

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA
CONSTITUCIONAL

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES
DA JURISDIÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

ANA MARIA BORRALHO GOBBATO

Itajaí, julho de 2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: HERMENÊUTICA E PRINCIPIOLOGIA
CONSTITUCIONAL

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES
DA JURISDIÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

ANA MARIA BORRALHO GOBBATO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz

Itajaí, julho de 2009.

AGRADECIMENTO

A Deus, por Tudo,

Aos meus pais, Flávio e Maria Aparecida, meus primeiros e eternos professores,

Aos professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, pelos novos horizontes,

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, pela precisa orientação.

DEDICATÓRIA

Ao Umberto, metade da minha alma, pelos
sonhos partilhados,
Ao Bruno e a Carolina, com amor incondicional.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), julho de 2009.

ANA MARIA BORRALHO GOBBATO

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

SUMÁRIO

SUMÁRIO	VI
RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	15
CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA	15
1.1 A CONSTITUIÇÃO MODERNA: O BERÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: VETOR DA IGUALDADE MATERIAL	21
1.3 A CONSTITUIÇÃO ABERTA E A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
CAPÍTULO 2	47
PROCESSO: LOCUS DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	47
2.1 PÓS-MODERNIDADE E A NOVA BASE TEÓRICA DO PROCESSO	48
2.2 PROCESSO: DA RELAÇÃO JURÍDICA AO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO	56
2.3 TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA: O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	67
CAPÍTULO 3	77
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS COMO MEIO DE REABILITAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA E DA AXIOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	77
3.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS: CONTORNOS TEÓRICO-CONCEITUAIS	78
3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DIMENSÃO PROCESSUAL	89
3.3 O CONTRADITÓRIO: ESPAÇO DIALÓGICO DA RAZÃO PRÁTICA	97

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	118

RESUMO

A presente dissertação abriga como foco central uma reflexão acerca das possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto enunciados jurídicos conformadores da dimensão processual dos Direitos Fundamentais. A investigação apresenta como objetivos específicos: estabelecer uma conexão lógico-teórica entre Estado, Constituição e a Teoria dos Direitos Fundamentais; refletir criticamente acerca da pós-modernidade e identificar uma teoria processual compatível com esse referencial epistemológico; investigar as possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório no *status* de Direitos Fundamentais de dimensão processual. A fase de pesquisa realiza-se com a utilização do método indutivo e das técnicas do Referente, Categoria, Conceito Operacional e Pesquisa Bibliográfica. No tratamento dos dados é utilizado o método cartesiano e o relatório é composto na base lógica indutiva. O desenvolvimento do tema se dá em três capítulos: Constituição e Direitos Fundamentais: uma relação simbiótica; Processo: *locus* de realização de Direitos Fundamentais; e Princípios Processuais Constitucionais como meio de reabilitação da razão prática e da axiologia dos Direitos Fundamentais. O trabalho se encerra com as Considerações Finais, onde se elabora uma breve síntese do trabalho de pesquisa, assim como se demonstra a confirmação das hipóteses pré-estabelecidas para a sua elaboração. O objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, na área de concentração de Fundamentos do Direito Positivo, na linha de Hermenêutica e Principiologia Constitucional e no grupo de pesquisa em Hermenêutica e Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Contraditório. Devido Processo Legal. Direitos Fundamentais. Princípios Processuais Constitucionais. Processo.

ABSTRACT

This dissertation has as the central focus a reflection concerning the interpretative possibilities of the Constitutional Procedural Principles of Due Process of Law and the Contradictory, while legal statements of the procedural dimension of Basic Rights. The inquiry presents as specific objectives: to establish a logical-theoretical connection between State, Constitution and Theory of Basic Rights; to reflect critically concerning post-modernity and to identify a compatible Procedural Theory with this epistemological pattern; to investigate the interpretative possibilities of the Constitutional Procedural Principles of Due Process of Law and the Contradictory in *status* of Basic Rights of procedural dimension. The research phase is carried out through the use of the inductive method and the techniques of the Referring, Category, Operational Concept and Bibliographical Research. In the treatment of the data, the cartesian method is used and the report is composed in the inductive logical base. The development of the subject is done in three chapters: Constitution and Basic Rights: a symbiotical relation; Process: *locus* of achievement of Basic Rights; and Constitutional Procedural Principles as a means of the reinstatement of the practical reasoning and the axiology of Basic Rights. The paper finishes with the Final Considerations, which is elaborated using a descriptive-argumentative procedure and a brief synthesis of the research work, as well as demonstrating the confirmation of the pre-established hypotheses presented for its elaboration. The institutional objective is to obtain the Master Degree in Law.

Key-words: Contradictory. Due Process of Law. Basic Rights. Constitutional Procedural Principles. Process.

INTRODUÇÃO¹

A presente dissertação tem como objeto² a discussão doutrinária acerca das possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto garantias processuais voltadas à concreção de Direitos Fundamentais.

A eleição do tema³ se justifica, em linhas gerais, pelo fato de a nova realidade cunhada pelo Estado Democrático de Direito exigir o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a esse paradigma, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais, sustentáculos do arcabouço jurídico e síntese dos valores abrigados na Constituição, possam ser efetivados no plano prático.

A relevância do estudo do tema proposto se dá, também, na medida em que, na atividade acadêmica, torna-se urgente visibilizar alternativas teóricas que sirvam de fundamentação às novas práticas jurídicas, voltadas a efetivar Direitos consagrados constitucionalmente como Fundamentais.

O objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI.

¹ Nesta introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.178.

² “(...) é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinante da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.170.

³ “(...) apresentar o Referente para a pesquisa, tecendo objetivas considerações quanto a razões da escolha deste Referente; especificar em destaque, a delimitação da temática e/ou marco teórico, apresentando as devidas Justificativas, bem como fundamentar objetivamente a validade da Pesquisa a ser efetuada.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.160.

O objetivo geral⁴ norteador da investigação será o de identificar os novos aportes teóricos dos Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, no paradigma da pós-modernidade.

Os objetivos específicos em torno dos quais se desenvolverá a presente pesquisa serão distribuídos por capítulos, da seguinte forma: (a) estabelecer uma conexão lógico-teórica entre Estado, Constituição e a Teoria dos Direitos Fundamentais; (b) refletir criticamente acerca da pós-modernidade e identificar uma teoria processual compatível com esse referencial epistemológico; (c) investigar as possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório no *status* de Direitos Fundamentais de dimensão processual.

As hipóteses que foram levantadas para a pesquisa podem ser explicitadas a partir da seguinte subdivisão metodológica: (a) os Princípios Processuais Constitucionais são instrumentos teórico-práticos de concreção de Direitos Fundamentais; (b) a norma processual está em constante diálogo com a realidade na qual o Direito e o operador se inserem; (c) o processo como instrumento por meio do qual se presta a tutela jurisdicional é o elo entre o Estado e a Sociedade, portanto está atrelado ao modelo político-jurídico; (d) o processo é espaço jurídico de realização de Direitos Fundamentais.

Especificadas estas delimitações de ordem metodológica, cumpre especificar as etapas do pensamento com que o raciocínio será desenvolvido.

O capítulo primeiro será composto por três seções e terá por objetivo delinear, de maneira sucinta, a reconstrução do processo histórico que conduziu o modelo de Constituição moderna à Constituição aberta, assim como delimitar os paradigmas que norteiam e conformam as três matrizes constitucionais sobre as quais se assentam os Direitos Fundamentais.

⁴ “(...) meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.162.

Para tanto, iniciar-se-á a primeira seção com uma reflexão acerca do constitucionalismo moderno e da configuração dos Direitos Fundamentais.

A segunda seção será dedicada a identificar o papel transformador do constitucionalismo social e da conseqüente implementação de novos Direitos Fundamentais e de novas possibilidades hermenêuticas.

A terceira e última seção visará estabelecer a nova lógica de compreensão do Estado Democrático de Direito e a qualificação material dos Direitos Fundamentais que apontam uma Constituição principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, que permitam a aferição de seus conteúdos na realidade fática.

Objetiva-se, assim, construir o arcabouço conceitual necessário à realização de uma leitura teórico-ideológica da trajetória interdependente do constitucionalismo e da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Cuidar-se-á, no capítulo segundo, de investigação acerca do processo como espaço de concretização de Direitos Fundamentais. Para tanto, a primeira seção ocupar-se-á em delinear perfunctoriamente o referencial teórico da pós-modernidade, com ênfase no pluralismo como umas das vertentes sob as quais deve pautar-se a construção desse novo arcabouço teórico.

A segunda seção será dedicada a descrever, de forma resumida, a natureza jurídica do processo à luz da Teoria da Relação Jurídica e da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório.

A terceira e última seção objetivará reconstruir os argumentos centrais que subsidiam a Teoria Neo-institucionalista do Processo, que garantem seu *status* de instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais.

Passo seguinte, no capítulo terceiro objetivar-se-á perquirir acerca da dimensão processual dos Direitos Fundamentais e da possibilidade de utilização construtiva da dogmática jurídica, pautada na investigação dos

Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório enquanto instrumentos de realização da vontade constitucional.

A primeira seção ocupar-se-á de um delineamento dos contornos teórico-conceituais da Categoria Princípio.

A segunda seção dedicar-se-á a elaborar um esboço histórico do Devido Processo Legal, para então centrar-se da investigação da natureza do Princípio à luz da Constituição de 1988.

A terceira e última seção terá por objeto o exame do papel representado pelo Princípio do Contraditório na ultrapassagem do modelo representacional positivista para o novo modelo de Direito de formato dialógico-processual, hábil a concretizar Direitos Fundamentais.

Ressalte-se que embora o presente estudo, em decorrência do recorte metodológico proposto, tenha elegido como objeto de investigação os Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, o arcabouço principiológico constitucional informador do Processo contempla uma gama de outros Princípios que serão somente referidos no item 3.1.

O relatório de pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o papel dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto Direitos Fundamentais de dimensão processual e como condição de possibilidade de criação, concreção e legitimação de direitos, no contexto da pós-modernidade.

Quanto à Metodologia a ser empregada, registra-se que, na Fase de Investigação será utilizado o Método Indutivo⁵, na Fase de Tratamento de

⁵ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.87.

Dados o Método Cartesiano⁶, e o Relatório dos Resultados será composto na base lógica Indutiva.⁷

Nas diversas fases da Pesquisa serão acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

Registre-se que, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI, as Categorias Fundamentais serão grafadas com letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais, por opção da autora, construídos no decorrer do Relatório.

Os textos em língua estrangeira serão traduzidos livremente pela autora.

Em linhas gerais e amplas é neste universo que se desenvolverá a pesquisa.

⁶ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁷ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da pesquisa científica, ver: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.86-106.

⁸ Em relação às técnicas mencionadas, ver: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003. p.61-71; 31-41; 45-58 e 99-125, nesta ordem.

CAPÍTULO 1

CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA⁹

A investigação acerca das possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais, de modo a tutelar a concretização de Direitos Fundamentais pressupõe o estabelecimento de uma linha teórico-ideológica que vai informar o desenvolvimento da pesquisa.

Para tanto, é necessário que se reconstrua o processo que conduziu à jurisdição aberta e se estabeleçam os paradigmas que norteiam e conformam as três matrizes constitucionais sobre as quais se assentam os Direitos Fundamentais.

O presente capítulo, composto por três seções, inicia-se com a reflexão acerca do constitucionalismo moderno e da configuração dos Direitos Fundamentais.

A segunda seção é dedicada a identificar o papel transformador do constitucionalismo social e da implementação de novos Direitos Fundamentais e de novas possibilidades hermenêuticas.

A terceira e última seção se propõe a estabelecer a nova lógica de compreensão do Estado e da Sociedade e a qualificação material dos Direitos Fundamentais que apontam uma Constituição principiológica, assentada

⁹ Simbiose, no campo da Biologia, significa “relação de dois seres cujas ações concorrem para manter uma mesma vida orgânica, como aquela que une os membros de uma colônia animal, ou alga e o cogumelo que compõem o líquen. Opõe-se ao parasitismo, no qual um indivíduo vive à custa de um outro sem lhe prestar em troca nenhum serviço biológico.” In LALANDE, André. **Vocabulário técnico e científico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1014. Por analogia, o termo transportado para esta pesquisa jurídica significa que Constituição e Direitos Fundamentais são, entre si, ontologicamente interdependentes. Assertiva esta que corresponde ao objetivo específico traçado para o capítulo.

em dispositivos de textura aberta, que permitam a aferição de seus conteúdos na realidade fática.

Objetiva-se, assim, construir o arcabouço conceitual necessário à realização de uma leitura teórico-ideológica da trajetória interdependente do Constitucionalismo e da Teoria dos Direitos Fundamentais.

1.1 A CONSTITUIÇÃO MODERNA: O BERÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição, concebida como “um texto escrito e sistematizado e com um conteúdo mínimo comum, derivado de sua própria natureza e função,”¹⁰ surge com o Estado Moderno,¹¹ com o objetivo de vincular o poder político ao Direito e, dessa forma, consolidar o ideário burguês das revoluções liberais na Europa e nos Estados Unidos.

Assim, é de afirmar-se que o pensamento iluminista moderno, consolidado e institucionalizado pelo Estado Liberal, é o marco referencial inicial de um debate que “questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”.¹²

Cabe explicitar, para que se estabeleça um acordo semântico, o conceito de Estado Liberal apontado por Paulo Márcio Cruz:

Com as revoluções inglesa, norte-americana e francesa, dos séculos XVII e XVIII, as novas forças sociais burguesas lideradas

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p.78

¹¹ “Estado Moderno é a mais recente forma de organização política, que hoje se tornou universal. Foi forjado na Europa, na transição entre feudalismo e a idade moderna, nos séculos XVI e XVII, consolidando-se como forma de organização da Sociedade e a partir do século XVIII, num processo que dura até os dias atuais.” *in* CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.65

¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48

pelo desenvolvimento do capitalismo consolidaram seu poderio econômico e sua hegemonia social e política, substituindo a Monarquia absoluta pelo Estado Liberal que, para raciocínio científico levado a efeito nesta obra, coincide com o início efetivo do Estado Moderno. Este Estado se constitui como representativo e oligárquico - no qual o direito de participação política e daqueles que têm patrimônio ou título acadêmico - limitado pela razão, pelos direitos fundamentais e pela separação de poderes.¹³

O constitucionalismo moderno, que tem como pano de fundo a instauração do Estado Liberal, movido e gerido pelos interesses da burguesia, pautou-se na teoria do contrato social^{14 15} que entende o Estado como fruto de um pacto firmado entre homens livres e iguais, que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e os seus direitos.

Diante disso, a lei passa a se apresentar como a melhor forma de organizar as competências e atribuições de cada uma das esferas: pública e privada.

Assim, configura-se a noção do Estado de Direito que se distingue do regime de força, autoritário, característico do Absolutismo do século XVII e do Despotismo Ilustrado do século XVIII. Há um rompimento da lógica anterior do *rex facit legem* e se estabelece o princípio de que *lex facit regem*.

Assinale-se que para Rosseau a vontade geral é racional na medida em que seu próprio objeto é geral e deve estabelecer um princípio racionalmente construído. Dessa forma, obedecer à lei é manifestação de liberdade, pois significa obedecer a si mesmo.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.70

¹⁴ O contratualismo identifica a origem do Estado e o fundamento do poder político, “a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que ponha fim ao estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil).” Ver STRECK, Lenio e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 31.

¹⁵ Nesse sentido, completa Rousseau “que o que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que o tenta e que pode atingir: o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.” Ver ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

Nas palavras de Rosseau:

Todavia, quando todo o povo estatui sobre todo o povo, não considera senão a si mesmo, e nesse caso, se há uma relação, é entre o objeto inteiro sob um ponto de vista e o objeto inteiro sob outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então a matéria sobre a qual se estatui é tão geral quanto a vontade que estatui. É a esse ato que chamo de lei.¹⁶

Este caráter de plenitude e suficiência da lei é estendido a Constituição, que ontologicamente se identifica com ela, tendo como único elemento de diferenciação o seu grau hierárquico.

Nesse mesmo sentido, embora em outro contexto histórico, aponta Carl Schmitt:

La exigencia de una 'Constitución' escrita lleva como último resultado considerar la Constitución como una *ley*. Aun cuando se haya erigido como convenio entre Príncipe y Representación popular, sólo debe poder ser cambiada en vía legislativa. Constitución se convierte, pues, en = ley, si bien, es cierto, ley de una clase especial, y se coloca como *lex scripta*, en contraposición a Derecho consuetudinario.¹⁷

Sob a ótica liberal a principal função da Constituição é consolidar as conquistas burguesas, garantindo as liberdades individuais e ordenando os regramentos sobre competências e atribuições do Estado.

É nessa linha de raciocínio que Georg Jellinek elabora o conceito de Constituição como sendo:

Toda asociación permanente necesita de um principio de ordenación conforme as cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la

¹⁶ ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 47.

¹⁷ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2006. p. 39. "A exigência de uma 'Constituição escrita' leva como último resultado considerar a Constituição como uma lei. Ainda que tenha sido erigida como um contrato entre o Príncipe e a Representação popular, só deve poder ser alterada por via legislativa. A Constituição se converte, pois, em igual à lei, se bem que, por certo, em lei de uma classe especial, e se coloca como lei escrita, em contraposição ao Direito consuetudinário." (tradução livre).

situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación com ella. Uma ordenación o estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama una Constitución.(...). La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.¹⁸

As Constituições modernas ¹⁹, portanto, se configuram em um documento jurídico cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos. ²⁰

E estabelece-se, assim, um paradoxo na medida em que, por um lado, o Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar o âmbito da liberdade individual dos cidadãos. Por outro lado, o Estado obriga-se a si mesmo, submetendo-se ao regramento constitucional e tornando-se também sujeito de direitos e deveres.

Deriva da concepção de identificação da Constituição com a lei a necessidade de que ela adquira um *status* diferenciado, capaz de obrigar a todos os entes políticos constituidores do Estado. Surge, então, a idéia de

¹⁸ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2005. p.625. “Toda a associação permanente necessita de um princípio de ordenação conforme o qual possa se constituir e se desenvolver. Este princípio de ordenação será o que limita a situação dos integrantes dentro da sociedade e em suas relações com ela. Uma ordenação ou estatuto desta natureza é o que se chama de Constituição. (...) A Constituição dos Estados abarca, por conseguinte, os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, estabelecem seu círculo de ação, e, por último, a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.” (tradução livre).

¹⁹ Para Canotilho “por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48

²⁰ Nesse sentido Paulo Márcio Cruz aponta a possibilidade de distinção de quatro gerações de Direitos Fundamentais. A primeira, dos direitos individuais negativos, relacionada às conquistas liberais dos séculos XVIII e XIX, tem como escopo a proteção da liberdade individual em relação à ameaça do Estado e a garantia da participação na vida pública. Ver CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 137.

superioridade hierárquica das leis constitucionais em relação às demais normas, legitimada pela soberania popular.²¹

Em apertada síntese, é de dizer-se que no contexto do Estado Liberal, cabia à Constituição somente estabelecer a estrutura básica do Estado, regulando seus poderes e competências e garantir os Direitos Fundamentais de liberdade relativos à capacidade civil e política dos cidadãos.²²

Direitos esses rotulados de negativos, como bem ressalta Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.²³

A consequência jurídica da incorporação dos Direitos Fundamentais aos textos constitucionais é sublinhada por Paulo Márcio Cruz:

A inclusão destes direitos do homem nos textos constitucionais teve uma consequência quase imediata: a transformação de alguns princípios filosóficos em normas jurídicas. O conceito de direitos humanos ou direitos do homem é uma noção filosófica ou ideológica, noção esta que acata a idéia de que certos direitos são necessários para que se possa falar de ser humano e de

²¹ Vale referir Rosseau: "(...) só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada. Digo, pois, que a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, a vontade geral." ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33.

²² Ao discorrer sobre o constitucionalismo moderno Canotilho ressalta que a assunção do constitucionalismo como uma teoria normativa de governo limitado e de tutela das liberdades individuais permite a elaboração de modelos os estruturas teóricas que o expliquem. Nesse sentido, desenvolve três modelos: *historicista*, *individualista* e *estadualista*. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p.50-56.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.517.

dignidade humana. Já o reconhecimento jurídico destes direitos os transforma em normas vinculantes, que não dependem das convicções de cada um.²⁴

A supervalorização da lei como produto da racionalidade moderna e a leitura normativa da Constituição, entendida como instrumento de governo que legitima e limita procedimentalmente o poder²⁵ vão conferir ao intérprete um papel de simples aferição acrítica.

Decorrência lógica da adoção desse paradigma é a interpretação, tanto da lei como da Constituição formatar-se, unicamente, a partir da aplicação do silogismo jurídico; da subsunção do fato à norma.²⁶

Passa-se agora a pontuar as transformações ocorridas com o Estado de Bem-Estar Social que repercutem, sobremaneira, na construção de um novo conceito e, fundamentalmente, de um novo papel da Constituição na configuração e efetivação dos Direitos Fundamentais.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: VETOR DA IGUALDADE MATERIAL

A compreensão da Constituição no modelo de Estado de Bem-Estar Social²⁷ e no Estado Democrático de Direito²⁸ implica reconhecer que,

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 135.

²⁵ A concepção de Constituição como documento eminentemente jurídico, que não comporta a esfera política, foi bem desenvolvida por Jellinek. Sobre isso ver JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

²⁶ Nesse sentido Warat registra que dentro das perspectivas do silogismo lógico, a conclusão precisa ser formalmente válida, não necessariamente verdadeira. Ver WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994. p. 69.

²⁷ Conforme Paulo Cruz, o Estado de Bem-Estar “caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.” Ver CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.167.

²⁸ “(...) entendido como aquele que intervém nos domínios econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade”. Ver CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.125.

diferentemente do paradigma liberal, a sua esfera de atuação é ampliada, abrangendo o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo, em suas múltiplas e recíprocas inter-relações. Assume, dessa forma, conteúdo político, ou seja, passa a abranger, além da organização do poder do Estado, os princípios de legitimação desse poder.

As desigualdades geradas pelas transformações ocorridas em decorrência do postulado liberal da liberdade individual e da sua tradução na práxis econômica do livre mercado geraram movimentos sociais que exigiam uma atuação do Estado no sentido de regular as distorções provocadas pelo modelo anterior.

No segundo pós-guerra surge um novo modelo estatal denominado Estado de Bem Estar Social, que assume fins políticos próprios e objetiva a transformação da ordem social e econômica. O vetor axiológico a informar a atividade estatal passa a ser a realização da igualdade material, o que quer significar que a igualdade não se dá somente perante a lei, mas por meio dela.

Os textos constitucionais, diante de um Estado promotor de bens e serviços que venham a garantir a igualdade material, incorporam um catálogo de Direitos Fundamentais econômicos, sociais e culturais, que, por sua vez, objetivam a transformação da ordem vigente.

Nessa linha de raciocínio pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais, que tem como *ratio essendi* a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais e seu conteúdo ontológico definido a partir do surgimento do Estado de Direito, possuem um caráter dúplice na medida em que asseguram situações individuais e concretizam os valores de uma Sociedade historicamente determinada.

Conseqüentemente, infere-se que esses Direitos possuem, também, um caráter principiológico e material, em consonância com a ordem objetiva de valores de uma Sociedade historicamente definida.

Esse panorama evidencia que a realidade histórica relaciona-se dialeticamente com o conteúdo e o rol dos Direitos Fundamentais incorporados aos textos constitucionais. Revela-se, com isso, importante classificá-los de acordo com os valores tutelados no momento de sua declaração.²⁹

Nesse sentido Paulo Márcio Cruz aponta a possibilidade de distinção de quatro gerações de Direitos Fundamentais.³⁰ A primeira relacionada às conquistas liberais dos séculos XVIII e XIX, tem como escopo a proteção da liberdade individual em relação à ameaça do Estado e a garantia da participação na vida pública.

Os Direitos de segunda geração são fruto dos movimentos reivindicatórios do período posterior à Segunda Guerra Mundial e vieram a configurar o Estado de Bem Estar Social³¹. São Direitos a prestações materiais com o objetivo de realização da justiça social.

A terceira geração de Direitos Fundamentais corresponde aos Direitos coletivos, de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção de bens imprescindíveis a coletividade e que se tornaram escassos. Dentre eles, o direito a um meio ambiente saudável e a conservação do patrimônio histórico e cultural.

Os Direitos de quarta geração, por sua vez, relacionam-se aos avanços da ciência e da tecnologia da informação, que tornaram premente a necessidade de tutela jurídica dos espaços virtuais e da essência do ser humano, em face das novas questões éticas postas pela cibernética e pela engenharia genética.

²⁹ Embora o tema seja exógeno ao recorte metodológico proposto para a dissertação, o reconhecimento da historicidade como contingência dos Direitos Fundamentais conduz à investigação acerca do papel da ideologia na constituição desses direitos, na medida em que ela lhe circunscreve os limites. Sobre isso: LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento. São Paulo: Cortez. 1998. p.108.

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 137-138.

³¹ Sobre isso: CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.207.

É sob o prisma da contextualidade dos Direitos Fundamentais que Paulo de Tarso Brandão aponta que “melhor do que falar hoje em direitos, talvez fosse raciocinar com a idéia de preponderância de direitos” porque “na atualidade sua conformação e sua forma de defesa (...) são de tal forma diversas que não se pode mais enunciá-las como integrantes da primeira ou da segunda geração.”³²

Ferrajoli elabora uma definição formal de Direitos Fundamentais, ideologicamente neutra, válida independentemente da filosofia jurídica professada e, portanto, pertencente à Teoria Geral do Direito:

(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.³³

É de concluir-se, portanto, que de acordo com Ferrajoli os Direitos Fundamentais correspondem aos valores e às necessidades vitais dos sujeitos historicamente e culturalmente determinados.

Da compreensão desta lógica deriva a necessidade de abordar-se o seu contraponto: a dimensão substancial dos Direitos Fundamentais.

³² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais-“Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p.155-159.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 37. “(...) são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, cidadãos ou indivíduos com capacidade de fato; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por *status* a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua capacidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas.” (tradução livre).

A construção de uma Teoria de Direitos Fundamentais pautada em um conceito substancial desses direitos implica, necessariamente, contemplar os seus valores e Princípios inspiradores.

A dimensão substancial dos Direitos Fundamentais tem como aporte epistemológico a possibilidade de colisão³⁴ entre eles, na medida em que o valor que inspira um determinado Direito pode, muitas vezes, contrapor-se ao valor subjacente a outro Direito Fundamental.

A sustentar tal assertiva, de acordo com Peña Freire³⁵, dois pressupostos devem ser considerados. O primeiro é o reconhecimento de que o conjunto dos valores morais é heterogêneo e conflitivo por natureza. O segundo pressuposto a ser evidenciado, de viés político, destaca que o pluralismo dos valores tutelados pelas constituições implica, por decorrência lógica, em possibilidade de conflito entre os Direitos Fundamentais nela declarados.

Uma dimensão substancialista não pode deixar de contemplar o caráter bilateral e, portanto, potencialmente conflituoso dos enunciados jurídicos. A imposição de uma obrigação a um sujeito passivo, seja ela um dever, um não-direito ou uma sujeição, é suficiente para gerar uma inerente potencialidade conflitiva no momento da declaração de qualquer direito.

Impende destacar, também, a crítica de Peña Freire à opção formalista do conceito de Direitos Fundamentais de Ferrajoli por não considerar o secular conflito entre Igualdade e Liberdade, tema que não pode deixar de ser estudado em sede de filosofia moral e política.³⁶

Nessa mesma diretriz, destaca Paulo Márcio Cruz que a Liberdade e a Igualdade formam uma das maiores díades da humanidade e que,

³⁴ Sobre isso: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

³⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista. *In* **Novos Estudos Jurídicos**. Vol 12, nº 1 . Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, Jan-Jun 2007. p.19.

³⁶ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista. . *In* **Novos Estudos Jurídicos**. Vol 12, nº 1 . Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, Jan-Jun 2007. p.18.

por conseqüência, as normas jurídicas variam a partir da opção ideológica por mais Liberdade ou por mais Igualdade:

Porém, a diferença essencial se encontra no tratamento contrário dos valores fundamentais da modernidade: a liberdade individual e a igualdade social, formando uma das maiores díades da humanidade, com o liberalismo e o socialismo representando suas expressões ideológicas, impulsionando e legitimando as mudanças nas concepções de Sociedade e de Estado.³⁷

A Teoria Garantista de Ferrajoli é também questionada por Peña Freire sob o prisma da possibilidade de colisão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, na medida em que, para Ferrajoli os direitos de liberdade e os direitos sociais tendem a conviver sem interferências recíprocas.

A adotar-se a premissa formalista de que a possibilidade de conflito é entre as exigências de um direito a prestação e as limitações conjunturais, estar-se-ia a desconhecer que os recursos financeiros para a satisfação dos direitos sociais implicam na interseção na esfera da liberdade de outros, por estabelecerem um *status* de subordinação às necessidades alheias.

Peces-Barba ressalta a importância de contemplar as dimensões ética, jurídica e social na construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais:

(...) derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete da dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte la los derechos en norma básica material del Ordenamiento y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.³⁸

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.32.

³⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 37. “Direitos Fundamentais podem compreender

A relevância da elaboração de um arcabouço teórico que sustente uma visão integral dos Direitos Fundamentais como *pretensão moral justificada acompanhada de sua garantia* é pontuada por Marcos Garcia:

Quando estamos diante somente de uma pretensão moral justificada estaríamos no caso de um direito não escrito, ou uma pretensão de algo a ser incluído como direitos fundamentais. (...) Por outra parte se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma positiva, estaríamos diante de um direito fundamental. (...) Para ser um direito fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia (..) e estar de acordo com uma realidade favorável a sua efetivação.³⁹

Dentro desse contexto, a eficácia das normas constitucionais passa a ser questão premente e afigura-se o novo desafio de concretização dos direitos sociais a partir da articulação entre o âmbito jurídico e o político.

De acordo com Konrad Hesse⁴⁰ os Direitos Fundamentais têm efeito estruturante do *status* jurídico constitucional, configuram garantia material e concreta, dependem da ordem jurídica democrática e não se classificam como direitos naturais ou pré-jurídicos.

Os Direitos Fundamentais possuem um caráter dúplice: direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. “Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais

tanto os pressupostos éticos como os componentes jurídicos, significando a relevância moral de uma idéia comprometida com a dignidade humana e seus objetivos de autonomia moral, assim como a relevância jurídica, ao converter os Direitos em norma básica do ordenamento jurídico e instrumento necessário para que o indivíduo desenvolva em sociedade todas as suas potencialidades. Os Direitos Fundamentais expressam tanto uma moralidade básica quanto uma juridicidade básica.” (tradução livre).

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais** in <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 26/03/2008.

⁴⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.225.

são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão”.⁴¹

São tradicionalmente direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Configuram, assim, “disposições definidoras de competência negativa do Poder Público (negative Kompetenzbestimmung), que fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.”⁴²

A essa pretensão negatória acrescenta-se a função positiva de garantia das liberdades constitucionalmente tuteladas.

Ressalta Konrad Hesse que a garantia de liberdade que os Direitos Fundamentais pretendem assegurar é, num sentido mais amplo, um direito de cooperação e, portanto, direito de formação da vontade política direta do povo.

O segundo significado dos Direitos Fundamentais corresponde ao seu “significado jurídico-objetivo, como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o status do particular é organizado, delimitado e protegido (...)”.⁴³

A democracia⁴⁴ se realiza a partir da função que os Direitos Fundamentais assumem de estruturação da unidade política e de organização da atividade estatal. Determinam, também, os limites, o modo de cumprimento e o conteúdo das tarefas sociais que competem ao Estado.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 232

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico. Nº. 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de outubro de 2007.

⁴³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.240.

⁴⁴ Sobre isso: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O Diálogo Democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006.

Além disso, normalizam e garantem as bases da ordem jurídica privada, na medida em que visam manter e proteger determinados âmbitos da vida privada.

Ao analisar os Direitos Fundamentais em relação à estrutura constitucional, rechaça Konrad Hesse a possibilidade de entendê-los como integrantes de um sistema próprio, embora admita a possibilidade de conexões materiais essenciais entre alguns desses Direitos.

A eficácia da maioria dos Direitos Fundamentais está condicionada à “organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir”.⁴⁵ As liberdades jurídico-fundamentais são, de acordo com Konrad Hesse, sempre determinadas materialmente e, conseqüentemente, limitadas. A determinação desses limites se configura na limitação dos Direitos Fundamentais.

Aponta o autor três formas de limitação. A primeira corresponde ao âmbito da norma, ou seja, o alcance material juridicamente moldado pela norma. São, portanto, limitações decorrentes de ordens normativas adicionais contidas na própria garantia do direito limitado. A segunda forma de limitação é aquela imposta por ordens normativas adicionais eventuais, exógenas ao direito ao qual se referem e a terceira decorre da conexão com outras normas também garantidoras de Direitos Fundamentais.

O objetivo maior das limitações de Direitos Fundamentais é o de coordenar as condições de vida garantidas por esses direitos, o que requer a produção do que o autor denomina de concordância prática. O alcance dessa concordância prática se dá pela aplicação da máxima da proporcionalidade e dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A proteção aos Direitos Fundamentais dá-se por duas vias. A primeira delas é a proteção contra a *escavação interna*, que pode operar-se pelo o impedimento do uso abusivo da reserva legal, ou seja, da proibição de

⁴⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.247.

limitações legais desproporcionais que venham a subtrair o núcleo essencial do direito.⁴⁶

A segunda forma de proteção é aquela realizada pelo poder judicial e “serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos Direitos Fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade (...)”.⁴⁷

É tarefa de proteção dos Direitos Fundamentais, também, o controle de constitucionalidade das normas, a ser efetuado, pelo tribunal ou juiz competente.

A compreensão dos Direitos Fundamentais como princípios⁴⁸ objetivos resulta, para o Estado, o dever de preservar e proteger o bem jurídico tutelado em face de ameaças provenientes de outras” pessoas” ou de outros “poderes”. Por outro lado, a interpretação dos Direitos Fundamentais como Princípios pressupõe a existência de um sentido teleológico de validade que rompe com a clássica concepção liberal segundo a qual a função primordial do direito constitucionalmente assegurado é garantir a defesa da autonomia dos indivíduos e da Sociedade, protegendo-os de indevidas intervenções do poder público.

Ao contrário, tratar de Direitos Fundamentais como teleológicos mais do que deontológicos significa, ao mesmo tempo, politizar o direito constitucional e permitir que a jurisdição constitucional se afaste da proteção das liberdades individuais para tornar-se mais um fórum de resolução de problemas políticos e sociais.

⁴⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.270.

⁴⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.269.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

É neste sentido que, segundo Konrad Hesse, a previsão constitucional dos Direitos Fundamentais expressa mais a vontade e autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento do que os indivíduos naturalmente são.

A concretização constitucional dos Direitos Fundamentais conduz, inexoravelmente, a busca do seu fundamento no contexto da arquitetura constitucional.

Especificadas essas delimitações teóricas acerca dos Direitos Fundamentais, estabelecido o papel político da Constituição, que assume uma estrutura programática, passa-se a examinar a Constituição aberta.

1.3 A CONSTITUIÇÃO ABERTA E A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A nova lógica de compreensão do Estado e da Sociedade e a qualificação material dos Direitos Fundamentais apontam uma Constituição que assumam função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, que permitam a aferição de seus conteúdos na realidade fática.

O Estado Democrático de Direito, como projeto civilizatório, tem como finalidade a realização e a garantia dos Direitos Fundamentais, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material.

Dessa forma, esses Direitos configuram uma ordem objetiva de valores e, conseqüentemente, possuem um caráter vinculante com relação a todos os poderes do Estado.

É preciso ressaltar, contudo, que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, os Direitos e as Garantias Fundamentais se modificaram na esteira destas transformações.

Assim sendo, a Constituição deixa de ser somente um instrumento de limitação do poder do Estado (Constituição moderna) ou mecanismo de direção política (Constitucionalismo social) e passa a configurar-se em expressão máxima dos valores eleitos por determinada comunidade.

Vale, nesse contexto, destacar Canotilho:

(...) que a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um valor específico superior.

Como se vê, a constituição normativa, para se qualificar como um conceito de *dever ser*, ou, por outras palavras, para ser qualificada como conceito de valor, não se basta com um conjunto de regras jurídicas formalmente superiores; estas regras têm de transportar ‘momentos axiológicos’ corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controlo do poder, governo representativo).⁴⁹

A Constituição, sob essa base teórica, deve configurar uma expressão da realidade (*ser*), mas também um projeto de construção do futuro (*dever ser*), a partir da compreensão dessa realidade.⁵⁰

Diante disso, evidencia-se o papel relevante da ideologia⁵¹ enquanto conformadora do *horizonte intelectual*⁵² do intérprete, na medida em que circunscreve os limites e restringe as possibilidades cognitivas.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1057.

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.11

⁵¹ “(...) estamos aqui diante de um conceito de ideologia que não tem nada a ver com a mentira, a falsificação ou a mistificação: não é a vontade de conhecer a verdade por parte dos clássicos que está em questão, mas a possibilidade de conhecê-la, a partir de sua problemática e no quadro de seu horizonte de classe.” Ver LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento. São Paulo: Cortez. 1998. p. 109.

⁵² “(...) horizonte intelectual: perspectiva, ponto de vista, campo de visibilidade: estas metáforas óticas não devem evidentemente ser compreendidas em um sentido literal; simplesmente elas permitem colocar em evidência que o conhecimento, o saber [‘a visão’] estão estreitamente

O intérprete, portanto, está inserido em um contexto histórico-cultural de tal forma que “ao interpretar, somente o faz ou pode fazê-lo a partir dos pré-juízos (pré-conceitos) oriundos da tradição, na qual está jogado.”⁵³

Não é desarrazoado identificar uma ruptura com o paradigma moderno da neutralidade, na medida em que os valores são transportados para dentro da Constituição, que se conforma como “sistema normativo aberto de regras e princípios”⁵⁴ e, a partir deles, é que se dará a interpretação em face da realidade concreta.

A força ativa da Constituição se evidencia na sua capacidade de impor tarefas, e terá a sua efetividade condicionada à existência de uma consciência geral de *vontade de Constituição*.⁵⁵

Para Konrad Hesse, o teor da norma só se completa no ato interpretativo. A concretização da norma pelo intérprete pressupõe um problema concreto a solucionar, uma compreensão do conteúdo do texto jurídico, que por sua vez pressupõe uma pré-compreensão do intérprete.

Nesse diapasão anota Lênio Streck:

Assim, partindo de Gadamer, Hesse mostra como o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo do texto jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a solucionar.⁵⁶

ligados à posição social [‘altura’] do observador científico”. Ver LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento. São Paulo: Cortez. 1998. p.109.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 242.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1043.

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p.11.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 244

Desse modo, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, bem como a sua realização, só é possível com a incorporação da realidade que essa norma procura regular.

É razoável afirmar, em consequência, que se o âmbito da norma está submetido à realidade histórica, os resultados da concretização da norma podem variar, sem que haja alteração do seu texto.

Ressalte-se, no entanto, que para Konrad Hesse o texto da constituição impõe o limite da interpretação, na medida em que as possibilidades de compreensão do enunciado delimitam o campo de suas possibilidades hermenêuticas.

A melhor interpretação é, para Konrad Hesse,⁵⁷ aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa, dentro das condições reais dominantes numa determinada Sociedade e em um dado momento histórico.

Diante disso, o ponto vital dessa nova ordem jurídica passa a ser a concretização dos Direitos Fundamentais em face da realidade; o que demanda, por sua vez, a busca de parâmetros hermenêuticos que venham a possibilitar a sua efetiva realização.

A Constituição deixa de ser um instrumento de garantia do cidadão contra o poder do Estado e passa a ser a expressão dos valores de uma comunidade e instrumento de realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto paradigma das relações albergadas pelo Direito.

Nesse sentido, Ingo Sarlet, a partir de outro viés teórico, destaca que a relação indissociável dos Direitos Fundamentais com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tanto na sua condição de valor metajurídico quanto na de direito positivado no art. 1º da Constituição Federal, configura um dos alicerces do constitucionalismo contemporâneo.

⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p. 23

Noutras palavras:

(...)o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode - e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.⁵⁸

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser uma categoria axiológica aberta, tem seu conteúdo em permanente processo de construção e desenvolvimento e “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.”⁵⁹

Note-se, porém, que embora a Dignidade da Pessoa Humana possa ser a condição de possibilidade de Direitos Fundamentais, “não há como reconhecer que exista um direito fundamental à dignidade”⁶⁰, pois enquanto qualidade inerente à condição humana não pode ser concedida pela ordem jurídico-constitucional.

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana como paradigma e referencial ético demanda o reconhecimento, a proteção e a concretização dos Direitos Fundamentais. Estabelece-se, portanto, uma interdependência ontológica, na medida em que esses direitos encontram seu fundamento na dignidade que, por sua vez, configura-se na práxis por meio da concretização dos Direitos Fundamentais.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p.61.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p.41.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p.69.

A partir desse pressuposto infere-se a relação dialética entre os Direitos Fundamentais e a realidade político-social, pois a realidade vai condicionar a interpretação dos direitos que, por sua natureza constitutiva, vão condicionar a leitura do texto normativo. E, desse caráter aberto da Constituição e dos Direitos Fundamentais decorre a necessidade de busca por diretrizes de interpretação que possam conferir-lhes efetividade.

Esse é precisamente o objetivo de Häberle ao apontar a necessidade de revisão da metodologia jurídica tradicional e propor um conceito mais amplo de interpretação constitucional que reconheça a relevância do espaço público na Sociedade aberta. Dessa forma, preceitua a ampliação do círculo de intérpretes que deve incluir todos aqueles que vivem a norma:

La *tesis* es: en los procesos de la interpretación se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales.(...).

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación, que se puede resumir en la fórmula: quien vive la norma (co)interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada.⁶¹

Häberle adianta-se às críticas de que o número elevado de intérpretes e de interpretações conduziria a redução do elemento normativo afirmando que a interpretação é um processo aberto, e que a ampliação do círculo de intérpretes decorre da necessidade de integrar a realidade ao Processo interpretativo. Anota, a propósito:

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es sólo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la

⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional**. Trad. Xabier Arzoz Santiesteban. [S.l.]: IVAP, 1996. p.18-19."A tese é: nos processos de interpretação se inserem potencialmente todos os órgãos estatais, todas as forças públicas, todos os cidadãos e grupos. Não há *numerus clusus* de intérpretes constitucionais.(...) O conceito de interpretação que aqui se toma por base necessita de uma explicação, que se pode se resumir na fórmula: quem vive a norma, (co)interpreta também. Cada atualização da Constituição (por cada um) é um fragmento de interpretação constitucional antecipada".(tradução livre).

realidad en el proceso interpretativo. Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista.⁶²

O caráter aberto e a estrutura principiológica da Constituição são ressaltados por Canotilho:

Abertura material, abertura ao tempo, é um dos *topoi* centrais da moderna teoria da constituição. Produto convergente e diferenciado das correntes antropológico-filosóficas do mundo (o homem aberto ao mundo), da historicidade hermenêutica (abertura no tempo), do racionalismo crítico (Sociedade aberta) e da lingüística estrutural (obra aberta), a abertura da constituição pretende salientar a necessidade de a constituição se furtar a uma espécie de totalitarismo constitucional, traduzido na codificação global e detalhada das matérias constitucionais e na rigidez absoluta do clausulado constitucional. Ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (incompletude material), ao optar por uma técnica normativa de normas abertas, princípios e cláusulas (estrutura aberta das normas constitucionais) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional (abertura ao tempo), a constituição converter-se-ia em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas.⁶³

Em sendo assim, os valores são transportados para dentro da Constituição que, por sua vez, será interpretada a partir deles, que passarão a funcionar como diretrizes para a vida em comum.

Como bem ressalta Lênio Streck, “para o pós-positivismo, uma interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direto e moral que sustenta o positivismo”.⁶⁴

⁶² HÄBERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional**. p.28. “A ampliação aqui realizada do grupo de intérpretes é somente a consequência da incorporação da realidade ao processo interpretativo. Porque os intérpretes em sentido amplo constituem um fragmento desta realidade pluralista.” (tradução livre).

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.147.

⁶⁴ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.6.

Com estes delineamentos erige-se o neoconstitucionalismo, traduzido por uma constituição compromissária, principiológica e dirigente, alçada em “elo conteudístico que liga a política e o direito”.⁶⁵

Nessa esteira de pensamento, sublinha Luiz Henrique Cademartori:

A nova ordem jurídica parte, então, de uma nova concepção do papel de Constituição, encarada, acima de tudo, como um complexo programa normativo, visando a ordenação ou constitucionalização social, política, econômica cultural e, assim, sucessivamente, através de um processo que pretende atingir todas as relações de poder, públicas ou privadas sob o influxo de princípios normativos, portadores de valores de base iluminista e historicamente consagrados nos sistemas normativos ocidentais.⁶⁶

Do rastreio temático que se acaba de fazer e da adoção do conceito de Constituição principiológica assentada em princípios de textura aberta, exsurge a constatação de que a realização dos seus conteúdos essenciais demanda, inexoravelmente, a atuação da jurisdição.

Deriva dessa constatação a necessidade de busca de um aporte teórico que fundamente e legitime a atuação da jurisdição no sentido de definição e concretização dos Direitos Fundamentais, tutelados por este modelo constitucional.

Nesse contexto podem ser apontadas duas principais correntes *não-interpretivistas*⁶⁷, aparentemente dicotômicas, que reconhecem a

⁶⁵ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito .p.6.

⁶⁶ CADEMATORI, Luiz Henrique Urquart. **Temas de política e Direito Constitucional Contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p.9.

⁶⁷ Segundo Ely, o debate constitucional contemporâneo é dominado por uma falsa dicotomia entre *interpretativismo* e *não-interpretativismo*. A teoria *interpretativista*, variante do positivismo jurídico, preceitua que o papel constitucional do Judiciário se limita à aplicação da Constituição nos limites estritamente postos pelo texto, em respeito ao princípio democrático, ou seja, à vontade da maioria expressa e traduzida na lei. A corrente do *não-interpretativismo* sustenta que o Judiciário deve basear sua atuação em elementos que extrapolam o texto, buscando fundamento na concepção de Constituição como documento autônomo, em direta conexão com a evolução da sociedade. Ver: ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. p.1.

abertura e indeterminação dos conteúdos da Constituição. A primeira, *substancialista*, que, em linhas gerais, defende um papel destacado do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

A segunda corrente denominada *procedimentalista* tem como premissa básica que a função do Judiciário consiste, essencialmente, em assegurar processos decisórios legítimos e democráticos.

Posta assim a questão, é de reconhecer-se que um dos pontos de divergência entre *procedimentalismo* e *substancialismo* reside na indicação do órgão do poder encarregado da garantia e da concretização dos Direitos Fundamentais.

Há que se destacar, no entanto, que como núcleo comum entre *procedimentalistas* e *substancialistas* encontra-se a defesa da democracia, dos Direitos Fundamentais e do conteúdo material da Constituição.

Os *substancialistas*⁶⁸ conferem ao Judiciário competência e legitimidade para uma atuação efetiva que, diante de um caso concreto e da omissão dos poderes Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas, reconheça e efetive valores constitucionalmente tutelados pelos Direitos Fundamentais.

Sob essa matriz teórica, pontua Lênio Streck:

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição

⁶⁸ Refere Lênio Streck como substancialistas: Cappelletti, Ackerman, M. J. Perry, H. H. Wellington, Dworkin, Paulo Bonavides, Ingo Sarlet, Fernando Faccury Scaff, Antônio Maués, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Adércio Leite Sampaio, Clémerson Clève, João Maurício Adeodato, Luis Roberto Barroso, José Luis Bolzan de Moraes, entre outros. Ver: STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p 28.

de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.⁶⁹

Na concepção de Ronald Dworkin de uma Teoria da Decisão Judicial, que confere aos princípios papel preponderante na proteção dos direitos individuais, fica, também, clara a legitimidade do Judiciário, no âmbito do Estado Democrático de Direito, para exercer uma função de garantia e de concretização dos Direitos Fundamentais individuais. Diz o autor:

Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.⁷⁰

De outra banda, Dworkin rebate o argumento de que a transferência para o Judiciário de competência para realização dos valores e conteúdos da Constituição conflitaria com o ideário democrático, na medida em que só ao Legislativo competiria essa atribuição. Afirma que:

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (...) Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.⁷¹

⁶⁹ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p 25.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 31.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 32.

Diversamente, os *procedimentalistas* atribuem à jurisdição um papel que, embora ativo, se limita ao controle dos procedimentos democráticos, conferindo a responsabilidade de realização dos valores constitucionais a atividade legislativa, em decorrência de seu caráter representativo.

Por sua vez, em seara procedimental⁷², delineiam-se dois âmbitos de retirada de competência do Judiciário e de atribuição ao Legislativo no que se refere à especificação dos conteúdos valorativos, que devem ser determinados e convencionados pelo processo político.

A primeira tese procedimental, capitaneada por John Hart Ely propõe a limitação da atuação do Judiciário por meio do reforço do sistema representativo (*Representation Reinforcement Theory*), que atribui à jurisdição um papel ativo somente quando se trata de assegurar a todos os participantes iguais possibilidades de interação no processo democrático. Dessa forma, a intervenção judicial só é legítima quando visa proteger minorias e garantir a oportunidade para que elas participem do processo político. Afirma o autor:

O nosso desenvolvimento constitucional no século passado se estruturou e reforçou a concepção de controle pela maioria dos governados. (...) a regra do consentimento da maioria é o centro do sistema de governo americano. Por óbvio isto não é tudo, uma vez que a maioria com um poder sem obstáculos está em posição de impor políticas governamentais em seu benefício e em detrimento da minoria, ainda que não haja diferenças relevantes entre os dois grupos. Isto já foi percebido desde o início, tanto que a própria Constituição contém algumas estratégias, que serão posteriormente examinadas e contestadas.⁷³ (tradução livre).

⁷² Refere Lenio Streck como procedimentalistas: Menelick de Carvalho Neto, Marcelo Andrade de Oliveira, Rogério Gesta Leal, Antônio Souza Cruz, Antônio Maia, Gisele Cittadino, Gustavo Binnebojn, Cláudio Pereira de Souza Neto, entre outros. Ver: STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p 28.

⁷³ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. p 7. "Our constitutional development over the past century has therefore substantially strengthened the original commitment to control by a majority of governed. (...) rule in accord with the consent of a majority of those governed is the core of the American governmental system. Just obviously, however, that cannot be the whole story, since a

Ely defende que o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais deve ser feito exclusivamente no âmbito político, porque suas definições é uma questão de escolha que deve ser feita pelo povo. Portanto, de acordo com a tese do autor, o Judiciário ao decidir sobre valores estaria, na verdade, impondo seus próprios valores, que são predominantemente da classe média alta. Estar-se-ia, dessa forma, a cercear os canais de mudança política e violar o Princípio Democrático.

Nas palavras de Ely:

A elaboração de uma teoria de reforço do sistema representativo (Representation Reinforcement Theory) limita a interpretação às disposições constitucionais abertas, reforçando que a jurisdição constitucional deve ater-se às questões de participação e não ao mérito das escolhas políticas realizadas. (tradução livre).⁷⁴

Habermas, que se insere em uma segunda vertente procedimental, invoca um papel mais amplo e aberto de participação política a partir de uma postura ativa e direta dos cidadãos na tomada de decisões fundamentais da Sociedade. Propõe substituir a moralidade e os valores preexistentes por conteúdos que precisam ser construídos argumentativa e discursivamente no processo comunicativo, o que vem a caracterizar, como função primordial da jurisdição, a garantia e a implementação de procedimentos democráticos.

Assevera o autor:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. (...) no

majority with untrammelled power to set governmental policy is in a position to deal itself benefits at expense of the remaining minority even when there is no relevant difference between the two groups. This too has been understood from the beginning, and indeed the Constitution contains several sorts of devices, which I shall be looking at in some detail later, to combat it.”

⁷⁴ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** p 181. “The elaboration of a representation-reinforcing (...) is one that bounds judicial review under the Constitution’s open-ended provisions by insisting that it can appropriately concern itself only with questions of participation, and not with the substantive merits of the political choice under attack.”

agir comunicativo um é *motivado racionalmente* pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.⁷⁵

Diferentemente, Luhmann concebe o Direito como um sistema autopoietico que tem como função reduzir a complexidade social por meio de uma limitação congruente de expectativas. Portanto, a legitimidade da estrutura jurídica é dada pela sua potencialidade de estabelecer uma pré-aceitação das decisões jurídicas ainda não tomadas. “A legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias”.⁷⁶

Uma dimensão de travessia entre o substancialismo e procedimentalismo é apontada por Tribe⁷⁷ que focaliza a discussão nas escolhas constitucionais (*constitutional choices*) que são feitas em diversos níveis, de diferentes maneiras e por múltiplos atores.

Ressalta Tribe que essas escolhas são limitadas pelo texto e pela história constitucional, e que devem ser tomadas num sentido principiológico:

Eu escrevo com a convicção de que as escolhas constitucionais, qualquer que seja a sua natureza, devem ser feitas e estabelecidas como princípios fundamentais, e não como resultado de um cálculo de utilidade ou da aplicação de pseudo-científicas ponderações entre os custos e os benefícios sociais - cálculos e ponderações cuja essência é negar o comprometimento pessoal do intérprete.⁷⁸ (tradução livre).

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989. p. 79.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 104.

⁷⁷ Para Tribe a Constituição é o resultado desse somatório de escolhas e opções feitas por uma pluralidade de sujeitos. Ver TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p.4.

⁷⁸ “I write in part out of a conviction that constitutional choices, whatever else their character, must be made and assessed as fundamental choices of principle, not as instrumental calculations of utility or pseudo-scientific calibrations of social cost against social benefit – calculations and calibrations whose essence is to deny the decision maker’s personal responsibility for choosing.” Ver: TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p.VIII.

Infere-se, portanto, que para o autor a interpretação constitucional é uma prática do exercício de escolhas principiológicas e que, ao adotar-se uma via puramente procedimentalista estar-se-ia a focar primordialmente o aspecto da representatividade, em detrimento da discussão acerca do conteúdo dos Direitos a serem tutelados.

O que não quer significar que a Constituição não deva tratar de aspectos procedimentais, mas, de outra feita, que estes dispositivos de caráter procedimental são essencialmente axiológicos na medida em que estão respaldados em uma teoria material de Direitos Fundamentais.

Nessa esteira prossegue Tribe:

Mesmo as normas constitucionais puramente processuais não podem ser adequadamente entendidas, muito menos aplicadas, na ausência de uma teoria dos direitos fundamentais que proteja as pessoas - uma teoria da qual derivam as escolhas substanciais que os procedimentalistas querem deixar somente para os eleitores e seus representantes.⁷⁹(tradução livre).

É razoável constar a inexorável vinculação entre procedimento e substância, que permite concluir que o Processo é, em si mesmo, eminentemente substantivo e que, por via de consequência, os aspectos substancial e procedimental devem estar indissociavelmente contemplados pela jurisdição.

Note-se, ainda, que o exercício de procedimentos demanda uma leitura material e valorativa na medida em que os conceitos para a operacionalização destes elementos somente existem se lidos a partir de *algum lugar*.

⁷⁹ “Even the Constitution’s most procedural prescriptions cannot be adequately understood, much less applied, in the absence of a developed theory of fundamental rights that are secured to persons against the state – a theory whose derivation demands precisely the kinds of controversial substantive choices that the process proponents are so anxious to leave to the electorate and its representatives.” Ver: TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p. 11.

Nesta ótica, e sob o prisma do Processo penal, afirma Alexandre Rosa:

Dito de outra forma, as *regras do jogo* devem ser constantemente interpretadas a partir de uma matriz de *validade Garantista*, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda, antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional*. Neste caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva do contraditório consiste em sua característica fundamental. Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do *contraditório*, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira.⁸⁰

Pelo rastreio temático que se acaba de fazer verifica-se que as vertentes procedimentalista e substancialista não se afiguram como lógicas excludentes, mas tão somente como diferentes vias, interdependentes e conciliáveis, de operacionalização dos Direitos Fundamentais.

A fim de estabelecer as premissas teóricas necessárias ao desenvolvimento da pesquisa adotar-se-á a compreensão de Constituição aberta, de Canotilho, que reconhece o Estado Democrático de Direito como espaço de explicitação da simbiose entre a legitimidade procedimental e a realização material do conteúdo axiológico dos Direitos Fundamentais. De forma mais explícita, diz o autor:

(..) a solução estará em tornar problemático o conteúdo justo do direito e o conteúdo justo do processo e propor uma base de legitimação jurídica que, simultaneamente, aponte para a constituição como experiência social, ligada a decisões valorativas sobre a ordenação da *res publica* e para uma prática materialmente fundada.⁸¹

⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 72.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 22.

Cumprido o propósito de identificar as três linhas teórico-ideológicas que informam a trajetória interdependente do Constitucionalismo e da Teoria dos Direitos Fundamentais, ficando, assim, caracterizada a relação simbiótica entre Constituição e Direitos Fundamentais, dedica-se o próximo Capítulo a abordagem do Processo enquanto instrumento teórico-prático de implementação das promessas constitucionais e espaço político-jurídico de realização desses Direitos.

CAPÍTULO 2

PROCESSO⁸²: *LOCUS DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

A nova realidade cunhada pelo Estado Democrático de Direito exige o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a esse paradigma, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dele possam ser efetivados no plano prático.

Para tanto, o presente Capítulo tem como objetivo explicitar a compreensão do Processo como espaço de concretização de Direitos Fundamentais, a partir da construção de um substrato teórico e da adoção de uma teoria processual pautada no referencial epistemológico da pós—modernidade.

A primeira seção, por conseguinte, ocupa-se em delinear perfunctoriamente o referencial teórico da pós-modernidade, com ênfase no pluralismo como umas das vertentes sob as quais deve pautar-se a construção desse novo arcabouço teórico.

A segunda seção é dedicada a investigar, de forma sucinta, a natureza jurídica do Processo à luz da Teoria da Relação Jurídica e da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório.

A terceira e última seção dedica-se a reconstruir os argumentos centrais que subsidiam a Teoria Neo-institucionalista do Processo,

⁸² O conceito operacional de Processo será mais bem explicitado no item 2.3. Por ora, tenha-se que "**Processo**, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária **instituição constitucionalizada** que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal (...) converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de **interferência expansiva** e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição". In LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.82.

que garantem seu *status* de instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais.

Cabe informar, desde logo, que o reduzido número de autores referenciados na segunda e na terceira seções encontra justificativa na relativa atualidade do tema e conseqüente ainda reduzida produção científica.

2.1 PÓS-MODERNIDADE E A NOVA BASE TEÓRICA DO PROCESSO

O Estado Democrático de Direito, como tradução de uma realidade circundante, aponta para a necessidade de superação do referencial teórico da modernidade, centrado na racionalidade científica e tendo como modelo de ciência aquele construído pelas ciências naturais, que confia no método como forma de legitimação da verdade.

Sob o referencial moderno descortinou-se o positivismo jurídico e a compreensão do “direito-enquanto- sistema-de-regras”.⁸³

Nesse sentido ressalta Boaventura de Souza Santos o papel do Direito na Sociedade moderna:

Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *ersatz* [sic] que mais se aproxima – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna.⁸⁴

⁸³ Sobre isso ver: STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.5.

⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 119.

Este escopo do Direito na Sociedade moderna implicou, necessariamente, na sua estatização na medida em que objetivava, sob a égide do Estado, pacificar o antagonismo estrutural entre a “regulação e a emancipação social”.⁸⁵

No entanto, a hodierna complexidade e conflituosidade do tecido social e a inoperância do Estado frente às demandas sociais sinalizam que o modelo da racionalidade moderna encontra-se numa profunda e irreversível crise, conforme ressalta Michel Maffesoli:

A impotência para estabelecer uma verdadeira justiça social, o desenvolvimento da miséria, o desvio crescente entre os países ricos e os países pobres, o saque ecológico, tudo anuncia, a prazo, a desestabilização, senão o desmoronamento daquilo que se apresenta como sendo a realização acabada de um estado racional de bem-estar consecutivo ao fim da História e das ideologias.⁸⁶

É nessa linha de raciocínio que Paulo Márcio Cruz destaca que as mudanças que apontam para a pós-modernidade estão a demonstrar:

(...) a internalização do Poder Público da modernidade provavelmente cederá espaço para a transnacionalização do Poder Público. Repensar a Democracia neste momento é fundamental, pois o mundo pós-moderno já não crê na legitimidade que não seja verdadeiramente democrática. São assuntos discutidos ao longo do texto. Observa-se que o problema maior, para se estabelecer os novos fundamentos para a representação democrática será no sentido de se repassar as prerrogativas atuais dos parlamentos representativos para as instituições de Democracia Participativa.⁸⁷

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 120.

⁸⁶ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p.82.

⁸⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade**. In http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf <Acesso em 02/09/08>

Essas transformações tornaram insuficientes as teorias que serviram de fundamento para as ciências modernas nos diversos campos do conhecimento.

Está-se, pois, “a entrar num período de transição paradigmática entre a sociabilidade moderna e uma nova sociabilidade pós-moderna cujo perfil é ainda quase imperscrutável e até imprevisível”⁸⁸ e que requer uma nova epistemologia que forneça substrato teórico para a compreensão, fundamentação e legitimação das novas formas de organização político-social.

Nessa esteira, salienta Wolkmer:

O “novo” já está acontecendo, o problema é que os atuais modelos teóricos não conseguem percebê-lo e retratá-lo. Há de se criar um modelo que permita reproduzir a realidade concreta e a partir daí articular uma proposta de mudança.⁸⁹

O autor aponta, também, como alternativa para novo modelo paradigmático, uma proposta prático-teórica de pluralismo jurídico, hábil a viabilizar um direito comunitário, “cuja dinâmica reguladora é assumida pelas próprias forças individuais ou por grupos coletivos.”⁹⁰

O reconhecimento da pluralidade tanto de ordens jurídicas como de formas de poder e de conhecimento é, também para Boaventura Souza Santos a alternativa ao paradigma positivista moderno de direito centrado no Estado. O reconhecimento dessas pluralidades não significa um rompimento com o direito estatal, mas sim a sua relativização ao “integrar essas formas

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 186.

⁸⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.352.

⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.351.

hegemônicas em novas e mais vastas constelações de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos”.⁹¹

Em sentido semelhante, Paulo Márcio Cruz estabelece o respeito ao pluralismo como umas das vertentes sob as quais deve pautar-se a construção da pós-modernidade. Ressalta o autor:

Repensar a Democracia neste momento histórico é fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores que disputarão a governabilidade mundial e que rompem o paradigma da endogenia estatal moderna, e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e que a igualdade seja vivida a serviço da diferença.⁹²

É nessa linha de raciocínio que Calmon de Passos sublinha que o ganho civilizatório que é o Estado Democrático de Direito impõe que a produção do direito seja pensada em consonância com ele, o que quer significar que:

Enquanto se acreditou haver algo *prévio* e *externo*, transcendente (a divindade) ou imanente (a razão cognitiva) a impor juridicidade ao comportamento humano, foi possível dizer-se e tentar fazer acreditar haver *Direito* antes de ser *produzido*. Em nossos dias, afirmativa desta natureza carece de comprovação prática e de justificação teórica aceitável. Destronada a divindade e problematizada a razão cognitiva, impõe-se rever o pensamento tradicional. O que se mostra evidente, hoje, é que, ontologicamente (onticamente) nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. (...) o Direito não nos é dado como são dadas as realidades do mundo físico.⁹³

⁹¹SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 261.

⁹²CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade**. In http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf <Acesso em 02/09/08>

⁹³PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.73.

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico pontua Rosemiro Pereira Leal a necessidade de “destruir o Estado de Justiça que está a emperrar a transição para a pós-modernidade” e construir uma nova *práxis* jurídica a partir de bases discursivas e da auto-inclusão processual de uma comunidade jurídica capaz de se instituir por si mesma, a partir do sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.⁹⁴

Importa reconhecer, também, que sob essa ótica os Direitos Fundamentais são os pressupostos do discurso juridicamente institucionalizado e que, por sua vez, tem como finalidade a concretização desses Direitos estabelecidos pela vontade soberana da comunidade e constitucionalmente tutelados.

Ressalta Rosemiro Pereira Leal que a “pós-modernidade já constitucionalizada no Brasil e em várias legislações do planeta” demanda a busca de novos paradigmas para a jurisdição, pois a “tensão faticidade-validade que marca a modernidade não pode ser resolvida pela razão instrumental, uma vez que essa é teoricamente insatisfatória para decidir em Sociedade complexas.”⁹⁵

Cumprе lembrar, nesse passo, que para Paulo Márcio Cruz a grande marca da modernidade é a dicotomia público-privado, e que a base principal da cidadania⁹⁶ moderna é a propriedade. Assim sendo, a passagem da modernidade para a pós-modernidade se dará pelo solapamento das bases lógicas dentro do próprio sistema. A criação e a aplicação de novos direitos, como

⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.30.

⁹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 32.

⁹⁶ Note-se que “um conceito contemporâneo de cidadania não mais compreendida como condição daquele que seria membro natural de uma comunidade ética e política concreta, que compartilharia um mesmo e único ideal de vida boa, mas como sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos, capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de políticas públicas, sem impor um único modelo de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a realização de um projeto cooperativo de fixação de condições de vida recorrentemente mais justas.” In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 178.

por exemplo a questão ambiental, tem sido um dos instrumentos de rompimento desse paradigma.

Anotam, a propósito, Paulo Márcio Cruz e José Francisco Chofre Sirvent:

A necessidade de superação do Estado Constitucional Moderno acompanha o que vem acontecendo com todas as estruturas de convivência política, que surgiram de crises, de uma crise anterior, se consolidaram durante determinado tempo e, por fim, cederam seus lugares a novas que, por sua vez, acabaram por entrar em decadência. Isto é assim porque o Estado, como toda estrutura de convivência, é fruto de uma cultura anteriormente descrita.⁹⁷

Em sentido semelhante, analisa Patrícia Luíza Kegel inadequação da base teórica-constitucional do Estado frente aos desafios colocados a partir do processo de integração europeia e a supranacionalidade⁹⁸, enquanto instrumento de desordem da teoria constitucional tradicional.

Afirma a autora:

(...) a atual crise da teoria constitucional europeia perante o processo de integração regional, possui seu fundamento em um obstáculo de ordem política e não jurídica: a existência e continuidade dos Estados soberanos em sua atual configuração.⁹⁹

⁹⁷ CRUZ, Paulo Márcio da e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. In <HTTP:jus2.uol.com.br>. Acesso em 04/05/08.

⁹⁸ “(...) um novo tipo de organização internacional, em que os Estados membros não se encontram mais em situação de absoluta igualdade, é permitida a ingerência em seus assuntos internos, a relação entre a organização e os Estados deixa de ser de coordenação e passa a ser de subordinação destes àquela, implicando assim numa transferência substancial de competências legislativas, executivas e judiciárias por parte dos Estados em favor da organização.” In KEGEL, Patrícia Luíza. A teoria constitucional no âmbito do processo de integração europeu. **Saberes**. Jaraguá do Sul: ano 3, v.3, n.1, jan./abr. 2002. p.3.

⁹⁹ KEGEL, Patrícia Luíza. A teoria constitucional no âmbito do processo de integração europeu. **Saberes**. Jaraguá do Sul: ano 3, v.3, n.1, jan./abr. 2002. p.8.

Revisitada, portanto, a transição paradigmática que para Boaventura Souza Santos “é um período histórico e uma mentalidade”¹⁰⁰, apresenta-se necessária a compreensão do Processo no contexto da pós-modernidade, como “direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica.”¹⁰¹

É necessário, pois, que se adote uma teoria processual que contemple o Processo no contexto do Estado Democrático de Direito, “que não se prenda a uma visão liberal ou uma visão de bem-estar social e que procure resgatar a importância do Direito Processual (...) na dinâmica da aplicação jurisdicional do Direito.”¹⁰²

A compreensão do Processo no contexto da pós-modernidade implica reconhecer que a Constituição é a “única fonte do poder legítimo jurídico-institucional, e não mais o Estado ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem.”¹⁰³

A adoção dessa premissa anuncia a necessidade de elaboração de uma teoria processual ¹⁰⁴que respalde a compreensão do

¹⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 257.

¹⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.124.

¹⁰² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.17.

¹⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.49.

¹⁰⁴ Registre-se que alguns autores, entre eles Nelson Nery Júnior, fazem distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. O primeiro entendido como um conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito Processual e o segundo como sendo o processo através do qual a jurisdição constitucional é exercida. Sobre isso: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.20-22.

No entanto, para efeitos desse relatório adota-se a linha doutrinária de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira que entende irrelevante tal distinção uma vez que “no Brasil qualquer processo é constitucional, que em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas (...)” Sobre isso: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.213.

É também nesse mesmo sentido que Rosemiro Pereira Leal destaca que a “dicotomia de um direito processual constitucional e constitucional processual desserve a necessária clareza (...) pois tem agravado o equívoco acadêmico de se colocar o PROCESSO fora da Constituição,

Processo como instituição, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição deixa de ser um “estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas em que o Estado comparece como uma delas e com funções específicas”.¹⁰⁵

O modelo processual atrelado ao Estado Liberal pauta-se nos moldes do privatismo, individualismo e formalismo e, sobretudo, na desvinculação do compromisso constitucional de primazia dos Direitos Fundamentais.

No entanto, a nova síntese em construção com o Estado Democrático de Direito, a partir da integração dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos ao conjunto dos Direitos Fundamentais, incita a Sociedade a participar da construção do Direito positivo, da sua interpretação e concretização.

Nessa linha de cogitação, Zenildo Bodnar sublinha:

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica e de ataques suicidas do homem ao meio ambiente, caracteriza um novo tempo. Um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas e inteligentes formas de equacionamento.¹⁰⁶

A inexorável interdependência entre o Direito e o Processo é sublinhada por Calmon de Passos que ressalta:

(...) o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) e sim elaborado pelo homem, mas incapaz de reificação – tornar-se produto – só existindo enquanto produzido. É sempre o resultado do agir comunicativo dos homens, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é

rebaixando-o à condição de mero sistema procedimental (...).” Sobre isso: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61.

¹⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.48.

¹⁰⁶ BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. In http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf. <Acesso em 24/06/09>.

a sociedade (...). O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.¹⁰⁷

Resta claro, dessa forma, a premência da resignificação do Processo, que não mais pode ser compreendido no viés instrumentalista, que tem como escopo a atuação da lei material e a pacificação social.

A relação entre o Direito material e o Processo deixa de ser uma relação instrumental e passa a ser integrativa. “O processo, portanto, não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito”.¹⁰⁸

Adotando-se como pano de fundo o paradigma da pós-modernidade e tendo-se presente a necessidade de construção de uma teoria processual que viabilize a efetivação dos Direitos Fundamentais nesse novo contexto, passa-se a um exame perfunctório da Teoria do Processo como Relação Jurídica, típica da modernidade; passo necessário ao entendimento da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório e da Teoria Neo-institucionalista, que fornecerão o substrato teórico deste relatório.

2.2 PROCESSO: DA RELAÇÃO JURÍDICA AO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

A Teoria do Processo como Relação Jurídica¹⁰⁹, esteeda nos postulados liberais, identifica por meio da distinção entre seus sujeitos, objetos e pressupostos duas espécies de relações jurídicas entre as partes; uma de natureza material e outra de natureza processual.

¹⁰⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.22-23.

¹⁰⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.74.

¹⁰⁹ Historicamente verifica-se que uma série de escolas do pensamento jurídico tentaram explicar, cada qual a seu modo, a natureza jurídica do processo. Entre elas, Teoria do Processo como Contrato, Teoria do Processo como quase-contrato, Teoria do Processo como Situação Jurídica, que não serão abordadas no presente relatório, pois não se inserem na moldura teórica proposta.

Desenvolvida por Oskar Von Bülow é a estrutura teórica que informou a confecção do Código de Processo Civil brasileiro e predomina até hoje, na chamada Teoria da Instrumentalidade do Processo.¹¹⁰

O preceito fundamental dessa teoria é a autonomia do Processo em relação ao Direito material, que passa a ser visto como instrumento técnico-operativo que tem a função de realizar a ordem jurídica material, despidido de qualquer conotação deontológica.

Rosemiro Pereira Leal¹¹¹ salienta que Bülow, a partir da fixação da premissa da autonomia do Processo, elabora os seus pressupostos de existência e desenvolvimento regular, tendo como ponto de partida a relação juiz, autor e réu. Dessa forma, a validade e a legítima constituição do Processo se constituem em requisitos relativos ao juiz, autor e réu, que devem estar dispostos em lei processual.

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico, para Chiovenda¹¹² o ordenamento jurídico deve ser compreendido a partir de sua dualidade ontológica. O Direito material que dita as regras abstratas que tutelam os bens da vida, e o Direito processual a quem cabe a realização prática dessas normas.¹¹³

Sendo assim, entende ser o Processo uma unidade que contém uma relação jurídica e conceitua-o como “o complexo dos atos ordenados

¹¹⁰ Conforme: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.76-77.

¹¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.76.

¹¹² **Giuseppe Chiovenda** (1872-1937) jurista italiano, iniciou sua carreira ensinando nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e Roma. Sua contribuição deu-se principalmente na área do direito processual, sendo conhecido como um dos maiores expoentes da doutrina jurídica italiana. Defensor do princípio da oralidade processual, seus pensamentos foram referências importantes na elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1940. Juntamente com Francesco Carnelutti, em 1924 fundou e dirigiu a *Rivista di Diritto Processuale Civile*. In http://pt.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_Chiovenda<Acesso em 08/09/2008>

¹¹³ Sobre isso: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.39.

ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.¹¹⁴

Qualifica a relação jurídica processual como uma relação de Direito público, autônoma e concreta. Dessa maneira, o Processo é também uma relação jurídica autônoma, pois mesmo não se evidenciando, ao final, no pronunciamento do juiz o direito alegado pelo autor, a relação processual existiu. É, concomitantemente, uma relação jurídica complexa, pois comporta um conjunto de direitos e deveres relativos ao juiz, autor e réu, que se conectam em virtude do objetivo comum que é a realização do Direito material.

Liebman,¹¹⁵ por sua vez, leciona que o Processo é o meio de obtenção do provimento jurisdicional, ou seja, atividade mediante a qual se realiza a jurisdição e que:

(...) deve ser realçado que a pendência do processo determina a existência de toda uma série de posições e relações recíprocas

¹¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 37.

¹¹⁵“Enrico Tullio Liebman, italiano, nasceu em 1903, na cidade de Leopoli. Graduou-se na Faculdade de Direito de Roma, onde teve como mestre Giuseppe Chiovenda. Ocupou a cátedra de *diritto processuale civile* da Universidade de Parma. Chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde apresentou idéias extremamente revolucionárias para a época. Seu pensamento influenciou inúmeros juristas brasileiros, tais como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Em virtude disso, costuma-se dizer que Liebman fundou uma verdadeira Escola - a Escola Processual de São Paulo. Tal Escola, por meio de um de seus mais destacados integrantes, o Prof. Alfredo Buzaid, foi a maior motivadora da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, buscou na obra e no pensamento de seu mestre o amparo para reformular institutos mal disciplinados no Código de 1939, assim como para introduzir institutos ou soluções até então estranhas ao sistema brasileiro. A prevalência do pensamento *liebmaniano* pode ser claramente percebida no Código de Processo Civil de 1973, em diversos momentos, como, por exemplo, na disciplina do julgamento antecipado do mérito (art. 330 do CPC), na equiparação da eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos títulos judiciais, no conceito que o Código fornece para a coisa julgada, definindo-a como imutabilidade da sentença, e não como seu efeito (art. 468 do CPC), bem como na adoção das três condições da ação propostas por Liebman (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido).” In <http://www.abdpc.org.br>. <Acesso em 07/09/2008>.

entre seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu conjunto, uma relação jurídica processual.¹¹⁶

A conceituação de Processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu reflete “a sujeição entre as partes pelo regime de direitos subjetivos, de conotação nitidamente voluntarista, em que o autor, no pólo ativo, exige do réu, no pólo passivo, cumprimento do direito de que se diz titular.”¹¹⁷

Na concepção de Liebman, a jurisdição consiste na atividade do juiz de julgar, ou seja, “valorar um fato passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*)”.¹¹⁸

Importa frisar que é a partir desse conceito de jurisdição que se edificou a Teoria da Instrumentalidade, para a qual a jurisdição é instrumento para a pacificação social, e o Processo possui escopos metajurídicos na medida em que “deve-se tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso a ordem jurídica justa.”¹¹⁹

O Processo é, portanto, para os adeptos dessa doutrina uma relação jurídica com um fim teleológico, ou seja, “um instrumento a serviço da paz social”.¹²⁰

A afirmativa de que o Processo é instrumento leva, inexoravelmente, à indagação acerca dos objetivos a serem perseguidos por esse instrumento.

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.40.

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.83.

¹¹⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.4.

¹¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.44.

¹²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 41.

Nesse sentido, Dinamarco ressalta:

Todo instrumento como tal é *meio*; e todo o meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.¹²¹

Ressalte-se, também, a distinção feita pela Teoria da Relação Jurídica, inclusive na sua vertente instrumentalista, entre as categorias Processo e procedimento, este entendido como a “soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica (...).”¹²² É, sob essa ótica, um conjunto organizado de atos que se sucedem, o meio pelo qual o Processo se realiza. Diferentemente disso, o Processo se define pela sua finalidade de exercício da jurisdição.

Conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas do processo da ordem legal do processo.

O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder).¹²³

Uma dimensão de travessia para o novo paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito é apontada por Elio Fazalari, ao desenvolver a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, que passará a ser objeto de uma investigação perfunctória.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.181.

¹²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 321.

¹²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 277.

Aponta o autor que para chegar-se a noção de Processo “devemos partir da norma jurídica para traçar algum perfil de teoria das formas (jurídicas): como constataremos, o processo é, de fato, uma de tais formas.”¹²⁴

A norma, que tem o valor como natureza, no plano lógico-formal consiste em um cânone de valoração da conduta. Estabelece a descrição de um comportamento e seus elementos e requisitos e o qualifica de lícito ou devido. A conduta ilícita, por sua vez, é estabelecida pelo comportamento contrário ao prescrito na norma.

Logo, a ilicitude não está contida na abstração da norma, mas assume a forma de um comportamento valorado frente à situação concreta. “Ilícita é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas àquela concretamente mantida por um sujeito, de forma diferente do modelo de conduta devida (...)”.¹²⁵

Diante disso, é importante destacar-se que os atos lícitos, entendidos como faculdades ou poderes não se confundem com a concepção tradicional de direito subjetivo¹²⁶ na medida em que constituem poderes quando consistem em declarações de vontade e faculdades quando a “vontade não necessita ser declarada porque é implícita como consciente determinação do agente de ter o comportamento descrito na norma.”¹²⁷

Ressalta Aroldo Plínio Gonçalves que a expressão *posição subjetiva* tem um sentido específico:

Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames.

¹²⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.76.

¹²⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.78.

¹²⁶ “Direito subjetivo, de modo geral, pode ser entendido como a prerrogativa ou faculdade outorgada por lei ou por contrato, a uma pessoa, para praticar certo ato. Mais precisamente: faculdade, assegurada por lei, de exigir determinada conduta (ação ou omissão) de alguém, que, por lei ou ato jurídico, está obrigado a observá-la”. Sobre isso: GUSMÃO. Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.261.

¹²⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 107.

Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, faculdades ou devidas.¹²⁸

A norma, como cânone de valoração, contém, freqüentemente, a indicação do pressuposto em presença do qual o comportamento previsto é submetido à valoração jurídica. Esse pressuposto, denominado por Fazzalari de *fatispécie*, pode ser um fato ou um ato, simples ou negocial.

Assim, a norma apresenta três perfis mais freqüentes: cânone de valoração, ato jurídico e posição jurídica subjetiva. A posição jurídica subjetiva precede ao cânone de valoração e antecede o ato jurídico, estabelecendo a conexão entre eles. Dessa maneira, antes que um sujeito pratique um ato jurídico denota-se a posição jurídica, que pode ser uma faculdade, um dever ou um direito, que assegura ao sujeito uma posição de vantagem que, por sua vez, é um direito subjetivo, uma “posição fundamental de segundo grau.”¹²⁹

O procedimento, para Fazzalari, é uma das formas¹³⁰ possíveis, pois é uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, “uma seqüência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação eles conspiram”.¹³¹

Prossegue Fazzalari:

(...) o procedimento se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o

¹²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 109.

¹²⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.83.

¹³⁰ Conforme Fazzalari, (...) “uma teoria das formas pode dizer respeito às normas de vários ordenamentos, históricos ou contemporâneos, desde que homogêneos por pertencerem a uma mesma área cultural; e, portanto, nesse sentido é geral.” Sobre isso: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. p.57.

¹³¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.81.

cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora do ato final.¹³²

A estrutura do procedimento, entendida como seqüência de normas, atos e posições subjetivas, manifesta-se quando está-se diante de uma série de normas, cada uma delas reguladora de uma conduta e tendo como pressuposto de aplicação o cumprimento de atividade regulada pela norma anterior.

Na precisa observação de Fazzalari:

(...) o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade.¹³³

Posta assim a questão é de se dizer que na cadeia normativa que compõe o procedimento, a observância da incidência da norma que prevê o ato que pode ser exercido ou que deve ser cumprido é condição de validade da incidência de outra norma que dispõe sobre o ato seguinte.

Aroldo Plínio Gonçalves, a partir do quadro conceitual de procedimento elaborado por Fazzalari, esclarece que a adoção da premissa de que o pressuposto para a incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista na norma anterior, não pode ser concebida de forma linear.

Mas o procedimento é mais do que uma mera seqüência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode

¹³² FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.81.

¹³³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.117.

por ela ser acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.¹³⁴

Tomando como ponto de partida a definição de procedimento e utilizando-se de um critério lógico de inclusão, Fazzalari esboça a concepção de Processo como espécie do gênero procedimento, que se distingue pelo tratamento dispensado aos atores processuais que sofrerão os efeitos do ato final, e que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade.

Nas palavras de Fazzalari:

Se, pois o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento de sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos *interessados* (aqueles que aspiram a emanção do ato final – *interessados* em sentido estrito – aqueles que queriam evitá-lo, ou seja, os *contra-interessados*) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o contraditório, faz-se mais articulado e complexo e do *genus* procedimento é possível extrair a *species* processo.¹³⁵

Resulta claro, portanto, que o ponto de distinção entre as categorias Processo e procedimento é o atributo do Contraditório, qualidade ontológica do primeiro.

Impende destacar que um dos pontos de discrepância entre Fazzalari e a Teoria da Relação Jurídica é a possibilidade de conferir-se ao Processo um caráter teleológico.

A adoção do critério teleológico pela Teoria da Relação Jurídica na sua vertente instrumentalista implica reconhecer que o Processo se define pelo seu fim, de instrumento pelo qual a jurisdição se realiza. O

¹³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 111.

¹³⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 94.

procedimento, por sua vez, seria a sucessão lógica de atos, sem qualquer atributo finalístico.

Diferentemente, Fazzalari buscou um critério lógico de inclusão ao estabelecer que “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório (...).¹³⁶

A concepção de Processo como espécie do gênero procedimento implica, por sua vez, conceber a existência de procedimentos em geral, que não se incluem na categoria Processo.

Diante disso, apresenta-se necessária a identificação, dentro do próprio sistema jurídico, do elemento de distinção entre o gênero procedimento e a espécie Processo: o contraditório. “(...) a pluralidade dos sujeitos é indispensável (...) mas não se constitui na característica, que está na qualidade dos sujeitos e no modo de sua participação no *iter* formador do provimento [contraditório].”¹³⁷

É nessa linha de raciocínio que Fazzalari pontua a estrutura dialética do Processo:

Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. (...) É necessária alguma coisa mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o *contraditório*.¹³⁸

A estrutura dialética do Processo é outro traço distintivo entre a Teoria da Relação Jurídica e a do Processo como Procedimento em Contraditório. Enquanto para a primeira a existência de Processo está ligada a

¹³⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119.

¹³⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118.

¹³⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.119.

um conflito de interesses, para a segunda só existirá Processo em havendo o Contraditório.

Essa é, precisamente, a lição de Fazzaroli:

A referência à estrutura dialética como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o processo como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou potência, um conflito de interesses (...). O conflito de interesses (ou modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.¹³⁹

Percebe-se, assim, que a adoção do modelo conceitual de Processo como procedimento que se realiza em Contraditório entre as partes leva, por decorrência lógica, a conclusão de que a finalidade ou a instrumentalidade técnica do Processo é a preparação do provimento jurisdicional.

Acerca da dimensão dessa preparação do provimento, destaca Aroldo Plínio Gonçalves:

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade (...).¹⁴⁰

Em sentido semelhante, Laurence H. Tribe parte da premissa de que escolhas constitucionais devem ser feitas de muitas maneiras e em diferentes níveis, por todos nós, e que “a Constituição é, em parte, a soma de

¹³⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.120.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 111.

todas essas escolhas”.¹⁴¹ Sob esse enfoque, o Processo é visto como espaço de oportunidade para realização de direitos:

Necessariamente, sob esse ponto de vista, o processo deve ser visto como meio de identificar e proclamar direitos fundamentais substantivos, incluindo o direito substantivo de participar de forma igualitária na evolução legal e política.¹⁴²

O paradigma do Estado Democrático de Direito, calcado na soberana vontade popular e na constitucionalidade democrática, demanda a construção de uma teoria processual, apta a realizar, no caso concreto, os direitos constitucionalmente garantidos.

Nesse prisma, a teoria do Processo como procedimento em Contraditório se afigura como alternativa de teoria processual, orgânica e sistematizada, para realização de uma jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito; assim como a teoria Neo-institucionalista do Processo, objeto de descrição da próxima seção.

2.3 TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA: O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado da pós-modernidade, a partir da integração dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos ao rol dos Direitos Fundamentais, da participação da Sociedade no novo modelo de democracia e a explicitação dos conflitos sociais, demanda canais legítimos para integração e construção de novas sínteses e consensos.

¹⁴¹ TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p.vii. “Constitutional choices must be made; (...). We make them at many levels and in many ways. The Constitution is in part the sum of all these choices.

¹⁴² TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. p.17. “Necessarily, such an approach must look beyond process to identify and proclaim fundamental substantive rights-including substantive rights to participate on equal terms in the evolution of law and policy”.

Vislumbra-se, dessa forma, o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a essa nova realidade, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dela possam ser efetivados no plano prático.

Na precisa observação de Rosemiro Pereira Leal:

A visão pós-moderna de Estado é que tem que nortear o estudo atual do PROCESSO sua autonomia jurídica na constitucionalização estrutural das Sociedades Políticas. As instituições, no pós-modernismo, não têm mais as características de complexidades teóricas ou fáticas não desatáveis pela reflexão humana, mas representam historicamente espaços de existência ou redes de relação de poder ao nível das funções estatais.¹⁴³

Sob tal premissa, fica evidente a inadequação da Teoria do Processo como Relação Jurídica, por ser notadamente calcada em postulados do Estado Liberal, em especial na autonomia da vontade, que inadmite a existência de direitos sem sujeitos, estes considerados em posições antagônicas.

A incompatibilidade da concepção clássica de Processo com a tutela de interesses de natureza difusa e coletiva é sublinhada por Zenildo Bodnar, que ressalta:

(...) a necessidade da consolidação de um novo paradigma de prestação jurisdicional embasado na idéia de dever fundamental geral de proteção do ambiente e a adoção de medidas concretas que facilitem a participação direta do cidadão e dos atores sociais na solução dos conflitos ambientais.¹⁴⁴

Sob esse novo enfoque, o Processo passa a ser instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais. A relação Processo-

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.48.

¹⁴⁴ BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. In http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf. <Acesso em 24/06/09>.

jurisdição deixa de ser de meio e fim, para configurar-se em uma relação de natureza integrativa.

Na lição de Calmon de Passos:

Sem o processo, não há o produto, e só enquanto há processo há produto. (...). Destarte, se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão substancial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influiu em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.*¹⁴⁵

Nessa linha de raciocínio, Calmon de Passos apresenta seus conceitos operacionais para Processo e procedimento:

Podemos, portanto, conceituar o processo como atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo procedimento com referido ao complexo dos atos juridicamente comandar de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos, e serve para a preparação de tomada de decisões, sejam administrativas ou jurisdicionais. Os procedimentos constituem, assim, *um sistema de interações* entre os poderes públicos e os cidadãos, ou entre unidades organizatórias públicas, como sugerido por Canotilho.¹⁴⁶

O paradigma teórico da processualidade, compatível com o Estado Democrático de Direito, que rompa com a visão liberal e a visão do bem-estar social implica, segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, reconstruir a compreensão normativa do Estado como “institucionalização jurídica de canais de

¹⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.24.

¹⁴⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.79.

comunicação público-política sobre razões éticas, morais, pragmáticas e de coerência jurídica.”¹⁴⁷

Nesta ótica, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira identifica a participação dos destinatários do provimento judicial como sendo o ponto crucial da processualidade contemporânea.

O autor propõe, então, investigar a natureza jurídica do Processo à luz da tese de Fazzalari¹⁴⁸, que entende procedimento como gênero do qual Processo é espécie. Para tanto, inicia estabelecendo um conceito para procedimento:

Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. (...) Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela revisto.¹⁴⁹

Processo, para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, é procedimento discursivo e participativo, que garante a construção de uma decisão da qual participem os interessados, ou seja, aqueles cuja esfera jurídica o provimento possa alcançar:

O processo caracteriza-se como espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Mas essa

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 178.

¹⁴⁸ A teoria de Fazzalari de processo como procedimento em contraditório foi tratada na seção anterior.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. p Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 193.

participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório.¹⁵⁰

Importa reconhecer, pois, o Contraditório como o elemento definidor da existencialidade do Processo. No entanto, o Contraditório há, também, que ser qualificado pela simétrica paridade, como bem destaca Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre que houver o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.¹⁵¹

Significa dizer, portanto, que os destinatários do provimento jurisdicional devem não só participar de forma igualitária na sua preparação, como também ter consciência da forma pela qual nasceu o ato estatal que irá interferir em suas esferas jurídicas.¹⁵²

Vale, nesse contexto, referir a observação de Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Silveira Filho acerca do Contraditório:

(...) o contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado.¹⁵³

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 193-194

¹⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 194.

¹⁵² Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira faz referência ao pensamento de Aroldo Plínio Gonçalves. Sobre isso: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 199.

¹⁵³ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.76

Para a construção da Teoria Neo-institucionalista do Processo, Rosemiro Pereira Leal toma como ponto de partida o Estado Democrático de Direito:

Não há *Estado democrático de direito* pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância de uma *condição* jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito.¹⁵⁴

Revela-se, com isso, que é a abertura do ordenamento que viabiliza a todos o “exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.”¹⁵⁵

O Estado na pós-modernidade, não é o todo do ordenamento jurídico, mas se articula com outras instituições,¹⁵⁶ entre elas a do Processo, da cidadania e da soberania popular, de modo interdependente e num regime de subsidiariedade recíproca.

O Processo é concebido como instituição regente e como pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de Direitos Fundamentais. A elaboração de seu conceito não prescinde do reconhecimento do “grau de autonomia jurídica como se desponha no texto constitucional, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e instituições de inerência universalizante (...)”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 122.

¹⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 171.

¹⁵⁶ “As instituições, no pós-modernismo, não têm mais as características de complexidades teóricas ou fáticas não descartáveis pela reflexão humana, mas representam historicamente espaços de existência ou redes de relação de poder ao nível das funções estatais.” Sobre isso: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.48.

¹⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.49.

Cabe, nessa linha de raciocínio, apontar um ponto de clivagem entre a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, de Fazzalari, e a Teoria Neo-institucionalista do Processo.

Para a concepção de processo com instituição-eixo do sistema normativo e como espaço dialógico de construção e efetivação de direitos, não basta reconhecê-lo como um procedimento técnico-estrutural em Contraditório entre as partes, como o faz Fazzaroli.

Assim é que não há Processo nos procedimentos, quando ele não estiver prévia e institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do Contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, isonomia e do Devido Processo Legal. Portanto, sem esta institucionalização de fundo constitucional, ainda que o procedimento respeite o Contraditório, não há que se falar na existência de Processo.¹⁵⁸

Sob a ótica neo-institucionalista, o Processo é o *locus* de cidadania, instrumento democrático para estabelecimento de sentido no tempo e no espaço, conforme explana Rosemiro Pereira Leal:

A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.¹⁵⁹

Nesse sentido é inevitável retornar-se a Calmon de Passos que assinala que “o Direito é o que dele faz o Processo de sua produção,”¹⁶⁰ e aproximá-lo de Rosemiro Pereira Leal que aponta o Processo como espaço discursivo de construção e realização de direitos:

¹⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 75.

¹⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.50.

¹⁶⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.68.

(...) a transição para a pós-modernidade reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico (...).¹⁶¹

Diante disso, não é desarrazoado inferir que a realidade jurídica é, ontologicamente, dependente de uma constante testificação processual. “Portanto, a denominada lacuna da lei é o espaço jurídico de liberdade processual (...) e não um defeito caótico do direito escrito.”¹⁶²

A adoção do balizamento teórico fornecido pela teoria institucional de produção processual do Direito implica no enfrentamento da questão da legitimidade do ordenamento jurídico.

À construção kelseniana da norma fundamental¹⁶³ como fonte primeira da validade de todo ordenamento jurídico, das constituições editadas e daquelas que as substituírem, contrapõe-se um direito à produção processual permanente para legitimar a validade do Direito vigente.

Dito de outra forma:

(...) é na perquirição da base produtiva do direito que se afere a legitimidade da norma aplicável e tal relevância só é questionável na estrutura do procedimento instaurado como espaço compartilhado de fiscalidade permanente da constitucionalidade

¹⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 30.

¹⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.46.

¹⁶³ Kelsen entende por norma fundamental “aquela mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. (...). A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.” Sobre isso: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.217.

do direito vigente em instância das garantias processuais de ampla defesa, contraditório e isonomia.¹⁶⁴

Ao referir-se à legitimidade, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ressalta que a tensão, inerente ao Estado Democrático de Direito, que se estabelece entre a “pretensão de legitimidade e a positividade do direito manifesta-se, no exercício da jurisdição, como um problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente.”¹⁶⁵

A possibilidade de realizar essa dupla pretensão de legitimidade e de certeza da decisão é dada, por um lado, por meio da “reconstrução argumentativa no Processo da situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto.”¹⁶⁶

A jurisdição, diferentemente do Processo que se define em garantias principiológicas asseguradas na Constituição, “por si mesma não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo princípios fundamentais do Processo.”¹⁶⁷

O Processo, por reunir as garantias de liberdade e igualdade do homem no espaço discursivo procedimental é, também, instrumento de realização da cidadania¹⁶⁸, conforme anota Rosemiro Pereira Leal:

A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só

¹⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 68.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 198.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 198.

¹⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.40.

¹⁶⁸ Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira salienta que cidadania deve ser compreendida com “sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos, capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de programas de políticas públicas, sem impor um único modelo de vida boa (...)”. Sobre isso: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. p. 178.

este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.¹⁶⁹

O Processo como instituição jurídica constitucionalmente instituída e produtora de direitos subseqüentes é Direito Fundamental e instrumento de fiscalidade processual de reconstrução, revisão e reafirmação de outros Direitos Fundamentais.

Uma vez abordados esses referenciais teóricos que fornecem substrato à Teoria Neo-institucionalista do Processo, adotar-se-á no presente relatório o seguinte conceito operacional para a categoria Processo:

(...) Processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes, para estabelecer os critérios de *formação da vontade* (isonomia, contraditório, ampla defesa – direitos de 1ª geração) e, a partir desta, promover o *exercício da vontade* assim formada (formalizada) para deliberação sobre diversas e diferentes *situações jurídicas* (direitos materiais) a serem criadas também discursivamente (*devido processo legislativo*) e transpostas para uma positividade normativa.¹⁷⁰

Cumprido o propósito de identificar o Processo como espaço de concretização de Direitos Fundamentais, a partir da construção de um substrato teórico e da adoção de uma teoria processual pautada no referencial epistemológico da pós—modernidade, dedica-se o próximo Capítulo a abordar os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório.

¹⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.50.

¹⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 75.

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS COMO MEIO DE REABILITAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA E DA AXIOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A superação histórica da modernidade e os novos paradigmas do pós-positivismo¹⁷¹ demandam reflexão acerca da dimensão processual dos Direitos Fundamentais e de uma utilização construtiva da dogmática jurídica, pautada na investigação dos Princípios Processuais Constitucionais enquanto instrumentos de realização da vontade constitucional e meio de reabilitação da razão prática¹⁷².

A adoção da premissa de que o “direito é um saber prático e deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas de modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais,”¹⁷³ associada ao aporte teórico adotado pela pesquisa, no que se refere ao modelo de Constituição aberta, a

¹⁷¹ O pós-positivismo, para Luis Roberto Barroso, é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e da Teoria dos Direitos Fundamentais. Sobre isso: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327.

¹⁷² “Em geral, comportamento racional é o que permite dominar uma situação, enfrentar suas mudanças e corrigir os eventuais erros do próprio procedimento. Portanto, a racionalidade de um procedimento só pode ser determinada em relação a situação específica que ele permite enfrentar. (...) No significado de referencial da conduta humana no mundo, a Razão pode ser entendida em dois significados subordinados: a) como faculdade orientadora geral; b) como procedimento específico de conhecimento. [Como faculdade orientadora geral] é o sentido fundamental, do qual a palavra extraiu a potência do significado que a transformou, há séculos, no emblema da livre investigação. A R. é a força que liberta dos preconceitos, do mito, das opiniões enraizadas mas falsas e das aparências, permitindo estabelecer um critério universal ou comum para a conduta do homem em todos os campos. Por outro lado, como orientador tipicamente humano, a R. é a força que possibilita a libertação dos apetites que o homem tem em comum com os animais, submetendo-os a controle e mantendo-os na justa medida.(...)”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.824-825. O conceito operacional de razão prática será melhor explicitado no item 3.3.

¹⁷³ Streck, Lenio Luiz. **Concretização de direitos e interpretação da Constituição**. In Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXXI, Coimbra, 2005. p.303.

Teoria dos Direitos Fundamentais e a Teoria Neo Institucionalista do Processo, pautaram a escolha dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório como objeto de investigação deste Capítulo.

Ressalte-se que embora o presente estudo, em decorrência do recorte metodológico proposto, tenha como objeto de estudo os Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, o arcabouço principiológico constitucional informador do Processo contempla uma gama de outros Princípios que serão somente referidos no item 3.1.

O presente Capítulo, composto por três seções, inicia-se com um delineamento perfunctório dos contornos teórico-conceituais da Categoria Princípio.

A segunda seção dedica-se a elaborar um esboço histórico do Devido Processo Legal, para então ocupar-se da investigação da natureza do Princípio à luz da Constituição de 1988.

Passo seguinte, na terceira seção examina-se o papel representado pelo Princípio do Contraditório na ultrapassagem do modelo representacional positivista para o novo modelo de Direito de formato dialógico-processual, hábil a concretizar Direitos Fundamentais.

3.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS: CONTORNOS TEÓRICO-CONCEITUAIS

A categoria Princípio, polissêmica, pode significar causa, origem, começo, fonte, início, matriz, regra ou lei. Dessa forma, sua compreensão deve ser buscada na atitude filosófica de encontrar uma explicação lógica para o universo.

Nesse diapasão, conforme pontua Danilo Marcondes, a razão busca elementos que sirvam de ponto de partida para a apreensão da realidade:

A importância da noção de *arqué* está exatamente na tentativa por parte desses filósofos de apresentar uma explicação da realidade em um sentido profundo, estabelecendo um princípio básico que permeie toda a realidade, que de certa forma unifique, e que ao mesmo tempo seja um elemento natural.¹⁷⁴

A nova teoria constitucional, objeto de investigação do primeiro Capítulo da pesquisa, estabelece a hegemonia axiológico-normativa dos Princípios, acolhidos na dogmática¹⁷⁵ e positivados nas Constituições que configuram o pós-positivismo.

Sintetiza Paulo Bonavides:

Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (...) O ponto central da grande transformação por que passa os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade e princípios constitucionais.¹⁷⁶

A adoção do paradigma pós-positivista de Constituição como um sistema normativo aberto de princípios, regras e procedimentos¹⁷⁷ demanda a assunção de um referencial teórico-ético para a atribuição de conteúdo axiológico aos Princípios.

¹⁷⁴ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.25.

¹⁷⁵ Vale ressaltar a distinção entre dogmática e dogmatismo. O dogmatismo, ou sectarismo, é o apego a dogmas, é positivismo. A dogmática é o saber jurídico material-instrumental aberto a posicionamentos diversos. Sobre isso: OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.8.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.260.

¹⁷⁷ O tema foi objeto de investigação do primeiro capítulo da pesquisa.

Adotar-se-á o conceito de *razão pública*, desenvolvido por John Rawls,¹⁷⁸ que se impõe por configurar o campo do que é consensual integrante das diversas doutrinas e concernente à democracia, aos Direitos Fundamentais e às teorias científicas.

Com esse enfoque destaca Rawls que é a possibilidade de um *uso público da razão* que viabiliza a convivência social, por meio do estabelecimento de parâmetros de cooperação social pautados em valores historicamente construídos, com os quais todos deveriam concordar.

Cumprido, nessa quadra, delimitar-se teoricamente a categoria operacional Princípio. Para tanto, optou-se por adotar a Teoria dos Enunciados Jurídicos, de Juan Ruiz Manuel Atienza, que se propõe a incorporar, além da Filosofia analítica¹⁷⁹, outras tradições do pensamento tais como uma concepção racionalista e objetivista da Ética¹⁸⁰ e uma Filosofia política e social que assume a consciência das desigualdades presentes no Direito das Sociedades contemporâneas, assim como o caráter ideológico de determinadas instituições e conceitos jurídicos.

A Teoria dos Enunciados Jurídicos implica a assunção da historicidade do Direito e das categorias jurídicas e contempla a recepção dos impulsos da realidade cambiante, assim como a possibilidade de renovação em sua aplicação nos casos concretos, decorrente de uma investigação acerca das questões substantivas.¹⁸¹

¹⁷⁸ O autor desenvolve esse conceito em diversas oportunidades. Sobre isso: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁷⁹ “Filosofias analíticas [são aquelas] que reconhecem a existência de *dados*, que elas descrevem e analisam. A característica das F. analíticas é a *limitação* a que elas se julgam submetidas por parte do dado, seja qual for a maneira como o concebem”. In ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 453.

¹⁸⁰ Conforme Cesar Luiz Pasold, “**ÉTICA** pode ser entendida como a atribuição – também subjetiva – de **valor** ou **importância** a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, estabelecer **uma noção específica de Bem a ser alcançada em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas**. PASOLD, Cesar Luiz. **Ética, Moral e Direito: (Des)conexões**. . In Novos Estudos Jurídicos. Ano VI, nº 11, Itajaí: Univali, 2000. p. 46.

¹⁸¹ Sobre isso: ATIENZA, Juan Ruiz Manuel. **Las Piezas Del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004. p.18.

O fundamento desta Teoria se assenta na impossibilidade de apartar Direito e Moral,¹⁸² pois a compreensão do fenômeno jurídico e do ordenamento se dá, por primeiro, através da regra de reconhecimento, como critério de valoração e de aferição de juridicidade.

Os enunciados jurídicos, “orações jurídicas significativas e interpretadas”,¹⁸³ constituem as unidades mais elementares do Direito e adquirem sentido quando da compreensão da qualidade de sua contribuição para a conformação e dinâmica funcional do ordenamento jurídico.

Para tanto, busca o autor identificar, em relação aos diferentes tipos de enunciados, os seus traços estruturais, a espécie de fundamento jurídico que proporcionam e a sua interação com as relações de poder existentes na Sociedade.

Atienza¹⁸⁴ propõe uma tipologia para os enunciados jurídicos partindo da distinção entre enunciado jurídico e metajurídico, sendo este a regra de reconhecimento.¹⁸⁵ Na categoria de enunciados jurídicos identifica, primeiramente, duas classes de enunciados, de acordo com a função que desempenham no ordenamento jurídico.¹⁸⁶ Os enunciados de caráter prático, cuja função preponderante é a de guiar ou justificar condutas, e os enunciados definições, encarregados de identificar o significado de outros enunciados.

¹⁸² De acordo com César Luiz Pasold “(...) pode-se compreender a **Moral** como uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que é incorreto, e, sob tal pressuposto, estabelecer-se uma noção própria do **Bem**. In PASOLD, Cesar Luiz. *Ética, Moral e Direito: (Des)conexões*. . In *Novos Estudos Jurídicos*. Ano VI, nº 11, Itajaí: Univali, 2000. p.46.

¹⁸³ ATIENZA, Juan Ruiz Manuel. **Las Piezas Del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004 p.19.

¹⁸⁴ Sobre isso: ATIENZA, Juan Ruiz Manuel. **Las Piezas Del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004. p. 20.

¹⁸⁵ A regra de reconhecimento, para Atienza, fornece um critério teórico de identificação do espaço jurídico, conferindo legitimidade ao Direito como sistema e como prática social. Sobre isso: ATIENZA, Juan Ruiz Manuel. **Las Piezas Del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004. p. 188.

¹⁸⁶ Norberto Bobbio inicia a construção da Teoria do Ordenamento Jurídico partindo da premissa de que “normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...). Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento.” Sobre isso: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 19.

Os enunciados práticos, por sua vez, subdividem-se, segundo a função prática dominante, em normativos (função diretiva) e valorativos. Os enunciados normativos, categoria integrada por regras e Princípios, bipartem-se entre normas deônticas ou regulativas e normas não deônticas ou constitutivas.

A distinção entre Princípios e regras se estabelece, para o autor, no espaço teórico das normas regulativas, pois tanto os Princípios quanto as regras podem, ontologicamente, ser normas de ação ou finalidade.¹⁸⁷

O caráter de distinção entre as regras e os Princípios deve ser buscado, segundo Atienza, em uma diferenciação de ordem estrutural, qualitativa. Tal distinção se assenta no fato de que os Princípios configuram os casos de forma aberta e as regras de maneira fechada. Além disso, os Princípios sempre se qualificam como enunciados deônticos, diferentemente das regras que podem ser enunciados de caráter prático (regras que conferem poder e regras puramente constitutivas) ou deônticas.

As regras deônticas, por sua vez, se dividem em regras de fim e regras de ação, ambas subdividindo-se em regras de mandado e permissivas. A categoria de regras não-deônticas ou de caráter prático subdivide-se em regras que conferem poder e regras puramente constitutivas.

Os Princípios, na lição de Atienza, podem ser classificados como diretrizes ou normas programáticas e Princípios em sentido estrito. Estes caracterizados pelo grau de indeterminação ou caráter aberto centrado nas condições de sua aplicação, sendo, dessa forma, razões categóricas. Diferentemente, nas diretrizes ou normas programáticas a indeterminação se

¹⁸⁷ Por não circunscrever-se ao recorte temático do trabalho, deixa-se de abordar a distinção entre princípios e regras elaborada por Dworkin, para quem os princípios são *standards* de valores, razões para a ação, diferentemente das regras que se aplicam na forma do “tudo ou nada”. Sobre isso DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Pela mesma razão, deixa-se de contemplar a teoria de Alexy, que identifica o critério de distinção entre princípio e regra a partir da forma de solução de colisões. Sobre isso: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

situa tanto na descrição aberta do enunciado normativo quanto relativamente às hipóteses de aplicação.

O reconhecimento da normatividade dos Princípios implica, de acordo com Rui Espíndola, constatar que:

(...) os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.¹⁸⁸

Nesse diapasão, assevera o citado autor que os Princípios e as regras, espécies do gênero norma, são os instrumentos de concretização dos valores éticos, políticos e jurídicos estabelecidos na Constituição. Valores estes que “são captados pelos três níveis de racionalidade da Constituição: (...) o nível da racionalidade ética, o da racionalidade política e o da racionalidade jurídica.”¹⁸⁹

O nível da racionalidade ética contempla os principais valores¹⁹⁰ éticos norteadores da convivência social. O segundo nível, da racionalidade política, refere-se à conquista, exercício, instrumentos e formas de exercício do poder.

O terceiro nível, da racionalidade jurídica, é descrito por Ruy Espíndola como aquele que:

(...) estabelece os instrumentos de proteção dos direitos e interesses das pessoas humanas, assegurando acesso à jurisdição, através do processo judicial, e o acesso aos outros direitos via processo administrativo, ou a realização de atos

¹⁸⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. p.60.

¹⁸⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da Democracia: o papel dos princípios constitucionais**. In *Novos Estudos Jurídicos*. Ano VI, nº 11, Itajaí: Univali, 2000. p. 61.

¹⁹⁰ Aqui entendidos como preferências subjetivas compartilhadas e historicamente construídas.

negociais, pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos. Estatui, ainda, quais os limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo, como já salientado.¹⁹¹

Nessa quadra, é imperativo que se estabeleça o conceito operacional a ser adotado para a categoria Princípios Constitucionais, que segundo Paulo Márcio Cruz são:

(...) normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem valores e indicam a ideologia fundamental de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.¹⁹²

Deriva dessa concepção a identificação, pelo autor, de três características básicas dos Princípios Constitucionais. A primeira, decorrente de sua generalidade, é a de condicionarem a criação, interpretação e aplicação do Direito. A segunda característica é a sua função conformadora de outros Princípios Constitucionais; e a terceira e última, a de condicionarem os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Diante do recorte temático da pesquisa e do substrato teórico adotado, utilizar-se-á a taxionomia dos Princípios elaborada por Paulo Márcio Cruz,¹⁹³ que os classifica em político-ideológicos, fundamentais gerais e específicos.

Os Princípios político-ideológicos, de caráter eminentemente axiológico, estabelecem os valores basilares da Sociedade e conformam o Estado e os demais Princípios. Os Princípios fundamentais gerais, categoria na qual se

¹⁹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da Democracia: o papel dos princípios constitucionais**. In *Novos Estudos Jurídicos*. Ano VI, nº 11, Itajaí: Univali, 2000. p. 62.

¹⁹² CRUZ, Paulo Márcio. **Os Princípios Constitucionais**. In CRUZ, Paulo Márcio e GOMES, Rogério Zuel. (Coords.) *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2007. p.19.

¹⁹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Os Princípios Constitucionais**. In CRUZ, Paulo Márcio e GOMES, Rogério Zuel. (Coords.) *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. p. 27.

enquadram os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, são concomitantemente políticos e jurídicos e referem-se, regra geral, à tutela de Direitos Fundamentais. Por último, os Princípios específicos, essencialmente jurídicos, que regem campos específicos do Direito Constitucional.

A compreensão adequada dos Princípios Processuais Constitucionais não prescinde, como esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, da visualização de dois componentes metodológicos: o primeiro denominado “Direito Constitucional Processual – conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito processual - e um Direito Processual Constitucional – Processo através do qual a Jurisdição Constitucional é exercida”.

194

No entanto, essa dicotomia deve ser relativizada a partir da compreensão de que todos os valores constitucionais alçados ao Processo projetam em um só plano que é o de garantia constitucional indeclinável.

Nesse sentido, é inevitável remeter-se ao tema do segundo Capítulo que trata da aproximação do Processo ao conteúdo da Constituição, o que conduz, obrigatoriamente, à questão da jurisdição enquanto atividade instrumental do Estado, submetida à principiologia do Processo, comprometida com a tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais.

É razoável afirmar, nesse contexto, haver uma indissociabilidade da disciplina constitucional do Processo civil, já que é indecomponível a estratificação dos conceitos, institutos e objetos de suporte desse ramo processual, sendo concebível uma separação somente em função de opções metodológicas, a exemplo da análise dos Princípios que, presentes na dogmática constitucional, têm verificada presença no âmbito exclusivo de aplicação técnica do direito processual civil.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 211.

Nessa seara, os Princípios, sua incorporação explícita ou implícita pelos textos constitucionais, e o reconhecimento de sua normatividade se apresentam como instrumental de transformação do avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos.

Assim conforme Ruy Espíndola:

(...) estudar os princípios constitucionais implica perquirí-los a partir de suas configurações normativas no interior do sistema constitucional vigente, a partir das positavações concretas perscrutáveis no âmago da Constituição de 1988. Positavações: tanto as expressas quanto as implícitas (dogmática dos princípios constitucionais).¹⁹⁵

Posta assim a questão, é de situar-se os Princípios Processuais Constitucionais no plano da racionalidade jurídica, na medida em que se configuram como enunciados jurídicos conformadores da dimensão processual dos Direitos Fundamentais.

O reconhecimento dos Princípios e garantias processuais como dimensão procedimental dos Direitos Fundamentais é ressaltado por Willis Santiago Guerra Filho:

Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou desmaterialização do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da Lei Maior. (...) assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material.¹⁹⁶

Nesse sentido, a dimensão pragmática dos Princípios Processuais Constitucionais implica um “consenso sobre as regras

¹⁹⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. p. 107.

¹⁹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p.28.

procedimentais do jogo da concretização jurídica.”¹⁹⁷ Essa partilha de sentido do enunciado normativo deve ser observada, de acordo com Marcelo Neves, sob duas perspectivas:

Uma enfatiza a redução de complexidade e seletividade imprescindíveis à continuidade do sistema jurídico e à sua adequação ao meio ambiente. A outra aponta para a relevância da esfera pública pluralista na construção de sentidos dos textos constitucionais. Tensões entre autoavaliação e heteroavaliação de enunciados interpretativos da Constituição são sempre possíveis e mesmo freqüentes na situação de pluralismo do Estado Democrático de Direito. (...) Essas constituem um dos principais fatores de mutação e reconstrução de sentido do texto constitucional (...).¹⁹⁸

Rui Portanova¹⁹⁹ propõe uma classificação dos Princípios informadores do Processo Civil, a partir de três graus.

Os Princípios informativos do Processo, ou de terceiro grau, correspondem às normas ideais da prestação jurisdicional, portanto dotados de forte conteúdo ético.

O primeiro deles, o *lógico*, estabelece que o Processo deva pautar-se em atos e formas aptos a descortinarem a verdade e evitar o erro. O princípio *econômico*, por sua vez, visa reconhecer o direito com o menor gravame possível; e o princípio *político* objetiva configurar o Processo como espaço de participação do cidadão para a tutela de Direitos Fundamentais.

O princípio *jurídico* ou da *isonomia* relaciona-se à promoção da igualização das condições formais e materiais entre as partes e o da

¹⁹⁷ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.371.

¹⁹⁸ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.371.

¹⁹⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 19.

instrumentalidade preleciona que “o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto.”²⁰⁰

Por último, o princípio da *efetividade* ou *da supremacia do interesse social no Processo* que, de acordo com Rui Portanova:

Trata-se de um princípio de direito público que norteia o Estado em duas grandes direções: de um lado, a proteção dos direitos e garantias individuais, expressa principalmente pelo princípio da legalidade; por outro, a satisfação de interesses públicos para a qual se constitui Administração Pública.²⁰¹

Dos Princípios informativos²⁰² de terceiro grau derivam, por óbvio, os Princípios de segundo grau: *juiz natural*, *acesso ao judiciário* e *devido processo legal*. Destes, por sua vez, decorrem os Princípios de primeiro grau.

Do princípio do *juiz natural* decorrem: inércia da jurisdição, independência, imparcialidade, inafastabilidade, gratuidade judiciária, investidura, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade, independência da jurisdição civil e criminal.

O acesso ao judiciário origina os seguintes Princípios: demanda, autonomia da ação, dispositivo, ampla defesa, defesa global, eventualidade, estabilidade objetiva da demanda, estabilidade subjetiva da demanda, *perpetuatio jurisdictione* e recursividade.

No princípio do *Devido Processo Legal* encontram amparo: impulso oficial, Contraditório, publicidade, finalidade, prejuízo, busca da verdade, licitude da prova, avaliação da prova, livre convencimento, persuasão racional, duplo grau de jurisdição e fungibilidade do recurso.

²⁰⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 48.

²⁰¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 56.

²⁰² Ressalte-se que a parcela da doutrina processualista não inclui os princípios da efetividade e da instrumentalidade no rol dos princípios informativos do processo civil.

Diante do recorte metodológico proposto para pesquisa e da busca de uma interpretação principiológica fundada na razão prática e na utilização construtiva da dogmática, elegeu-se como objeto de investigação os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, embora o arcabouço principiológico constitucional informador do Processo contemple uma gama de outros Princípios, já sucintamente referidos.

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DIMENSÃO PROCESSUAL

O percurso histórico do Princípio do Devido Processo Legal, explicitamente positivado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal,²⁰³ tem sido objeto de incontáveis estudos, e a doutrina tem apontado a sua origem na cláusula *law of the land (per legem terrae)*, prevista no artigo 39, da Magna Carta inglesa, de 1215.²⁰⁴

No ano de 1354, sob o reinado de Eduardo II, é editada lei (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), que substitui a locução *per legem terrae* pelo termo *due process of law*, posteriormente incorporado pela *Petition of Rights* (1628), pelo *Habeas Corpus Act* (1679), pelo *Bill of Rights* (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701), dentre outros documentos ingleses.

A cláusula do Devido Processo Legal é, em decorrência da relação de colonização, transportada para os Estados Unidos da América e aparece em diversas declarações de direitos e constituições estaduais: Virgínia

²⁰³ Art 5º, inciso LIV da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Registre-se que a Constituição de 1988 inovou ao trazer expressa a previsão do Devido Processo Legal. Vale lembrar que o referido Princípio estava anteriormente previsto no parágrafo único, do artigo 78, do Código Tributário Nacional: “Considera-se regular o poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

²⁰⁴ Registre-se que Ruitemberg Nunes Pereira discorda dessa assertiva, afirmando que a origem do devido processo legal está no Decreto Feudal de Conrado II, datado de 28 de maio de 1037. Sobre isso: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

(16/8/1776), Delaware (2/9/1776), Maryland (3/11/1776), Carolina do Norte (14/12/1776) e Massachusetts (24/10/1780), entre outras.

A recepção expressa do Devido Processo Legal pela Constituição norte-americana (1787) é feita pela 5ª emenda²⁰⁵ (1791) e pela 14ª emenda²⁰⁶ (1868), que, no entanto, assume contornos diferentes daqueles do direito inglês.

Há que reconhecer-se, historicamente, a existência de uma dúplici natureza da cláusula do Devido Processo Legal. Uma de caráter material (*substantive due process of law*), relativa à exigência de preexistência das normas reconhecidas pelo direito em direção à limitação de direitos individuais; outra de caráter processual (*procedural due process of law*), relativa à necessidade de um juízo procedimental de aplicação das normas concernentes aos hoje intitulados Direitos Fundamentais.

Em sua origem inglesa, o instituto possuía um caráter predominantemente processual, de sobrelevância do Processo sobre as pretensões materiais, decorrente da própria estrutura do direito inglês, consuetudinário e jurisprudencial, voltado para o contencioso.²⁰⁷

Nesse sentido, destaca Firly Nascimento Filho:

A origem do instituto o qualifica como uma garantia eminentemente processual e, nessa condição, ele foi aplicado na Inglaterra e nos Estados Unidos, mesmo após a edição da 14ª Emenda. Nessa linha, com a aplicação expressiva na seara criminal, o princípio garantiu a proibição de leis retroativas, o direito ao julgamento por júri, a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato e a vedação de auto-incriminação forçada.

²⁰⁵ A 5ª emenda determina que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

²⁰⁶ A 14ª emenda, editada após a Guerra de Secessão, estende a obrigatoriedade do devido processo legal a todos os Estados da federação.

²⁰⁷ Sobre isso: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 77.

Além disso, possibilitou o exercício pleno do direito de defesa e o direito ao contraditório (...).²⁰⁸

Nos Estados Unidos, em um primeiro momento, em um conjunto de julgados denominados *Slaughterhouse Cases* (1873), a Suprema Corte, em maioria apertada, (cinco a quatro), declara a impossibilidade do exame judicial acerca do mérito das leis. Na interpretação da Corte, o *due process of law* apenas permite a averiguação quanto aos procedimentos seguidos para a edição da norma, rejeitando a tese do Devido Processo Legal substantivo.²⁰⁹

A teoria do *substantive due process of law* inicia sua ascendência, nos Estados Unidos, no século XIX, e tem como símbolo a decisão da Suprema Corte, no caso *Lochner v. New York* (1905),²¹⁰ que declarou inconstitucional uma lei que limitava a jornada de trabalho de empregados de padaria, entendendo que a cláusula do Devido Processo Legal assegura a liberdade contratual entre empregador e empregado.

Posteriormente, a Suprema Corte invalida várias medidas de intervenção do Estado na economia, preconizadas por Franklin Roosevelt para superar a Grande Depressão, por afrontarem as posições liberais. “O aspecto substantivo nasce, assim, como instrumento controlador do intervencionismo capitaneado pelo Poder Executivo.”²¹¹

Diante da reeleição de Roosevelt e da pressão da opinião pública, a Suprema Corte muda sua orientação e se retrai quanto ao controle da constitucionalidade das normas relativas ao campo econômico, adotando uma postura mais liberalizante. Com isso, abandona o Devido Processo Legal

²⁰⁸ NASCIMENTO FILHO, Firly. **Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil.** In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly. Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 313.

²⁰⁹ Sobre isso: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 144.

²¹⁰ Sobre isso: ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. p. 14.

²¹¹ NASCIMENTO FILHO, Firly. **Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil.** In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly. Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 315.

substantivo no que tange às leis relativas ao campo econômico e volta-se para a proteção dos direitos civis, hoje incluídos na categoria de Direitos Fundamentais.

Essa mudança do Devido Processo Legal substantivo para o âmbito das liberdades civis gera a doutrina da inconstitucionalidade das normas restritivas de Direitos Fundamentais previstos no plano constitucional.

Em sentido semelhante, assevera John Hart Ely:

Até recentemente, o conteúdo geral cláusula do devido processo legal era claro e incontroverso. A frase “vida, liberdade ou propriedade” era entendida como uma unidade e como cláusula interpretativa aberta, o que significava que o governo não poderia violá-la sem o devido processo legal.²¹²

Nesse diapasão afirma Nelson Nery Junior: “O prestígio do direito constitucional norte-americano tem como sua causa maior a interpretação da cláusula *due process* pela Suprema Corte.”²¹³

É incontestável que o debate hermenêutico que circunda a trajetória do Princípio do Devido Processo Legal substantivo no direito norte-americano contribuiu, sobremaneira, para a construção de uma proposta teórica em torno de uma abertura da Constituição, voltada para o reconhecimento dos Princípios e valores materiais que orientam o Estado Democrático de Direito.²¹⁴

Assim sendo, é de afirma-se que o Processo de substancialização do Devido Processo Legal se desenvolve concomitante ao da materialização da norma constitucional.

²¹² ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. p. 19. “Until recently, the general outlines of the law of procedural due process were pretty clear and uncontroversial. The phrase “life, liberty or property” was read as a unit and given an open-ended, functional interpretation, which meant that the government couldn’t seriously hurt you without due process of law.”

²¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.31.

²¹⁴ Sobre isso: PEREIRA, Ruitember Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 238.

O papel do Princípio como elemento de definição do pensamento hermenêutico voltado para a abertura constitucional justifica-se, conforme Ruitemberg Nunes Pereira, pela:

(...) a) defesa da utilização de valores substantivos na interpretação constitucional, ligada à consideração da ordem constitucional, como uma ordem material, que se impõe a todos os poderes públicos, limitando os possíveis conteúdos de suas decisões; b) a assunção de um papel ativo dos membros do poder judiciário (*judicial activism*), responsável pela adscrição dos conteúdos semânticos dos princípios constitucionais, de natureza geral, indeterminada e abstrata; c) forte ligação com o pensamento não-interpretativista e da hermenêutica constitucional como concretização de normas constitucionais.²¹⁵

Em linhas propedêuticas note-se que, embora aparentemente paradoxal, a abertura operada no texto constitucional tem sido convencionalmente denominada como processualização das normas constitucionais. Processo, nesse contexto, quer significar a mobilidade constitucional e a adaptabilidade das normas constitucionais à realidade mutante.

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico, identifica Willis Santiago Guerra Filho a existência de um duplo movimento. De um lado a materialização do Direito processual ao condicioná-lo às determinações constitucionais; de outro, a procedimentalização do Direito material, em decorrência da indispensabilidade do Processo para a sua realização.

Pontua o autor:

(...) a Constituição possui natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material. (...) Estamos, na verdade, diante de noções

²¹⁵ PEREIRA, Ruitember Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 240.

relacionais, que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente.²¹⁶

Sob tais premissas, tanto as normas-princípio voltadas para o âmbito processual (Contraditório, inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, juiz natural, universalidade da jurisdição, entre outras) são dotadas de caráter material; quanto as normas definidoras de direitos não ligados ao Processo estão impregnadas do aspecto procedimental, pela via de sua abertura e concretização no espaço processual.

A substancialização da processualidade constitucional será o parâmetro hermenêutico adotado para a breve incursão no conteúdo semântico do Devido Processo Legal na Constituição brasileira.

Trata-se, portanto, da adoção de via estranha a da doutrina tradicional, que tem pautado a compreensão do Devido Processo Legal em suas dimensões formal e material.

Para a doutrina tradicional, o Devido Processo Legal processual “sintetiza um conjunto de procedimentos que devem ser observados e aplicados sempre que alguém por razão judicial ou administrativa tiver afetado a sua vida, liberdade ou propriedade”.²¹⁷ O seu conteúdo fundamental, portanto, seria a observância da isonomia e a garantia de uma decisão motivada, emanada de um órgão natural e imparcial. Abarcaria, dentre outras, as garantias do acesso à justiça, do juiz natural, de tratamento paritário dos sujeitos do Processo, da plenitude da defesa, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais.

A adotar-se esta faceta do Devido Processo Legal procedimental, construído pela doutrina a partir de um fundamento histórico-axiológico no direito norte-americano, estar-se-ia a desconsiderar a materialidade

²¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p.28.

²¹⁷ MEDEIROS, Luiz César. **Princípio do devido processo legal: *procedural due process* e *substantive due process***.in CRUZ, Paulo Márcio e GOMES, Rogério Zuel. (Coords.) **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2007. p.72.

dos enunciados normativos definidores de Direitos Fundamentais, ainda que essas normas refiram-se ao âmbito da atuação processual.

O *procedural due process of law* do direito norte-americano tem conteúdo semântico diverso do brasileiro, pois busca suprir a falta de vinculação a normas positivadas, em face da predominância do sistema de precedentes judiciais.²¹⁸

Diferentemente, no sistema brasileiro, por sua vinculação à tradição romano-germânica, essa vinculação da atividade hermenêutica das normas constitucionais supre-se pelo axioma da legalidade, assentado no art. 5º inciso II, da Constituição Federal.²¹⁹

Forçoso concluir, portanto, que observar as regras do procedimento, de maneira estrita, corresponde a observância do princípio da legalidade e não da máxima geral do Devido Processo Legal.

Percebe-se, assim, a incompatibilidade do Devido Processo Legal procedimental com os postulados do nosso sistema jurídico de origem romano-germânica, sobretudo com o postulado da legalidade, e o fato de que os Princípios que se inserem no conceito de puramente procedimentais estarem também alçados a categoria de normas constitucionais.

Cabe, nessa linha de raciocínio, ressaltar que a clivagem entre Devido Processo Legal em sentido processual e o Devido Processo Legal em sentido material também não encontra amparo nos pressupostos da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório e da Teoria Neo- institucionalista

²¹⁸ O direito norte-americano tem sua origem no direito inglês da *common Law*. “A concepção do direito que os ingleses sustentam é, de fato, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito inglês que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra formulada pela doutrina e pelo legislador. As categorias e conceitos no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente; (...)”. Sobre isso: David, René. **O direito inglês**. São Paulo: Matins Fontes, 2006. p.3.

²¹⁹ Art. 5º inciso II, da Constituição Federal. “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;”

do Processo, desenvolvidas no segundo Capítulo e adotadas como referencial metodológico dessa pesquisa.

O Processo na acepção neo-institucionalista, de *medium* lingüístico-autocrítico coparticipativo de produção, aplicação e extinção da normatividade, implica a adoção de uma principiologia construtiva do Processo como espaço dialógico de constituição de sentido e de concreção de Direitos Fundamentais.²²⁰

A adoção do paradigma conceitual da Teoria Neo-institucionalista do Processo, partindo da concepção de Processo como procedimento em Contraditório entre as partes e em simétrica paridade, configura o Processo como *locus* de unificação das dimensões processual e material do Devido Processo Legal.

O reconhecimento do caráter processual da norma constitucional, aberta ao Processo de concretização de Direitos Fundamentais, conduz à compreensão do Devido Processo Legal substantivo como dimensão de travessia do aspecto processual da norma constitucional para o aspecto material dos Princípios Constitucionais, enunciados deônticos de natureza normativa.²²¹

Apresenta-se, assim, o Devido Processo Legal como fio condutor do equilíbrio entre a processualização das normas constitucionais abertas e a substancialização constitucional dos procedimentos.

Em apertada síntese, é de reconhecer-se que o Devido Processo Legal, no ordenamento pátrio, não se configura como elemento de constitucionalização das normas de Processo, e que se constitui de um caráter substantivo, como autêntica cláusula de proteção de Direitos Fundamentais.

²²⁰ Tema desenvolvido no segundo capítulo. Sobre isso: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

²²¹ Sobre isso: ATIENZA, Juan Ruiz Manuel. **Las Piezas Del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel. 2004. p. 20.

Dessa forma buscou-se demonstrar o papel do Devido Processo Legal na construção teórica de uma hermenêutica constitucional voltada para concretização de Direitos Fundamentais, e de uma jurisdição aberta, fundamentada em um entendimento de Processo como espaço democrático-dialógico de atribuição de significado e de realização de direitos constitucionalmente assegurados.

3.3 O CONTRADITÓRIO: ESPAÇO DIALÓGICO DA RAZÃO PRÁTICA

O paradigma do Estado Democrático de Direito que está assentado na intersubjetividade, na superação da racionalidade científica prévia da modernidade, abre espaço para a racionalidade prática pós-moderna em que “o processo interpretativo é *applicatio*, que o direito é parte integrante do próprio caso (...)”.²²²

A construção do conceito operacional de razão prática suscita, por sua vez, a conjugação da conceituação de razão crítica e práxis.

Com relação à razão crítica, Marilena Chauí esclarece:

Os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades de razão: razão instrumental ou técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a razão crítica ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora.²²³

A delimitação do conceito de razão prática implica, necessariamente, uma referência a Aristóteles que distinguiu a ação que tem um fim em si mesma (*práxis*) daquela que tem como fim a fabricação de uma obra (*poíesis*).

²²² STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p. 229.

²²³ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1999. p.83.

A *práxis*, para Aristóteles, compreende a ética e a política, portanto é indispensável para a convivência social e para o exercício de governo. Esta razão prática permite o desenvolvimento da virtude, já que não é inerente ao ser, mas adquirida pela participação num processo educativo (*paidéia*).²²⁴

Seguindo o mesmo pensamento de Sócrates e Platão, ressaltou Aristóteles que o juízo correto (*orthòs lógos*) a respeito de uma ação (*práxis*) é que torna o homem capaz de realizar o bem. Com uma boa orientação, a razão iria se impor sobre as paixões conduzindo o homem e os assuntos da Cidade.

Nesse sentido afirma Aristóteles:

(...) as ações determinam igualmente a natureza das disposições morais que irão criar-se (...); as próprias pessoas engajadas na ação devem considerar em cada caso o que é adequado a ocasião, como também acontece na arte da medicina ou na arte da navegação.²²⁵

Desta forma, a boa conduta é obtida quando há uma adequação entre meios e fins através da “prudência”, ou seja, da “prudente” eleição dos meios necessários para o alcance dos objetivos da *práxis*.

Por esta razão é que se pode conhecer um homem por sua prática, por suas ações, uma vez que age a partir da eleição de um ponto que será o diretivo de toda a aplicação da sabedoria prática. É na eleição e decisão que o homem demonstra o justo e o injusto, já que isto é inerente a toda ação.

Nas palavras de Aristóteles:

Deliberamos não sobre fins, mas sobre meios, pois um médico não delibera para saber se deve curar, nem um orador para saber se deve convencer, nem um estadista para saber se deve assegurar a concórdia, nem qualquer pessoa delibera sobre a própria finalidade de sua atividade. Definida a finalidade, as

²²⁴ CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.p.332.

²²⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 36.

peças procuram saber como e por que meios tal finalidade deve ser alcançada.²²⁶

Cabe, nessa linha de raciocínio, identificar-se a presença da razão prática aristotélica no Direito da pós-modernidade, que tem entre os elementos definidores de sua essencialidade o seu viés prático-teórico, apto a contemplar as diversas ordens jurídico-sociais, e que se assenta na intersubjetividade, por meio da inclusão processual.²²⁷

Mas, para que essa ponderação possa ser levada a efeito é fundamental que se identifique, também, o papel do Contraditório na superação dos paradigmas aristotélico e da filosofia da consciência²²⁸ pautados no esquema sujeito-objeto.

Evidencia-se a ultrapassagem do modelo representacional positivista para o novo modelo de Direito erigido a partir de um modelo dialógico-processual,²²⁹ hábil a concretizar os Direitos Fundamentais já garantidos no texto constitucional.

Nesse sentido, “(...) o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto, vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade”,²³⁰ determinando assim uma mudança do epicentro da discussão em direção ao espaço da *práxis*.

²²⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 55.

²²⁷ Essa é uma tentativa de estabelecer um elemento definidor do Direito no paradigma da pós-modernidade, que estivesse presente nos textos de Paulo Márcio Cruz, Antônio Carlos Wolkmer, Boaventura de Souza Santos e José Joaquim Calmon de Passos, sumariamente descritos no item 2.3 desse relatório.

²²⁸ A filosofia da consciência parte do entendimento de que existe uma verdade fundante única, a ser descoberta a partir da aplicação de um método. A função do intérprete do Direito é, portanto, descobrir a verdade que se esconde no texto.

²²⁹ Concepção da linguagem como condição de possibilidade tanto para o pensamento quanto para o conhecimento. Sobre isso: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 146.

²³⁰ STRECK, Lenio. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2006. p.224.

Nesse passo, impende que se estabeleça uma conexão lógica entre o Princípio do Contraditório²³¹, o paradigma da pós-modernidade e as teorias processuais Fazzalariana e Neo Institucionalista do Processo, objeto de perfunctória análise no Capítulo segundo deste relatório de pesquisa.

Desse modo, o Processo como instituição constitucionalizada se constitui em espaço democrático de oportunidade de participação igualitária para a fiscalidade instrumental, concreção e fruição de direitos processualmente constitucionalizados e garantidos.

A Teoria processual de Fazzalari,²³² por sua vez, ao configurar o Processo como procedimento em Contraditório revela, como bem constata Alexandre Morais da Rosa, que “o contraditório é a característica que diferencia o Processo do procedimento.”²³³

O Princípio do Contraditório, sem o qual é impossível estabelecer-se o Processo em sua concepção de direito-garantia, tem como principal e indissociável componente a simétrica paridade de participação dos envolvidos.

Nesse diapasão leciona Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que

²³¹ **O princípio do contraditório** encontra assento no Art. 5º, LV, da Constituição Federal; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

²³² O tema foi objeto de investigação do segundo capítulo.

²³³ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 71.

compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²³⁴

Por outras palavras, é a presença do Contraditório no procedimento que prepara o provimento e viabiliza a participação das partes na formação da sentença, de forma que os destinatários do provimento jurisdicional participem da preparação do ato estatal que irá interferir na sua esfera de liberdade.

Como bem assevera Alexandre Morais da Rosa:

Neste pensar, o contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado.²³⁵

Cabe advertir, desde logo, que a opção metodológica de estudo do Contraditório, adotada no presente relatório de pesquisa, não é unívoca.

Diante disso, buscou-se em Rui Portanova uma via de contraposição, na medida em que o autor entende o Contraditório como sendo “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas.”²³⁶

O Princípio do Contraditório, sob essa lógica, assenta-se em dois pilares: lógico e político. O fundamento lógico é a bilateralidade da ação (contradição recíproca) e o político configura-se a partir da impossibilidade da concessão de tutela jurisdicional sem a oportunidade de participação daqueles que terão potencialmente a sua esfera de direitos atingida.

²³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 127.

²³⁵ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 76.

²³⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.160.

Percebe-se, assim, que a teoria processual que confere a base lógica para Rui Portanova está dicotomicamente colocada em relação à Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório.

Nas precisas palavras do autor:

O processo é, por conceituação, marcha à frente no rumo de sua extinção. Logo, o processo é uma seqüência cumulativa de atos. Esses atos processuais são praticados cada um a sua vez, pelas partes e seus procuradores, pelo juiz e os serventuários da justiça e pelos demais sujeitos processuais que intervêm no procedimento (promotores e peritos, por exemplo).²³⁷

Para que se avance na explicitação conceitual do Contraditório, é necessário retomar-se o caráter histórico do Direito enquanto fenômeno cultural,²³⁸ que evidencia que a compreensão e o exercício do Princípio estão circunscritos pelos vetores de tempo e de espaço.

Nesta ótica, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira²³⁹ traça um perfil histórico do Contraditório, pontuando que, na primitiva concepção de ação do direito romano, o juiz mostrava-se incapaz de promover o julgamento daquele que se recusasse a comparecer em juízo. Portanto, a ocorrência do Contraditório estava submetida ao comparecimento voluntário do réu.

Posteriormente, no período romano pós-clássico cristaliza-se com o procedimento contumacial²⁴⁰ a possibilidade de o magistrado promover

²³⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 148.

²³⁸ O tema foi objeto de estudo no item 2.1 deste relatório.

²³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In TUCCI, José Rogério Cruz. (coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.133.

²⁴⁰ “Contumácia. Derivado do latim *contumacia*, de *contumax* (orgulhoso, soberbo, desdenhoso, obstinado), em sentido amplo, quer significar a obstinação de alguém em não comparecer em juízo, quando a isso é obrigado ou nisso tem interesse. Na técnica jurídica a *contumácia*, indicando essa obstinação, mostra a desobediência deliberada em não comparecer em juízo, quando convocado para isso. Mas, como sanção a esta desobediência, decreta a lei o estado de *revel* ou *revelia* contra a pessoa *contumaz*, seguindo o processo o seu curso.” In SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.221.

atos processuais e prolatar sentença sem a participação do réu, desde que previamente cientificado de acordo com as formalidades pré-estabelecidas em lei.

Diferentemente, no Processo comum europeu, o Contraditório era *condito sine qua non* da investigação da verdade processual, conforme pontua Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissendi* e *ars oponendi et respondi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário”.²⁴¹

No contexto do Direito moderno, a concepção do Contraditório assume uma feição nova, deixando de ser o método de investigação dialética da verdade e assumindo um caráter lógico-formal. Por conseguinte, a garantia do Contraditório passa a significar a oportunidade de a parte que tiver potencialmente a sua esfera de direitos atingida manifestar-se no Processo.

O respaldo lógico dessa concepção do Contraditório pode ser encontrado no positivismo jurídico que, ao identificar Direito com a lei, legitima todas as decisões obtidas da subsunção do fato à norma, independentemente da efetiva participação das partes no Processo.²⁴²

Nesse rumo de investigação, é de registrar-se que a garantia do Contraditório no contexto do Estado de Bem-Estar Social²⁴³ assume uma nova conformação, principalmente em decorrência do ativismo judicial necessário a concreção dos direitos e garantias de caráter social incorporados aos textos constitucionais.

²⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In TUCCI, José Rogério Cruz. (coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.134.

²⁴² A conclusão decorre da leitura da obra supracitada, embora não tenha sido explicitada pelo autor.

²⁴³ O modelo do Estado de Bem-Estar Social foi objeto de estudo no item 1.2 deste relatório de pesquisa.

À luz desse novo paradigma, o Contraditório deixa de ser um requisito formal do Processo para integrar o núcleo dos direitos e garantias processuais. Constitui-se, assim, em elemento essencial a integrar todos os momentos do Processo.

Sob o influxo da pós-modernidade²⁴⁴ recupera-se o valor essencial do diálogo judicial entre as partes e magistrado, segundo parâmetros previamente estabelecidos, para a construção de decisão judicial que se afigure legítima para aqueles que suportarão seus efeitos.

Com esse enfoque, destacam Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho:

(...) a decisão judicial, naquilo que Habermas evidencia como tensão entre *faticidade* e *validade*, exige uma nova postura dos atores jurídicos embrenhados no processo (sempre) constitucional e intersubjetivo de atribuição de sentido.²⁴⁵

O diálogo estabelecido no interior do espaço processual se configura como garantia de democratização do Processo e instrumento de concreção e aplicação de Direitos Fundamentais. Constitui-se, assim, a possibilidade de as partes construírem a valoração jurídica da realidade externa ao Processo, tanto pela investigação da norma aplicável ao caso quanto pela valoração do conteúdo e alcance dessa norma.

Nesta ótica, assinala Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento

²⁴⁴ A categoria foi objeto de estudo no item 2.1 do relatório de pesquisa.

²⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 82.

do processo, seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa de suas razões.²⁴⁶

A concepção de Processo como espaço jurídico procedimental de construção da legalidade sob a égide de balizamentos constitucionais revela o papel intrínseco do Contraditório para a prestação da tutela jurisdicional.

É nessa linha de raciocínio que Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira assevera que “o contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional.”²⁴⁷

O Contraditório concebido como direito-garantia processual, sem o qual não se instaura o Processo, não pode ser identificado com a bilateralidade dos atos processuais. Diferentemente, é a oportunidade de participação dos interessados, em simétrica paridade, na formação do provimento estatal.

Destacando a simbiose estabelecida entre Processo e Contraditório, pondera Aroldo Plínio Gonçalves:

A essência do contraditório, a garantia de uma participação simetricamente igual nas atividades que preparam a sentença, e seu objeto, a questão que pode se transformar em questão controvertida, incidem, naturalmente, no plano processual. A participação é participação no processo e a questão é questão do processo, sobre ato do processo. Mas aí está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento que prepara o provimento possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor

²⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In TUCCI, José Rogério Cruz. (coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.139.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 198.

do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da sentença.²⁴⁸

Importa ressaltar, neste momento, o papel do Contraditório enquanto direito-garantia constitucional e condição de possibilidade da atividade jurisdicional legitimada e voltada para a concretização de direitos.

Rosemiro Pereira Leal destaca essa natureza jurídica do Contraditório:

Sabe-se hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das **democracias**, o contraditório é instituto de Direito Constitucional e não mais uma **qualidade** que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o **contraditório** conquista histórica juridicamente constitucionalizada em **direito-garantia** que se impõe como **instituto** legitimador da atividade jurisdicional no Processo.²⁴⁹

O Princípio do Contraditório, sob esse prisma, integra o próprio conceito de Processo e assume um caráter jurídico-instrumental viabilizador do direito de ação, da fiscalidade e da concreção de direitos constitucionalmente assegurados.

Representa, também, uma meta política de construção e legitimação do provimento jurisdicional, conforme evidencia Canotilho:

(...) a democratização do exercício do poder através da participação pressupõe que esta participação se traduza, mediante sua canalização através de 'procedimentos justos', numa influência qualitativa no resultado das decisões.²⁵⁰

²⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. p. 170.

²⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81.

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 900.

No mesmo raciocínio jurídico, escreve Paulo Lucon:

(...) *processo justo* ou *processo équo* é aquele que outorga e permite a consecução de resultados justos, segundo legítimos parâmetros legais e constitucionais, com tratamento paritário das partes litigantes e mediante *procedimento informado pelo contraditório* do qual o julgador também é sujeito. Ou seja, o *processo équo* deve permitir efetiva participação dos sujeitos do processo, legitimando o exercício do poder pelo Estado (...).²⁵¹

A compreensão do Princípio do Contraditório como Direito Fundamental de dimensão processual é explicitada por Willis Santiago Guerra Filho. A partir da identificação da natureza jurídica do Processo como procedimento em contraditório, no qual se deve, necessariamente, buscar a participação daqueles cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida, estabelece uma associação com o disposto no inciso LV do art. 5º da CF, para então concluir:

(...) o princípio do contraditório mais que um verdadeiro princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização do Estado [é] um *direito*. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se pode falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*²⁵², como fazem os alemães.²⁵³

O Contraditório como fundamento normativo do processo, institucionalmente definido e constitucionalizado, “há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional (...).”²⁵⁴

Assim, o Princípio do Contraditório como direito-garantia das partes de se manifestarem é referente lógico-jurídico do Processo, e sua ausência

²⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In TUCCI, José Rogério Cruz e. (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.126.

²⁵² Em uma tradução literal: direito de ser ouvido juridicamente.

²⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 27.

²⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 52.

implicaria a perda da base democrática do Processo, que se tornaria, então, um meio procedimental inquisitório.

Cumprido o propósito de delinear perfunctoriamente os contornos teórico-conceituais da Categoria Princípio e de investigar o papel dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, à luz de um novo modelo de Direito de formato dialógico-processual, hábil a concretizar Direitos Fundamentais, passa-se às Considerações Finais, onde serão sintetizados alguns aspectos nodais da pesquisa realizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação visou oportunizar uma reflexão crítica acerca das possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Ficou evidente que o Estado Democrático de Direito, como projeto civilizatório, tem entre as suas finalidades a realização e a garantia dos Direitos Fundamentais, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material.

O desenvolvimento da pesquisa pautou-se em perguntas de pesquisa que foram formuladas quando da elaboração do Projeto, e que seguem sucintamente respondidas:

a) Pode-se considerar os Princípios Constitucionais como norteadores da jurisdição, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais?

Sim. A nova teoria constitucional, objeto de investigação do primeiro Capítulo da pesquisa, estabelece a hegemonia axiológico-normativa dos Princípios, acolhidos na dogmática e positivados nas Constituições que configuram o pós-positivismo.

O Estado Democrático de Direito, como projeto civilizatório, tem como finalidade a realização e a garantia dos Direitos Fundamentais, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material. Dessa forma, esses Direitos configuram uma ordem objetiva de valores e, conseqüentemente, possuem um caráter vinculante com relação a todos os poderes do Estado.

b) Quais as características de realização dos Direitos Fundamentais por meio do Processo na pós-modernidade?

A pergunta de pesquisa foi respondida no Capítulo segundo, no qual se demonstrou que a nova realidade cunhada pelo Estado Democrático de Direito exige o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a esse paradigma, de modo que as instituições (Processo), Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dele possam ser efetivados no plano prático.

O Processo, como espaço de concretização de Direitos Fundamentais, pressupõe, também, a adoção de uma teoria processual pautada no referencial epistemológico da pós—modernidade.

Nesse sentido, a Teoria Neo-institucionalista apresentou-se como a melhor alternativa teórico-política para subsidiar a compreensão do Processo como instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais.

c) Os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório são instrumentos de reabilitação prática e axiológica dos Direitos Fundamentais?

A investigação empreendida no terceiro Capítulo objetivou responder esta pergunta de pesquisa.

Os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto enunciados jurídicos conformadores da dimensão processual dos Direitos Fundamentais, demandaram reflexão acerca da possibilidade de uma utilização construtiva da dogmática jurídica pautada na intelecção desses Princípios enquanto instrumentos teórico-práticos de concreção de Direitos Fundamentais.

Para a doutrina tradicional, o conteúdo semântico do Devido Processo Legal processual significa a observância e a aplicação de um conjunto de procedimentos sempre que alguém por razão judicial ou administrativa tiver afetado sua vida, liberdade ou propriedade. O seu conteúdo fundamental,

portanto, seria o respeito à isonomia e a garantia de uma decisão motivada, emanada de um órgão natural e imparcial.

Ao adotar-se esta faceta do Devido Processo Legal, construído pela doutrina a partir de um fundamento histórico-axiológico no direito norte-americano, estar-se-ia a desconsiderar a materialidade dos enunciados normativos definidores de Direitos Fundamentais, ainda que essas normas refiram-se ao âmbito da atuação processual.

Observou-se que, diferentemente, no ordenamento brasileiro, por sua vinculação à tradição romano-germânica, falar-se em Devido Processo Legal procedimental é recusar eficácia ao postulado da legalidade, assentado no art. 5º inciso II, da Constituição Federal.

Registre-se, portanto, que observar as regras do procedimento, de maneira estrita, corresponde a observância do princípio da legalidade e não da máxima geral do Devido Processo Legal.

O assentar de valores substantivos e o reconhecimento do caráter processual da norma constitucional revelou-se imprescindível à compreensão do Devido Processo Legal que, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, materializa a simbiose do aspecto processual da norma constitucional (Devido Processo) com o aspecto substantivo dos Princípios Constitucionais, entendidos como enunciados deônticos de natureza normativa.

Assim, concluiu-se que o Devido Processo Legal representa uma dimensão de travessia entre a processualização das normas constitucionais e a substancialização constitucional. A Constituição, sob este prisma, contemplaria as teses procedimentalistas e substancialistas, configurando-se em um *processo substancial*.

A “compreensão do processo como tarefa democrática inafastável”²⁵⁵ e espaço do discurso juridicamente institucionalizado e direcionado

²⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 64.

à concreção de Direitos Fundamentais evidenciou seu *status* de garantia constitucional à participação contraditória e isonômica durante todo o procedimento, na formação de cada ato, até o provimento final.

O Princípio do Contraditório, nesse contexto, configura-se em elemento sem o qual é impossível estabelecer-se o Processo em sua concepção de direito-garantia e que, por sua vez, tem como principal e indissociável componente a simétrica paridade de participação dos envolvidos.

Por outras palavras, é a presença do Contraditório no procedimento que prepara o provimento e viabiliza a participação das partes na formação da sentença, de forma que os destinatários do provimento jurisdicional participem da preparação do ato estatal que irá interferir na sua esfera de liberdade.

Constitui-se, assim, na própria possibilidade de as partes construírem a valoração jurídica da realidade externa ao Processo, tanto pela investigação da norma aplicável ao caso quanto pela valoração do conteúdo e alcance dessa norma.

Os objetivos específicos em torno dos quais se desenvolveu a presente pesquisa relacionam-se, respectivamente, aos três Capítulos: (a) estabelecer uma conexão lógico-teórica entre Estado, Constituição e Teoria dos Direitos Fundamentais; (b) refletir criticamente acerca da pós-modernidade e identificar uma Teoria Processual compatível com esse referencial epistemológico; (c) investigar as possibilidades interpretativas dos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório no *status* de Direitos Fundamentais de dimensão processual.

O objetivo traçado para o primeiro Capítulo foi alcançado na medida em que se identificou o arcabouço conceitual necessário à realização de uma leitura teórico-ideológica da trajetória interdependente do constitucionalismo e da Teoria dos Direitos Fundamentais, assim como se explicitou que os temas jurídicos não apresentam iguais significados se refletidos em paradigmas diferenciados.

A adoção dessas premissas subsidiou o tema abordado no Capítulo segundo: a necessidade de elaboração de uma teoria processual que respaldasse a compreensão do Processo como instituição, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito e como espaço dialógico de criação, concreção e legitimação de direitos constitucionalmente assegurados. Tendo-se, com estes delineamentos, cumprido o objetivo específico estabelecido para o Capítulo.

O objetivo estabelecido para o Capítulo terceiro entende-se também alcançado com a constatação da possibilidade de utilização construtiva da dogmática jurídica, pautada nos Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto Direitos Fundamentais de dimensão processual e instrumentos de realização da vontade constitucional.

Ressalte-se que embora o presente estudo, em decorrência do recorte metodológico proposto, tenha elegido como objeto de investigação os Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, o arcabouço principiológico constitucional informador do Processo contempla uma gama de outros Princípios que foram somente referidos no item 3.1.

O desenvolvimento da pesquisa confirmou as hipóteses que haviam sido pré-estabelecidas para a investigação: (a) a norma processual está em constante diálogo com a realidade na qual o Direito e o operador se inserem; (b) o Processo como instrumento por meio do qual se presta a tutela jurisdicional é o elo entre o Estado e a Sociedade, portanto está atrelado ao modelo político-jurídico; (c) o Processo é espaço jurídico de realização de Direitos Fundamentais e (d) os Princípios Processuais Constitucionais são instrumentos teórico-práticos de concreção de Direitos Fundamentais.

Em face da interdependência lógica entre as hipóteses formuladas, optou-se por demonstrar suas respectivas confirmações em um texto único:

A Constituição, concebida como "um texto escrito e sistematizado e com um conteúdo mínimo comum, derivado de sua própria

natureza e função,”²⁵⁶ surge com o Estado Moderno, com o objetivo de vincular o poder político ao Direito e, dessa forma, consolidar o ideário burguês das revoluções liberais na Europa e nos Estados Unidos.

Desse modo, as Constituições modernas se configuraram em um documento jurídico cuja prerrogativa maior era a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos.

A compreensão da Constituição no modelo de Estado de Bem-Estar Social e no Estado Democrático de Direito implicou reconhecer que, diferentemente do paradigma liberal, a sua esfera de atuação foi ampliada, abrangendo o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo, em suas múltiplas e recíprocas inter-relações. Assumiu, dessa forma, conteúdo político, ou seja, passou a abranger, além da organização do poder do Estado, os Princípios de legitimação desse poder.

Os textos constitucionais, diante de um Estado promotor de bens e serviços que viesse a garantir a igualdade material, incorporaram um catálogo de Direitos Fundamentais econômicos, sociais e culturais, que, por sua vez, objetivavam a transformação da ordem vigente.

A incorporação desses Direitos levou a Constituição a assumir uma configuração principiológica, assentada em textos normativos abertos, e a fornecer diretrizes objetivas para pautar a Sociedade e materializar as promessas constitucionais.

Diante disso, ponto vital dessa nova ordem jurídica passou a ser a concretização dos Direitos Fundamentais em face da realidade; o que demandou, por sua vez, a busca de parâmetros hermenêuticos que viessem a possibilitar a sua efetiva realização.

A Constituição deixou de ser um instrumento de garantia do cidadão contra o poder do Estado e passou a ser a expressão dos valores de uma

²⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p.78.

comunidade e instrumento de realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto paradigma das relações albergadas pelo Direito.

Assim, o esforço interpretativo estabeleceu-se a partir da função orientadora dos Princípios, e passou a ter o próprio texto constitucional como limite e parâmetro ético do intérprete.

Com estes delineamentos, resta confirmada a hipótese (a): a norma processual está em constante diálogo com a realidade na qual o Direito e o operador se inserem.

Contatou-se que a construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado da pós-modernidade, a partir da integração dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos ao rol dos Direitos Fundamentais, da participação da Sociedade no novo modelo de democracia e a explicitação dos conflitos sociais, demanda canais legítimos para integração e construção de novas sínteses e consensos.

Afigura-se, assim, premente necessidade de uma epistemologia que forneça substrato teórico para a compreensão, fundamentação e legitimação das novas formas de organização político-social, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dela possam ser efetivados no plano prático.

Sob tal premissa, a Teoria Neo-institucionalista do Processo apresenta-se como uma alternativa de teoria processual da pós-modernidade, apta a contemplar a ação participativa dos sujeitos sociais e a instalação de comunidades jurídicas simultaneamente autoras, destinatárias e fiscalizadoras, dirigidas à concreção das promessas constitucionais.

Assim, os Direitos Fundamentais passam a ser os pressupostos desse discurso juridicamente institucionalizado o qual, por sua vez, tem como finalidade a concretização desses Direitos estabelecidos pela vontade soberana da comunidade e constitucionalmente tutelados.

Dessa forma, as hipóteses - (b) o Processo como instrumento por meio do qual se presta a tutela jurisdicional é o elo entre o Estado e a Sociedade, portanto está atrelado ao modelo político-jurídico e (c) o Processo é espaço jurídico de realização de Direitos Fundamentais - foram inteiramente confirmadas.

Verificou-se que os Princípios, sua incorporação explícita ou implícita pelos textos constitucionais, e o reconhecimento de sua normatividade se apresentam como instrumental de transformação do avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos.

Nesse sentido, os Princípios Processuais Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório, enquanto enunciados jurídicos conformadores da dimensão processual dos Direitos Fundamentais, apresentam-se como alternativa de utilização construtiva da dogmática jurídica, voltada à concreção de Direitos Fundamentais.

Confirma-se, assim, também a hipótese (d): os Princípios Processuais Constitucionais são instrumentos teórico-práticos de concreção de Direitos Fundamentais.

O tema é fértil e este texto, com toda certeza, comporta inúmeros reparos. Apesar de não possuir o anseio de palavra final, foram expostas posições individuais ao longo da Dissertação. Isto porque, na virada paradigmática-dogmática, do ponto de vista da apropriação da filosofia da linguagem ao campo jurídico, a compreensão do Direito implica a substituição do modelo representacional (relação sujeito-objeto) pela intersubjetividade (relação sujeito-sujeito) operada no contexto do giro lingüístico.

A investigação sobre o tema desafia continuidade. A base teórica do Estado Democrático de Direito não contempla a complexidade da Sociedade transnacional contemporânea. O solapamento de dois dos pilares lógicos do Estado: tripartição de poder e dicotomia público-privada demanda

investigação científica acerca de um novo modelo processual, apto à concreção de Direitos Fundamentais, no contexto da Sociedade transnacional.²⁵⁷

Finalmente, espera-se que o presente estudo, que teve como objetivo uma suficiente descrição dos Princípios Constitucionais Processuais do Devido Processo Legal e do Contraditório, sob a perspectiva de fundamentos verdadeiros do Direito processual, desafie investigações que possam subsidiar uma reorientação da *práxis* da tutela jurisdicional e da técnica processual, para que os avanços teóricos não se reduzam a meros apelos de operacionalização de conceitos vazios e destituídos da força que só a Sociedade poderia lhes atribuir.

²⁵⁷ Reflexão realizada a partir da leitura de CRUZ, Paulo Márcio da e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. In <[HTTP:jus2.uol.com.br](http://jus2.uol.com.br)>. Acesso em 04/05/08.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- ATIENZA, Juan Ruiz Miguel. **Las Piezas del Derecho. Teoria de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 2004.
- BODNAR, Zenildo. **O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental**. In <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife>>. Acesso em 24/06/09.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais-“Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O Diálogo Democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CADEMATORI, Luiz Henrique Urquart. **Temas de política e Direito Constitucional Contemporâneo**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v.1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio da e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. In <[HTTP:jus2.uol.com.br](http://jus2.uol.com.br)>. Acesso em 04/05/08.

CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade**. In <<http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos>>. Acesso em 02/09/08.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GARCIA, Marcos Leite. **Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais** in <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 26/03/2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional**. Trad. Xabier Arzo Santiesteban. [S.l.]: IVAP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

KEGEL, Patrícia Luíza. A teoria constitucional no âmbito do processo de integração europeu. **Saberes**. Jaraguá do Sul: ano 3, v.3, n.1, jan./abr. 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e científico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento. São Paulo: Cortez, 1998.

LUHMAN LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico. Nº. 10, janeiro de 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de outubro de 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La coherencia de los derechos fundamentales em la teoria garantista**. In *Novos Estudos Jurídicos*. v.12, n. 1. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, Jan-Jun 2007.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro:Renovar, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 5. ed.

ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRECK, Lenio e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. *In* **Boletim da Faculdade de Direito**. v. LXXXI, Coimbra, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *In* **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v.1, n.4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

TRIBE, Lawrence H. **Constitutional choices**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

TUCCI, José Rogério Cruz. (coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994. v.1.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)