PRIMERA PARTE

Direito do Estado e Teoria do Direito

DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO ORDINÁRIO, DIREITO JUDICIÁRIO

Cezar Saldanha Souza Junior

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO

O direito posto em um Estado assume a forma de **ordenamento jurídico**. Como escreveu BOBBIO, “as normas jurídicas não existem isoladamente, mas em um contexto de normas, com relações peculiares entre si”.¹ Esse caráter do direito positivo é tão marcante que entre os sentidos comunicados pelo termo *direito* está, em primeiro lugar, o de ordenamento jurídico, como nas expressões *direito brasileiro* ou *direito argentino*.² Sob esse ângulo, *direito* e *ordenamento jurídico* são sinônimos.

Ainda segundo BOBBIO, o conceito de ordenamento jurídico denota algumas notas características. O ordenamento jurídico é: (a) unitário (forma *um* conjunto, uma *unidade*); (b) escalonado (as normas que o formam vêm dispostas em uma *hierarquia*, em planos de poderes e de deveres); (c) coerente (as normas jurídicas requerem *harmonia*, daí os critérios imaginados para resolver aparentes antinomias); e (d) completo (por dispor de meios para suprir eventuais lacunas).³ Em razão desse feixe de atributos, a doutrina construiu, de longa data, a noção de sistema jurídico.

---

¹ BOBBIO, Norberto, *A Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, UnB, 6ª. Ed., p. 19.

² Id., ib. .

³ Conferir op. cit., *passim*.

2. A INTUIÇÃO DE GEORG JELLINEK

Foi no seio da cultura alemã que a ciência do direito elaborou a mais consistente teoria do ordenamento jurídico.

A intuição básica vem de GEORG JELLINEK, quando distinguiu duas funções jurídicas do Estado. Ou o Estado estabelece regras abstratas que, como tais, não regulam de modo imediato a realidade (mas exige uma atividade própria, motivada por essas regras abstratas, para realizar os fatos objetivos correspondentes). Ou o Estado atua de um modo imediato e direto quanto aos problemas que a ele competem (claro está, em conformidade com as normas abstratas e dentro dos limites que elas lhe impõem). Daí segue que, segundo JELLINEK (*Teoria Geral do Estado*, Capítulo 18), o ordenamento jurídico apresenta dois degraus: (a) o das *normas abstratas*; e (b) o das *normas individualizadas*⁴.

Entretanto, no Capítulo 8º, JELLINEK deixara entrever a existência de uma terceira instância, “reguladora da atividade política do Estado”, superior àquelas duas, e por ele adjetivada de “última”, ou dos “fins supremos”, envolvendo um “juízo de valor teleológico”. Tais “fins supremos” (...) “não afirmam o que haverá de suceder, mas aquilo que não há de ser feito”. Cumprem uma “força reguladora negativa”. Acrescenta que “essa influência *negativa* tem sido historicamente de um grande valor e continuará sendo politicamente no futuro”. E remata: “toda nossa cultura moderna descansa sobre a afirmação de que os poderes do Estado têm um limite e de que nós não estamos submetidos, como escravos, ao poder ilimitado do Estado.”⁵

3. HANS KELSEN E A ESTRUTURA PIRAMIDAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Coube, porém, a Kelsen —como universalmente reconhecido— dar contornos rigorosos à teoria do escalonamento piramidal do ordenamento jurídico.⁶

KELSEN, porém, afastou completamente o *caminho teleológico* (que JELLINEK tentara abrir com sua visão dos fins do Estado). Voltou-se, exclusivamente, a um *caminho lógico*. Ou seja: o ordenamento jurídico em KELSEN é uma estrutura estritamente lógica, composta de três níveis hierárquicos⁷:

(a) um **grau superior ou fundamental** do ordenamento jurídico, correspondendo às normas do topo da pirâmide, criadas pelo poder constituinte e que formam a Constituição do Estado;

⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires, Albatroz, 1971, Cap. XVIII, p. 462.

⁵ Id., ib., Cap. VIII, p. 177 e 178.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1969, pp. 147-161. Ver o depoimento de BOBBIO, op. cit., p. 49.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 5ª ed., 1979, pp. 309-327.

(b) um **grau primário** ou legislativo, das normas gerais, criadas pelos órgãos autorizados pela Constituição a elaborar as leis, e que na Constituição têm seu fundamento de validade, condicionando, por sua vez, nesse nível intermediário, as normas da base do ordenamento; e

(c) o **grau secundário**, composto das normas individuais criadas em nível concreto, via processo judicial (decisões judiciais) e via procedimentos administrativos (resoluções administrativas), com seu fundamento nas normas de nível primário.

A classificação tradicional das funções jurídicas do Estado, desenvolvida desde o século XVIII, centra-se na contraposição dos conceitos de *legislação* (função de criação de direito ou função legislativa) e de *execução* (função executiva e função judiciária), como se essas pudessem ser separadas entre si e sobre um plano horizontal de paridade. Kelsen revolucionou os termos de tal equação, minimizando a importância da separação entre *legislação* (criação de normas) e *execução* (em sentido lato). Essa distinção apenas indicaria a **posição** que as normas ‘gerais’ (leis) e as normas ‘individuais’ (sentenças e atos administrativos) ocupam na *dinâmica* do ordenamento.

Assim, para Kelsen, todas as normas de um ordenamento são, ao mesmo tempo, normas de *criação* e normas de *execução* do direito. Um ato criador de direito novo (uma lei, por exemplo) está, ao mesmo tempo, sempre e necessariamente, executando a norma hierarquicamente superior, na qual se fundamenta seu poder de criação. Excluem-se dessa conjugação entre *criação* e *execução* somente dois casos limites: (a) *no topo* mais elevado da pirâmide, a norma *criadora* da primeira Constituição, que é apenas norma de criação de direito, pois ela não se fundamenta em nenhuma norma jurídica anterior (mas apenas no pressuposto racional hipotético e fundamental de que *a ordem deve ser obedecida*); e (b) *na base*, a execução de uma norma-sanção, em um caso concreto, é apenas um ato de execução, pois se traduz em simples obediência ao direito, sem criar nenhuma norma jurídica que lhe seja inferior.⁸

Essa visão de Kelsen veio a se tornar clássica no mundo cultural romano-germânico. Essa doutrina fundou, nas primeiras décadas do século XX (com a constituição de Weimar), o direito constitucional efetivamente *jurídico*, ou seja, um verdadeiro direito — na verdade o direito fundamental — hierarquicamente superior ao restante das normas jurídicas do ordenamento. Não esqueçamos que até o primeiro pós-guerra, com a exceção dos Estados Unidos e dos países seguidores, o direito da Constituição era um direito político, ou seja, sem natureza ou eficácia jurídica próprias.

O próprio Kelsen completaria essa revolução, erigindo uma teoria e uma técnica de controle de constitucionalidade adequadas à cultura romano-germânica.

---

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 146-155.

4. O ORDENAMENTO JURÍDICO SOB UM OLHAR TELEOLÓGICO

Nunca será demais realçar a importância do pensamento e das construções institucionais de Kelsen para o direito constitucional contemporâneo. Ele está para o Estado Social contemporâneo como Montesquieu para o Estado Liberal Clássico. Isso, porém, não nos impede de apontar os limites de sua concepção. O principal deles foi o de reduzir o ordenamento jurídico a uma estrutura exclusivamente lógica, vedando qualquer abertura ao plano teleológico ou finalístico.

Ensinavam os clássicos que o direito está, como a ética e a política, no domínio da razão prática. Os seres humanos, vivendo em sociedade, são capazes de contemplar os fins últimos da convivência (o *telos*), a partir do ponto de inserção social em que cada um se encontra. Dessa contemplação, cada qual vê o *telos* de sua perspectiva, como lhe parece (o bem aparente). Essas visões diferenciadas articulam-se em formas diferentes de interpretação (*arché*), a serem confrontadas umas com as outras no denominado *processo deliberativo*, que deve ser o mais aberto e plural possível, via instituições adequadas. O pano de fundo das interpretações e do processo deliberativo há de ser a realidade concreta. A deliberação emerge do diálogo entre o *telos*, suas diversas interpretações, bem assim a realidade dos fatos. Da deliberação resultam as decisões, traduzidas, afinal, em ações concretas.⁹

A razão prática opera, assim, por um silogismo prático em que a premissa 'maior' é o bem ou o fim contemplado, sujeito às interpretações do bem aparente; a premissa 'menor' está nas situações de fato; a conclusão vem a ser a decisão e a ação.¹⁰

O ordenamento jurídico pode e deve ser olhado teleologicamente. Em nível mais elevado e abstrato estão os valores jurídicos, o verdadeiro *telos* do direito, o direito enquanto valores fundamentais do convívio sócio-político. Em nível intermediário dá-se o processo deliberativo: a sociedade, mediante instituições políticas, inspirada nos valores jurídicos fundamentais, interpretados segundo linhas ideológicas historicamente situadas, extrai, dialogalmente, frente às situações concretas da vida, decisões que fixam normas gerais que haverão de regular o convívio na *polis*. Em nível concreto, os operadores do direito, mormente a administração e o judiciário, agem concretamente na sociedade, prestando serviços e resolvendo conflitos.

A evolução político-jurídica do Ocidente chega ao século XXI reconhecendo uma estrutura funcional de ordenamento jurídico em que podemos divisar três níveis de direito positivo: 1º) o **nível fundamental** que, além de estabelecer o quadro da organização política básica do Estado, contempla os valores jurídicos superiores, boa parte deles formulados como direitos ditos fundamentais, o nível do direito constitucional; 2º) o **nível intermediário**

⁹ Uma boa descrição de como opera a razão prática em Aristóteles está em Alasdair MacIntyre, *Justiça de quem? Qual Racionalidade?* São Paulo, Loyola, 1991, Cap. VII, pp. 139-160.

¹⁰ MacIntyre, op. cit., p. 155.

onde está o direito ordinário, seja ele público ou privado, vale dizer, o conjunto de todas as normas gerais que, frente à realidade, procuram operacionalizar os valores e os direitos fundamentais essenciais ao convívio interpessoal; e 3º) o **nível concreto**, o direito realizado, nos fatos da vida, pelos administradores e pelos juízes, cujo segmento mais importante poderíamos denominar de direito judiciário.

5. ENTRE A LÓGICA E A TELEOLOGIA

O olhar lógico e o olhar teleológico do ordenamento jurídico não se contrapõem; antes, complementam-se. Ambos confluem naqueles três planos sucessivos, que, em correntes ascendente e descendente, sobem e descem do geral e mais abstrato, ao particular e mais concreto.

Diferenciam-se em que, na **perspectiva lógica**, o ordenamento sugere a rigidez e o peso do método dedutivo. Ou seja, o ordenamento seria uma cadeia de comando, dotada de força imperativa, a descer de cima para baixo, enquadrando e conformando os níveis que somos tentados a considerar “inferiores” do ordenamento. A tentação aí estaria numa certa “idolatria” ao direito constitucional. Já na **perspectiva teleológica** prevalece a idéia de plasticidade do ordenamento. É da realidade, da essência mais profunda da vida social, que brotam os grandes valores jurídicos. A mediação entre a realidade e os valores — feita no plano das ideologias, da deliberação, do diálogo — revela então toda a sua importância. A tentação passa, então, a ser a “idolatria” do empírico, do ideológico, do direito judiciário.

Uma visão equilibrada e realista do ordenamento jurídico há de procurar conciliar, numa unidade, as duas perspectivas, atenta ao contínuo evoluir do espírito, empurrado pelo incessante fluir da realidade. Dessa confluência de perspectivas, muitas questões difíceis com as quais hoje se confrontam os juristas podem vir a ser resolvidas, especialmente aquela das relações entre o direito constitucional, o direito ordinário e o direito judiciário.

6. O DEBATE ATUAL: O AVANÇO DE UMEQUÍVOCO E SUA CRÍTICA

As relações entre direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário vêm ganhando, assim, importância capital. A questão começou a ser ventilada, no estágio atual da teoria do direito, na Alemanha, com muito equilíbrio. Em 1984, veio à luz ensaio pioneiro de C.-W. CANARIS, focado sobre os direitos fundamentais.¹¹ O tema, com um escopo mais geral, foi enfrentado por K. HESSE em 1988.¹²

¹¹ O ensaio tem o título de *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (publicado em *Archiv für civilistische Praxis*, n. 184, 1984, pp. 202 e ss.). O tema, atualizado e ampliado por CANARIS, está traduzido para o português, em obra do mesmo título, editado em Coimbra, pela Almedina, em 2003.

¹² HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Ed. Civitas, 1995, 88 pp..

No Brasil dois fatores vão acender e alimentar a discussão: 1º) A Constituição de 1988 estendeu sua matéria normativa, inclusive sobre o direito privado, como o atesta o capítulo sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso; e 2º) O novo Código Civil abriu ainda mais o sistema jurídico brasileiro a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados.¹³ Essas preocupações não têm escapado dos juristas argentinos.¹⁴

Nesse debate, do pluralismo saudável dos posicionamentos, vem se articulando uma corrente a nosso ver equivocada e —como veremos a seguir— desbordante do Estado democrático de Direito. Referimo-nos à opinião que propaga, sem devidas cautelas e necessárias ressalvas, a “constitucionalização (direta e imediata) do direito ordinário”, inclusive, do direito privado. Nessa visão, entre direito constitucional e direito ordinário não haveria distinções de funções, nem, pois, de âmbitos de legítima autonomia. Para esse “novo constitucionalismo” **não** caberiam limites à intervenção das normas constantes do texto constitucional (máxime as que contemplam princípios) relativamente aos demais subsistemas de normas existentes no ordenamento.

Essa corrente parte da distinção *topográfica* entre as normas inseridas no texto constitucional e as demais normas esparramadas nos textos legislativos ordinários. E, firmada essa distinção, determina uma submissão completa, **direta e imediata**, do direito ordinário àquilo que os seus propagadores entendem dever ser considerado *direito constitucional*. Essa corrente bem poderia ser denominada de *totalitarismo jurídico*, ou de *colonialismo do direito constitucional* sobre os demais ramos do direito.

Falta totalmente a essa corrente uma visão integrada do ordenamento jurídico, capaz de contemplar a unidade superior que conjuga pelo menos três instâncias (direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário), com funções lógicas e teleológicas distintas e complementares, dignas do devido respeito, num tecido de relações recíprocas ascendentes e descendentes. **Falta totalmente** a essa corrente a compreensão de que o fundamento do direito (a dignidade da pessoa humana, com todos os seus valores) **não foi** pendurado por uma vontade política constituinte no ápice da pirâmide jurídica, para de lá ditar seus comandos. O fundamento do direito está, isso sim, nos alicerces do ordenamento, ou seja, na realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária. Daí vai subindo, em instâncias críticas e de diálogo, pela via do direito legislado, até a cúpula do ordenamento, de onde, enriquecida e descortinando o todo, pode realimentar o diálogo circular hermenêutico, que recomeça nas bases do ordenamento.

¹³ Destacamos, exemplificativamente, Ingo W. SARLET (Org.), *A Constituição Concretizada*, P. Alegre, Livraria do Advogado, 2002; Gustavo TEPEDINO (Org.), *Problemas de Direito Civil Constitucional*, RJ, Renovar, 2000, 577 pp.; Judith MARTINS-COSTA, *A Reconstrução do Direito Privado – Reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*, SP, RT, 2000.

¹⁴ Cf. Carlos A. MAYÓN, *Bases Constitucionales del Derecho Civil*, La Plata, Ed. Lex, 2001, 352 pp..

7. FATOR INSTITUCIONAL DO EQUÍVOCO

Dentro de um quadro causal plural e complexo, há, a nosso ver, um fator institucional que muito favorece, no Brasil, o avanço do totalitarismo constitucional. No nível político, a fusão dos três níveis das funções políticas (Estado, Governo e Administração), no órgão unipessoal do denominado *poder executivo*. E, no âmbito do direito — o objeto deste estudo — a fusão, no mesmo órgão (o poder judiciário), da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional (monismo jurisdicional).¹⁵

O monismo jurisdicional, combinado com a mentalidade constitucional totalitária, tende a produzir uma concentração de poderes no poder judiciário ordinário, já bastante estudada em direito comparado.¹⁶

Passaremos a aprofundar três pontos que mostram a essencialidade, para o Estado democrático de direito, de uma adequada relação entre os três planos do ordenamento jurídico.

8. ESTADO DE DIREITO, VALORES E IDEOLOGIAS

O Estado de Direito emerge do segundo pós-guerra sobre um quadro mínimo e básico de valores, decorrentes todos da dignidade única e preeminente da natureza humana. Ei-los: a *liberdade* (primeiro deles), que se ajusta à *igualdade* pela *justiça*, perdura no tempo com a *segurança* e implica um equilíbrio entre *ordem* e *progresso*.

Lembremos, desde logo, que os valores nascem da realidade fática profunda da dignidade humana e, descobertos e trabalhados pela razão, assumem uma dimensão metafísica (geral, abstrata e universal). Para serem re-concretizados nos fatos, pelo direito, têm de passar, necessariamente, por um processo de mediação. Ao cruzarem a fronteira entre os planos, os valores deixam de ser *valores* (gerais, abstratos e universais) e inevitavelmente contaminam-se dos interesses e das ideologias que envolvem a vida humana concreta. Ou seja: os valores enquanto valores só existem no plano fundamental do ordenamento jurídico. Toda concretização, seja no plano intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos,

---

¹⁵ Como mostramos em outro lugar (A Supremacia do direito, P. Alegre, 2002), somente no *common law* podem ser fundidas sem problemas as duas jurisdições (a ordinária e a constitucional), pois naquela cultura há uma separação histórico-sociológica entre direito ou *jurisdictio* (a cargo dos juizes) e política ou *gubernaculum* (a cargo do Congresso e do Parlamento). (Sobre a distinção entre *jurisdictio* e *gubernaculum* Charles MCILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Moderns*, London, Cornell UP, 1940). Em cultura romano-germânica, a primeira fonte do direito é a lei (cabe ao poder legislativo a competência jurídica de nível primário), de modo que a atribuição ao Judiciário, além da jurisdição legislativa ordinária, a da jurisdição constitucional, imbrica no sistema jurídico uma contradição, um conflito invencível.

¹⁶ Ver Karl LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970. pp. 310 e ss..

envolve, ainda que em grau mínimo, uma ideologização.¹⁷ Por isso JELLINEK¹⁸ ensinava que os valores da Constituição não nos servem para dizer o que fazer: essa tarefa direta e imediata é ideologizante e, pois, requer necessariamente órgãos políticos de legiferação; a função dos valores é de *controle* (ou seja, indireta e mediata), supondo a preexistência de uma legislação a ser examinada, a ser corrigida, a ser “julgada”.

Essa, a primeira e grande razão para a preservação da autonomia (legítima, equilibrada e moderada) entre as funções de direito constitucional e as de direito ordinário. Sem o respeito àquelas exigências da razão prática e da realidade, o direito constitucional deixaria de ser um direito de valores para ser um direito de ideologias e de ideologias da pior espécie: daquelas que se disfarçam sob a pele de valores.

Para garantir a transcendência do plano constitucional dos valores, todos os países de tradição romano-germânica na Europa, sem exceção, instituam uma jurisdição constitucional distinta da jurisdição ordinária. Não foi, pois, por acaso que o constitucionalismo de valores do segundo pós-guerra trouxe com ele o denominado Tribunal Constitucional como poder autônomo do Estado.¹⁹ A separação das duas Justiças passou a ser um dos arranjos essenciais do Estado democrático de Direito.

9. ESTADO DE DIREITO E A INSTÂNCIA DE SOBREDIREITO

A descoberta do direito em concreto e o aprimoramento constante das instituições requerem um permanente diálogo entre realidade, direito legislado e direito enquanto expressão dos valores humanos mais elevados. No Ocidente, da baixa Idade Média até o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, o cultivo do direito justinianeu pelos professores da Universidade, operava como esse verdadeiro *sobredireito*. Tal função crítica dialógica do direito codificado era cumprida formalmente dentro do próprio direito civil. A autonomia dos comentadores e dos professores foi sempre apreciada e estimulada como essencial ao progresso do direito na direção da realização de uma justiça melhor, mais próxima do ideal.

O direito constitucional, surgindo no Séc. XVIII, passou a atrair, para sua esfera, progressivamente, a função de *sobredireito*, num primeiro momento sob color de “irradiação” da liberdade no plano do direito ordinário (inclusive no direito privado). Depois, no segundo pós-guerra, a Constituição, ao abraçar, além da liberdade, uma constelação de valores, franqueou um campo riquíssimo ao *sobredireito*, o qual só é *sobredireito* na medida em que respeita e preserva o direito legislado. É nele que o *sobredireito* encontra o interlocutor válido para cumprir sua função e para realizar, de forma mais elaborada, a Justiça. A absorção do direito ordinário pelo direito constitucional, com efeito, suprimiria o *sobredireito*, afetando a própria essência do Estado democrático de Direito.

¹⁷ É o que nos ensinam os clássicos da razão prática (v. Alasdair MACINTYRE citado).

¹⁸ Op. cit., pp. cit..

¹⁹ Cf. do Autor *O Tribunal Constitucional como Poder* (S.Paulo, Memória Jurídica, 2002).

10. ESTADO DE DIREITO E A SUBSIDIARIEDADE DE NÍVEIS DO ORDENAMENTO

Nas sociedades políticas mais antigas, de extensão territorial reduzida, o chefe único, que acumulava poderes “jurídicos” e cuidava da ordem social, exercia, antes de tudo, a composição e o julgamento dos conflitos. Esforçava-se por progressivamente substituir as práticas desagregadoras da vingança privada. Assim, a primeira função juspolítica dominante a se organizar em torno do poder parece ter sido a **judicial**.²⁰

Com a evolução e a complexificação crescentes da vida social, os juízes sozinhos não podiam mais atender adequadamente a necessidade generalizada de orientação das condutas na comunidade. Só então aparece a aspiração social e política por pautas objetivas para dirigir o comportamento social, na direção do bem comum. Surgia assim o **legislador**, atuando sobre o direito em um nível de abstração e de generalidade mais elevados, com as primeiras leis escritas. O progresso trouxe não somente a sofisticação dos juizados individuais e coletivos (os tribunais), mas principalmente a modernização das tarefas e dos instrumentos legiferantes.

Proseguindo a trilha evolutiva, as necessidades de limitar os poderes juspolíticos e de garantir a liberdade dos membros da comunidade, conduziram a sociedade —no início pela via revolucionária— à descoberta do poder constituinte e à adoção de Constituições escritas. A consciência jurídica, então, avançou ainda mais, passando a demandar a fiscalização da obra do legislador. Criaram-se, então, técnicas de controle de constitucionalidade das leis, culminando, na segunda metade do século XX, na Europa Continental, com a instituição de um novo poder político, o Tribunal Constitucional, formado de **juízes constitucionais**.

Dessa linha evolucionária da história institucional das funções jurídicas do Estado podemos extrair dois princípios: (a) o da especialização crescente dos órgãos sociais e políticos; e (b) o da subsidiariedade das funções sociais e políticas. Não é aqui o lugar de aprofundar o princípio de letra (a). Já o princípio de letra (b) nos sugere alguns pontos muito importantes para os objetivos do presente trabalho.

Primeiro: a mais importante das funções jurídicas é a de **juiz**. É, existencialmente, o ponto de partida de toda a atividade jurídica, sem a qual nenhuma das demais poderia operar. É a que está mais próxima do fundamento ontológico do direito, ou seja, a pessoa humana, real e viva, com sua preeminente dignidade ao mesmo tempo individual e social, livre e solidária, corporal e espiritual, dotada de direitos e deveres fundamentais e vocacionada a um mundo de valores superiores que ao direito cabe garantir e promover. É a que vai servir diretamente a pessoa humana necessitada da tutela jurídica, o sujeito primeiro e a finalidade

---

²⁰ As fontes bíblicas nos falam que o governo primitivo dos hebreus foi dos *juízes*. No Ocidente Medieval, o *common law* é anterior à recepção da codificação de Justiniano e sua primeira característica é a de ser um *judge made law*.

última de todo o ordenamento jurídico. O ordenamento assegura à função judicial um espaço próprio de autonomia, inclusive para colmatar lacunas, pela via da *equidade* e dos *princípios gerais do direito*. Em seguida, e na ordem, seguem-lhe, em relevância — pelas mesmas razões — a função legislativa e a função de controle constitucional, respectivamente.

Segundo: cada nível funcional, enquanto as condições sócio-culturais não cobravam especialização, realizava subsidiariamente as tarefas de nível mais abstrato. Assim, no período primevo, o juiz que julgava cumpria, embrionariamente, também, a tarefa de legislador (pelos precedentes gerava normatividade) e, ainda mais, implicitamente, era o controlador dos valores superiores daquele direito rudimentar.

Terceiro: mesmo nos Estados mais evoluídos, a precedência ontológica (primeiro ponto) e a preferência subsidiária (segundo ponto) subsistem e continuam a valer em prol dos níveis mais concretos do ordenamento. Assim, não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores; antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer Justiça no caso concreto. Também não é tanto a legislação que existe para fazer a grandeza ou preservar eficácia das constituições; antes, as constituições é que foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprimindo as defeituosas.

Enfim, as constituições não devem, nem podem, pretender substituir, jugular ou mesmo abafar as legislações, nem estas a juízes realmente juízes. Práticas e doutrinas com tal pretensão seriam verdadeiras monstruosidades totalitárias, a subverter a dignidade humana (o fundamento de todo o direito), e a distorcer os valores fundamentais do ordenamento jurídico (as autênticas aspirações da dignidade humana, finalidades de todo o direito).

11. CONCLUSÃO

Observados os princípios da precedência ontológica e da preferência subsidiária, as relações entre os níveis ou planos do ordenamento jurídico pedem obediência às legítimas autonomias de cada qual e à complementaridade entre eles. É neste quadro de relações que devem ser examinadas as numerosas questões tópicas envolvidas na matéria, como, por exemplo, a tormentosa questão dos efeitos dos direitos fundamentais sobre o direito ordinário em geral e o direito privado em particular.

O presente texto procurou expor, em consonância com as últimas pesquisas do Autor, a doutrina universal, a qual tem procurado guardar fidelidade aos postulados da tradição ocidental do Estado democrático de direito. Essa doutrina, amplamente majoritária na Alemanha, está deduzida no ensinamento abalizado de seus maiores juristas, como E. FORSTHOFF, K. HESSE e C. W. CANARIS.

A Constituição, escrevia o primeiro, não é um supermercado donde se possam satisfazer todos os desejos, nem deve ser transformada em uma massa de argila nas mãos dos ideólogos.²¹ Por sua vez, anotou HESSE, “a Constituição é a ordem jurídica fundamental

da Comunidade. Entretanto, de forma alguma regula tudo, mas somente aspectos singulares — geralmente os particularmente importantes — da vida estatal e social, abandonando o resto da configuração aos poderes estatais por ela constituídos, em particular ao legislador democrático. Por isso, o significado do Direito Constitucional para o direito privado consiste em singulares funções de garantia, orientação e impulso.”²² Mostra HESSE, não só a importância do direito constitucional para o direito ordinário (e o privado em especial), mas o inverso, a importância do direito privado para o direito constitucional. Suas palavras são tão apropriadas, que as escolhemos para encerrar este trabalho:

“Antes de tudo, um Direito Civil que descanse sobre a proteção da personalidade e sobre a autonomia privada forma parte das condições fundamentais da ordem constitucional da Lei Fundamental. A liberdade privada da Pessoa, que o Direito Civil pressupõe e para cuja preservação e desenvolvimento põe normas e processos jurídicos, é requisito indispensável para as decisões responsáveis e, mesmo, para a possibilidade dos atos de decisão. Isto tudo fundamenta a enorme transcendência do Direito Privado para o Direito Constitucional. Na autodeterminação e na própria responsabilidade da Pessoa se manifesta, em parte essencial, a natureza da Pessoa na qual se funda a própria Lei Fundamental e da qual depende a ordem constitucional.”²³/

---

²¹ FORSTHOFF deixa bem claro que “a subordinação do legislador à Constituição é bem diferente da vinculação completa, como se a Constituição fosse a origem do mundo, uma célula jurídica germinal da qual tudo deve proceder, desde o Código Penal a uma lei sobre termômetros.” (*El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, IEP, 1975, pp. 241-242).

²² HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Civitas, 1995, p. 82 e ss..

²³ Op. cit., p. 86.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **A Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília, UnB, 1995, 184 pp..
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra, Almedina, 2003, 167 pp..
- FORSTHOFF, Ernst. **Estado de la Sociedad Industrial**, Madrid, IEP, 1975, 289 pp..
- JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires, Albatroz, 1971, 602 pp..
- KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. México, UNAM, 1969, 478 pp..
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra, Armênio Amado, 1979, 484 pp..
- HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid, Civitas, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**, Barcelona, Ariel, 1970.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual Racionalidade?** São Paulo, Loyola, 1991, 440 pp..
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado – Reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. São Paulo, RT, 2000.
- MC ILWAIN, Charles H.. *Constitutionalism Ancient & Modern*, London, Cornell University Press, 1940, 180 pp..
- MAYÓN, Carlos A.. **Bases Constitucionales del Derecho Civil**. La Plata, Ed. Lex, 2001, 352 pp..
- SARLET, Ingo W. (Org.). **A Constituição Concretizada**. P. Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do direito e seus Modelos Básicos**, P. Alegre, do Autor, 2002.
- _____. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo, Memória Jurídica, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. RJ, Renovar, 2000, 577 pp..²⁴

---

²⁴ Escreveu John LOCKE: "In the Infancy of Government, (...) the Government was almost all Prerogative." *Two Treatises of Government*, London, 1690, § 162, linha 6.