

## Processo e jurisdição na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas\*

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

### I

Juristas contemporâneos buscam reconstruir a relação entre Constituição e processo no sentido de uma releitura constitucional do Direito Processual.<sup>1</sup> Uma das principais preocupações desses autores encontra-se, justamente, no terreno específico da efetividade constitucional: Quais seriam os mais hábeis instrumentos processuais constitucionalizados para assegurar a efetividade das normas constitucionais? Quais seriam os melhores instrumentos processuais para garantia de direitos fundamentais dos cidadãos?

Hoje, a bandeira do garantismo<sup>2</sup> parece tremular sobre nossas cabeças, não somente como um manto protetor, mas também como uma espada, a cobrar uma postura de responsabilidade ética e política por parte dos diversos operadores do Direito.

Ao ideal do garantismo no processo penal<sup>3</sup> correlaciona-se, especialmente, no processo civil, a problemática acerca do *acesso à justiça*, considerado contemporaneamente como *acesso à ordem jurídica justa* e como *eficácia do processo*, ao se procurar mostrar as barreiras, assim como as possíveis soluções, no sentido de viabilizar-se não somente o *acesso ao processo*, mas também a remoção dos obstáculos à *justiça* e ao *bem comum* no exercício da jurisdição, representados inclusive pelas desigualdades sociais, econômicas, culturais e psicológicas das partes. Como afirma Dinamarco:

“O que mudou de lá para cá, na mentalidade do processualista, foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política. Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade”.<sup>4</sup>

### II

O que se pode aqui perceber é a marca de um *modelo processual de bem-estar social* que se faz presente em maior ou menor medida.

Em Dinamarco, a jurisdição e o processo devem ser compreendidos como instrumentos que têm por finalidade realizar “os valores sociais e políticos da nação”.<sup>5</sup>

E a liberdade e a igualdade compreendidas como valores a serem realizados progressivamente pela jurisdição encontram seu sentido tão-somente à luz das identidades culturais e tradicionais de cada *nação*, a modelarem “o modo-de-ser político de cada Estado”.

“Na determinação dos fins do Estado e (conseqüentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social. O agregado humano é visto, agora, como *nação*, ou seja, como unidade cultural; e do modo de ser da *nação* deriva a indicação do que ela espera do Estado que a envolve e do processo posto a seu serviço”.<sup>6</sup>

Dinamarco, então, afirma ser necessário que o juiz, no exercício da função jurisdicional do Estado, busque as *aspirações* ou o *espírito da lei*, representados por um “juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal”.<sup>7</sup> Assim, a atividade de aplicação jurisdicional do Direito possuiria um papel corretivo da falta de virtudes da legislação (“envelhecida” ou “mal feita”), através do apelo aos compromissos éticos do juiz, às finalidades políticas do processo e a um uso alternativo do direito.<sup>8</sup>

Nesse sentido, ao compreender o juiz como “um canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos legais”, Dinamarco concebe, nos seguintes termos, a relação entre o juiz e a lei, no exercício da jurisdição:

“Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela *nação* no tempo presente. Na medida que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça [ao juiz] meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele [o juiz] estará fazendo cumprir o direito”.<sup>9</sup>

### III

Várias críticas podem ser feitas a esse enfoque. Como já afirmavam Cappelletti e Garth, no final da década de 70, a pressa em garantir, contudo, nem sempre corresponde à certeza da garantia. Esses autores já asseveravam que as próprias reformas processuais que se destinavam a destruir um ou outro obstáculo ao “acesso à justiça” poderiam ao mesmo tempo, criar outras barreiras.<sup>10</sup>

A sede de *justiça como eficácia* nem sempre é acompanhada pela devida reflexão em face das

questões jurídicas.<sup>11</sup> Se a crença no Direito deve ter seus limites, e o Direito Processual também os tem, com muito maior razão a crença na capacidade dos juristas ou operadores jurídicos deve ser matizada.

Em verdade, esse necessário grau de ceticismo em face de pretensões excessivas é exigência de um fundamento democrático: há muito questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania.

Hoje, buscar sustentar a crença na *bondade* das decisões na *bondade* do juiz é até ingênuo, já que não só os fatores, mas também os sujeitos que *comparticipam* da construção de uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados.<sup>12</sup> Como afirma Gonçalves:

“16. Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz, e projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo.

17. Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do ‘papel-missão’ do juiz para as garantias das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações”.<sup>13</sup>

#### IV

Chega-se, desse modo, então, à indagação central acerca de como seria possível pensar, hoje, a relação entre Constituição e processo, no sentido da superação tanto do *formalismo processual liberal*, quanto da *materialização processual de bem-estar social*.<sup>14</sup>

Pois se do ponto de vista do formalismo liberal, o processo é insensível aos desafios do Direito contemporâneo, na perspectiva do processo materializado o pré-direcionamento do processo a partir de uma *eticização* duvidosa da atividade jurisdicional pode levar a um paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes e, no fundo, termina por duvidar da própria democracia.<sup>15</sup>

A resposta a essa questão requer uma digressão. A reflexão agora deve recair sobre a própria compreensão que se pode ter acerca do papel do Direito. Afinal, o Direito possui *finalidades*? Qual pode ser a função do Direito nas sociedades modernas?

## V

Duas grandes crises do Direito apontam caminhos<sup>16</sup> para que se responder a estas indagações: a crise do paradigma liberal e a atual crise do paradigma do bem-estar social.

Podemos aprender com essas duas crises pelo menos duas lições importantes.<sup>17</sup> Primeiramente, o Direito ou, simplesmente, a *fé no Direito*, não move montanhas: sem a necessária atuação no âmbito das políticas públicas e todo um processo de alteração de práticas sociais nos mais diversos níveis, sem uma constante *luta por reconhecimento*, os chamados dispositivos “programáticos” podem significar apenas sobrecarga e desgaste normativo para o próprio Direito. Afinal, não se muda a realidade por decreto. E, em segundo lugar, esse mesmo desgaste normativo não se esgota em si mesmo, mas revela-se socialmente como crise de legitimidade na articulação do Direito com a política, colocando em risco a própria constitucionalidade.

A tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas é a de ser uma dos *media* de integração social.

Reocupando o lugar que a religião ou as tradições imemoriais detinham no passado das sociedades pré-modernas, o Direito deve a um só tempo:

- (1) garantir a *certeza nas relações*, ou, numa linguagem atual, *manter as expectativas generalizadas de comportamento*, erigindo padrões de conduta;
- (2) pretender ser o *fundamento de si mesmo*, já que não possui mais um fundamento absoluto, a religião ou a tradição, para legitimá-lo.

E essa perda de fundamento ocorre, justamente, como diria John Rawls, em razão do “fato do pluralismo razoável”, ou seja, da existência, na cultura de uma sociedade política democrática, de diversas, opostas, e até mesmo inconciliáveis doutrinas morais, filosóficas e religiosas razoáveis.

Mas, afinal, o que significa dizer que o Direito deve realizar a pretensão de *fundar a si próprio*? Como decifrar essa *tautologia*?

## VI

No marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, proposta por Jürgen Habermas, o Direito, através da institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos comunicativos de formação da vontade e da opinião, estrutura os processos de justificação da sua própria validade, realizando a pretensão de garantir as condições constitucionais da sua própria legitimidade.<sup>18</sup>

Tais condições referem-se a uma prática política deliberativa de cidadãos que no exercício de sua autonomia pública são os co-autores de seus próprios direitos e deveres.

Esses processos deliberativos não estão surdos a questões pragmáticas, nem a questões éticas ou a questões morais, mas não se reduzem a nenhuma delas. Ao contrário, o processo legislativo democrático deve estar aberto a toda e qualquer questão que se torne problemática para a

sociedade.

Todavia, como se segue, o Direito não pode *ser* a política nem a política *ser* o Direito.

## VII

Pressupondo-se uma sociedade complexa, descentrada e pluralista, tanto o Direito quanto a política desempenham papéis próprios nos processos de integração social, buscando preencher, quer falhas funcionais, quer déficits de integração.

E se, no desempenho dessa tarefa de integração, o Direito não pode simplesmente condicionar a atuação de atores sociais movidos por interesses egoísticos, como no caso do paradigma liberal, nem impor *a priori* uma única forma de vida como digna de ser vivida para a sociedade como um todo, como no caso do paradigma do bem-estar social; a integração social não pode ser confundida nem com o modelo econômico do mercado, como tantas vezes o foi no século XIX, nem tampouco com a uniformização das formas de vida, como tantas vezes se pretendeu no século XX:

“De um certo modo, a política tapa buracos funcionais que se abrem devido à sobrecarga advinda de outros mecanismos de integração social. Nisso ela se utiliza da linguagem do direito. Pois o direito é o *medium* que possibilita o traslado das estruturas de reconhecimento recíproco – que reconhecemos nas interações simples e nas relações de solidariedade natural – para os complexos e cada vez mais anônimos domínios de ação de uma sociedade diferenciada funcionalmente, onde aquelas estruturas simples assumem uma forma abstrata, porém impositiva. Internamente, porém, o direito se estrutura de tal forma que um sistema político, configurado juridicamente, só pode *continuar* as realizações naturais de integração – que se realizam sob o nível de articulação do direito formal – num *nível reflexivo*. Ou seja, a integração social, realizada politicamente, tem que passar através de um filtro discursivo. Onde outros reguladores fracassaram – como é o caso dos padrões de coordenação convencionais – a política e o direito conseguem elevar, de certa forma, os processos solucionadores de problemas acima do limiar da consciência. O processo político soluciona o *mesmo tipo* de problema enfrentados pelos sobrecarregados processos sociais que ele substitui”.<sup>19</sup>

## VIII

Por um lado, neste contexto renovado, os processos legislativo, jurisdicional ou administrativo exercem papéis fundamentais. Nem reduzido a uma mera ritualística ou a um mero instrumento legitimador de decisões estatais, nem esgotados no momento da decisão, mas entendido como “procedimento realizado em contraditório” (Fazzalari), o processo é a dinâmica do Direito.

O processo jurisdicional, até então, é tradicionalmente definido pela doutrina como sendo “o instrumento através do qual a jurisdição opera”.<sup>20</sup> Seguindo um *critério teleológico*, a mesma

doutrina distingue processo e procedimento em razão do primeiro ser, ao contrário do segundo, essencialmente teleológico e não meramente uma *forma*. Assim, processo seria o instrumento através do qual se exerce a jurisdição e procedimento seria a forma através da qual os atos e as fases processuais se sucedem.<sup>21</sup> E qual seria a natureza jurídica do processo? Para a doutrina tradicional, o processo é uma relação jurídica que, angular ou triangular, se realiza entre o autor, o Estado-juiz e o réu.<sup>22</sup> A relação jurídico-processual se diferenciaria da relação jurídico-material em razão de pressupostos ou condições de existência específicos, quanto aos sujeitos e ao objeto. É nesse sentido que os autores falam em *pressupostos processuais*.<sup>23</sup>

Essas duas compreensões, a distinção entre processo e procedimento com base num critério teleológico e a da natureza jurídica do processo como relação jurídica, podem ser duramente criticadas.<sup>24</sup> A primeira, não só porque se esquece que mesmo dentro do seu próprio quadro conceptual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito, mas pouco sofisticado de procedimento; e a segunda porque ao conceber o processo como relação jurídica expõe-se às críticas, levantadas no plano da Teoria Geral do Direito, quer fundadas em Kelsen<sup>25</sup> quer na teoria das situações jurídicas.<sup>26</sup>

A concepção de processo aqui defendida não distingue o processo e o procedimento através de um critério teleológico, nem compreende o processo como relação jurídica ou o procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Habermas,<sup>27</sup> a tese de Fazzalari,<sup>28</sup> exposta e desenvolvida por Gonçalves,<sup>29</sup> segundo a qual o processo se diferencia do procedimento porque este último é um conceito mais amplo; procedimento é gênero do qual o processo é espécie. Para chegar a essa distinção, há que se partir tanto de um conceito renovado de procedimento quanto de processo, condizente não somente com o estágio atual da Teoria Geral do Direito, quanto com o sistema normativo em que esses institutos surgem.

O procedimento,<sup>30</sup> assim como processo, é categoria da Teoria Geral do Direito. Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica fundamental, a forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. 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 previsto.

O processo<sup>31</sup> caracteriza-se como uma 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. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se

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.

Neste ponto de nossas reflexões, é interessante marcar uma diferença entre o pensamento de Galeotti<sup>32</sup> e o de Fazzalari, quanto à caracterização do processo e, portanto, de sua diferenciação em face do procedimento. Embora ambos praticamente partam da mesma noção do que seja procedimento, e considerem o procedimento gênero do qual o processo é espécie, Galeotti utiliza outro critério que não o do modo de participação dos afetados no processo para diferenciar esses conceitos: o da finalidade. O processo é o procedimento jurisdicional, que visa a um ato específico, o provimento jurisdicional. O termo processo é, assim, reservado para o exercício do Poder Jurisdicional. Esclarece Carvalho Netto que, para Galeotti,

“[c]onsoante ao papel e à posição que sejam assinalados aos sujeitos privados no devir da categoria do ato total, será possível proceder a úteis distinções e classificações no interior do gênero procedimental as quais certamente virão emprestar maior rigor e precisão à tarefa de distinguir, no gênero, a espécie mais complexa que se consubstancia no procedimento jurisdicional ou processo propriamente dito. Esse deverá ser caracterizado não mais com base apenas no critério da cooperação que as pessoas privadas exerceriam na elaboração do ato total, ou seja, da participação necessária dos destinatários do mesmo”.<sup>33</sup>

E por quê? Porque para Galeotti, o próprio procedimento, enquanto cadeia de atos que tem sua unidade de referência no ato final que esta prepara, sob o influxo dos princípios democráticos,

“é requerido não apenas pela complexidade da necessária articulação estrutural do Estado moderno, mas também, e quase na mesma medida, pelo fato de que o ordenamento condiciona o exercício das funções públicas, de forma e intensidade variadas, à cooperação dos destinatários do ato pronúncia-declaração estatal”.<sup>34</sup>

Portanto,

“[p]ara Galeotti, a especificação deveria ser aprofundada mediante a análise da peculiaridade com que cada uma das características específicas do procedimento, enquanto gênero, é enriquecida na figura do procedimento processual, peculiaridade do nexa processual, peculiaridade do ato total, ou seja, da sentença, do acórdão”.<sup>35</sup>



Essas considerações devem ser levadas a sério, mas no sentido de que, ao reconstruírem-se as “finalidades” do processo legislativo (“procedimento legislativo”, na expressão de Serio Galeotti) e do processo jurisdicional, é necessário destacar a diferença entre eles quanto à lógica da argumentação, pois o primeiro estrutura discursos de justificação jurídico-normativa e o segundo, discursos de aplicação. Um se refere à justificação da validade jurídica, o outro à adequabilidade de uma normativa válida a uma situação de aplicação, a um caso concreto. Essa diferença, realmente, afeta o *próprio modo* através do qual o “princípio do contraditório” *densifica-se* em um e em outro processo.<sup>36</sup>

Nesses termos, em que sentido poder-se-ia reconstruir a afirmação segundo a qual, por um lado, o processo jurisdicional é instrumento do exercício da Jurisdição e, por outro, é instrumento de garantia de direitos?<sup>37</sup>

Primeiramente, cabe dizer que essas duas perspectivas podem esconder uma compreensão estatalista da Jurisdição que a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório quer romper.<sup>38</sup> Assim, deve-se resgatar, mais uma vez, o papel e a finalidade do processo jurisdicional, sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

A tensão interna, sob o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente. Tal tensão assume vida nova no nível pragmático do próprio processo jurisdicional, porque as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem harmonizar-se com as restrições impostas pelo próprio Direito, através da necessidade de fato de decisão. Nesse sentido:

“O Direito mais uma vez deve ser aplicado a si mesmo na forma de normas de organização, não somente para criar competências jurisdicionais, mas para estabelecer discursos jurídicos como componentes dos processos jurisdicionais. Normas de Direito Processual institucionalizam o processo de decisão judicial de tal modo que o julgamento e a sua fundamentação possam ser considerados o resultado de um jogo argumentativo governado por um programa específico. Mais uma vez, os procedimentos jurídicos entrecruzam-se com processos de argumentação, e de tal modo que o Direito Processual que institua discursos jurídicos não deva interferir na lógica argumentativa interna que caracteriza tais discursos. O Direito Processual não regula os discursos jurídico-normativos enquanto tais, mas assegura nos aspectos temporal, social e material a estrutura institucional que libera o caminho do processo de comunicação governado pela lógica dos discursos de aplicação”.<sup>39</sup>

No quadro do exercício da Jurisdição, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução *argumentativa* no processo da *situação de aplicação*, e, por outro, da determinação *argumentativa* de qual, dentre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto.<sup>40</sup> Mas não só por isso. A



argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional: “Entre uma decisão *justa*, tomada autoritariamente, e uma decisão *justa*, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade”.<sup>41</sup>

O processo, portanto, é procedimento discursivo que garante a geração de decisão compartilhada. Como afirma Gonçalves:

“A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: com a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos. 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; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretense direito lhes é negado [...] A instrumentalidade técnica do processo, está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”.<sup>42</sup>

Assim, não se pode opor o exercício da Jurisdição à garantia de direitos, pois é através do processo jurisdicional realizado em contraditório entre as partes, juntamente com o juiz ou tribunal autor do provimento, que o provimento jurisdicional é emitido e a função jurisdicional é exercida.

Todavia, há, em segundo lugar, um problema quanto a compreender o processo como garantidor, assim sem maiores esclarecimentos e em termos tão concretistas, *chiovendianos* até, de “direitos materiais”. Como afirma Gonçalves, “os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença”.<sup>43</sup>

O processo jurisdicional não é um mero instrumento a serviço quer da Jurisdição, quer das partes. O processo jurisdicional é *constitutivo* do exercício da Jurisdição *ao mesmo tempo* em que se garantem direitos de participação, condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional.

Mas nem sempre o processo jurisdicional é garantidor de direitos materiais. Apreciando-se uma alegação de lesão ou de ameaça a direito, pode ser que através do processo se chegue à conclusão de que não há direito a ser atuado ou garantido em face de lesão ou de ameaça. Mas, pelo menos no caso brasileiro, como lembra Gonçalves,<sup>44</sup> o processo terá desenvolvido-se utilmente e até o

provimento, e a Jurisdição terá cumprido a sua finalidade, que é a de apreciar se houve ou não ameaça ou lesão a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

## IX

Mas se, por um lado, os processos legislativo e jurisdicional (e também o administrativo) exercem papéis fundamentais, sendo compreendidos como “procedimentos realizados em contraditório” (Fazzalari), por outro lado, cabe considerar que para uma teoria do Direito e da Democracia que ultrapassa os paradigmas jurídicos liberal e de bem-estar social, o Direito deverá ser reconstruído, fundamentalmente, como *processo* ou em termos procedimentalistas.

Assim a Constituição, reconstruída como interpretação do sistema de direitos garantidor das autonomias pública e privada, e dos princípios do Estado de Direito, que se realiza ao longo do tempo histórico, em sua permanente abertura para o futuro, institucionaliza juridicamente processos mediante os quais se deve dar a dinâmica democrática do Direito a gerar, *fundar*, legitimamente, o próprio Direito.<sup>45</sup>

Nesses termos, para concluirmos, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como a institucionalização jurídica de condições e procedimentos que garantam o exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos.<sup>46</sup>

## Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo. *Coisa julgada inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Europa-America, 1964.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1971.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE Oliveira, Marcelo Andrade (Coord.) *Jurisdição e*

- hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte; Del Rey, 1992.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduações em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Heliasta, [s.d].
- FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistemas de garantias In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GALLEOTTI, Serio. *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Milano: Giuffrè, 1985.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political theory*, v. 29, n. 3, p. 766-781, dec. 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual Democrático*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2005. (Tese de doutorado).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2008 (Tese de doutorado).

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

---

\* Para Flaviane de Magalhães Barros, Marcelo Cunha de Araújo, André Cordeiro Leal, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Alexandre de Castro Coura e Dierle José Coelho Nunes, nos vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>1</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistemas de garantias In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>3</sup> Para uma reconstrução discursiva e constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito do Direito Processual Penal, ver BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 169 e segs.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 156.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 12.

<sup>6</sup> Id., *ibid.*, p. 157.

7 Id., *ibid.*, p. 294.

8 Id., *ibid.*, p. 295.

9 Id., *ibid.*, p. 294, n. 6.

10 Cappelletti é um dos poucos processualistas que, ao tratar do tema do “acesso à justiça”, refere-se aos limites e aos riscos desse enfoque. Em seu clássico trabalho, com Bryant Garth, sobre o tema, ele afirma, dentre outras coisas, que “as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 161); que “as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos” (id., *ibid.*, p. 162); que “os sistemas jurídicos não podem introduzir órgãos e procedimentos especiais para todos os tipos de demandas”, as competências podem ficar confusas, a especialização e conseqüente isolamento e estreiteza de perspectiva do juiz (id., *ibid.*, p. 162-163). E o pior de todos, “o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório” (id., *ibid.*, p. 163). De fato, não se quer negar a importância do “acesso à justiça”, a necessidade de reformas no sistema processual brasileiro ou que a superação de um enfoque formalista do processo e da jurisdição sejam necessárias. Mas para isso não é preciso, nem se deve, por um lado, abandonar as garantias processuais e, por outro, adotar uma compreensão idealizante e paternalista do papel do juiz ou do próprio Estado, como transparece na análise de alguns autores brasileiros.

11 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 88 e segs.

12 NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2008 (Tese de doutorado).

13 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 195.

14 NUNES, *op. cit.*

15 LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual Democrático*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, 2005. (Tese de doutorado).

16 Também sobre o reconhecimento de uma *dupla crise de paradigmas* ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 298; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 193-246. Não vamos tratar no presente momento das divergências, sempre salutares, entre as posições defendidas aqui, com base em Habermas, e as deste que é um dos maiores interlocutores que poderíamos ter tido a riqueza, a honra e o prazer de possuir. Apenas dizer, sim, que elas nos parecem complementares e de todo não incompatíveis com as defendidas aqui.

<sup>17</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT, 1998, p. 151-167.

<sup>19</sup> Id., *ibid.*, p. 318.

<sup>20</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrin *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 279.

<sup>21</sup> Id., *ibid.*, p. 279. Ver, ainda, GONÇALVES, *op. cit.*, p. 70 e segs.; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2; BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Europa-America, 1964; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 56; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 33 e segs. v. 1; CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires; Europa-America, 1971, p. 40-41.

<sup>22</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 284 e segs.

<sup>23</sup> BÜLOW, *op. cit.*

<sup>24</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, p. 64-66, 81 e segs.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 176-181. Cabe considerar que as divergências com o enfoque kelseniano são múltiplas e necessitariam toda uma digressão à parte.

<sup>26</sup> ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946; e DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Trad. Adolfo Posada. Buenos Aires: Heliasta, [s.d]. Não consideramos, todavia, que o abandono da teoria clássica dos direitos subjetivos deva levar a uma assimilação desses direitos a bens juridicamente atrativos, inclusive no sentido de “posições de vantagem” em relação a bens. Nisso, estamos, mais uma vez, com Dworkin e Habermas, e consideramos que o sistema de direitos dever ser compreendido deontologicamente e como garantidor da autonomia jurídica, sob pena de, por via transversa, instrumentalizarem-se, uma vez mais, o processo, a jurisdição e o próprio Direito a escopos metajurídicos, como em Dinamarco, tornando, pois, sem sentido, toda e qualquer crítica à concepção de instrumentalidade do processo defendida por este último autor. Direitos não são bens, normas não são valores. Sobre a distinção entre normas e valores, ver HABERMAS, *Between facts and norms, op. cit.*, p. 253-261; e COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise do tratamento jurisdiccional da vedação constitucional de provas ilícitas: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduações em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).



[27](#) HABERMAS, *Between facts and norms*, *op. cit.*

[28](#) FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.

[29](#) GONÇALVES, *op. cit.*

[30](#) FAZZALARI, *op. cit.*, p. 82 e segs.; e GONÇALVES, *op. cit.*, p.102 e segs.

[31](#) FAZZALARI, *op. cit.*, p. 82 e segs; e GONÇALVES, *op. cit.*, p. 115 e segs.

[32](#) GALLEOTTI, Serio. *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Milano: Giuffrè, 1985.

[33](#) CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte; Del Rey, 1992, p. 235.

[34](#) Id., *ibid.*, p. 234.

[35](#) Id., *ibid.*, p. 235.

[36](#) Não se poderá, quanto ao processo legislativo, correr o risco de se cair numa idealização rousseuniana, segundo a qual o único *processo* verdadeiramente democrático assumiria caracteres concretistas, plebiscitários. Para se poder apreender, adequadamente, toda a amplitude das categorias “processo” ou “contraditório”, principalmente quando aplicadas ao Processo Legislativo democrático, será preciso abandonar, desde já, uma compreensão concretizante da soberania popular e compreendê-la como fluxo difuso apreensível *tão somente em termos procedimentais*. É importante salientar que o processo legislativo vincula-se aos discursos de justificação normativa, que não se prendem ao contexto histórico das decisões, como ocorre com os discursos de aplicação no processo jurisdicional, que têm por finalidade reconstruir o Direito à luz de casos concretos. O processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, argumentos que, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisdicional e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente *atual e concreta*.

[37](#) Sobre o tema, ver BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2007 (Tese de doutorado).

[38](#) Para uma abordagem processual e discursiva que busca levar a sério a equi-primordialidade das dimensões pública e privada no processo, ver também ARAÚJO, Marcelo. *Coisa julgada inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[39](#) HABERMAS, *Between facts and norms*, *op. cit.*, p. 234-235.

[40](#) GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law*. Trad.



John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

[41](#) GONÇALVES, *op. cit.*, p. 174.

[42](#) Id., *ibid.*, p. 171.

[43](#) Id., *ibid.*, p. 176.

[44](#) Id., *ibid.*, p. 141; 164 e segs.

[45](#) HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political theory*, v. 29, n. 3, p. 766-781, dec. 2001.

[46](#) Sobre isso, ver também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.