André et al. L'unité du droit: mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996. p. 37.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEROA, Alfonso Jaime García. La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. *In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de direito comparado luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano IV, n. 7, p. 1-9, jul. 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUINCHARD, Serge. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile. *In: LE JUGE entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Drai*. Paris: Dalloz, 2000. p. 355-368.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. *In*: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (org.). **A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: UFMG, Humanitas, 2007. p. 237-265.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-15.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 108, v. 1007, ano 108, p. 281-306, set. 2019.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Reforma da Previdência e desconstitucionalização. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 91/92, p. 3-16, jan.-dez. 2020.
- OVALLE FAVELA, José. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. Ciudad de Mexico: Oxford University Press Mexico, 2007.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-192.
- PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice: essai de synthèse. *In*: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1978. p. 413-426.
- PERLINGIERI, Piero. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *In*: SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-100.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. 9. ed. Napoli: CEDEJ, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129-173.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b. p. 167-205.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 710.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-22.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199-225.