

A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

1. Os direitos fundamentais, assim como a Constituição e o próprio Direito, podem ser estudados, projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade é uma característica do próprio modelo epistemológico que se considera mais adequado para investigá-los¹. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo e o jusnaturalismo.

A primeira dimensão em que devem se realizar os estudos jurídicos é dita *analítica*, sendo aquela em que se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada *empírica*, por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente –, na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a *normativa*, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria *doutrina*, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada.

Willis Santiago Guerra Filho é Professor da Faculdade de Direito da UFC, Doutor (Bielefeld/Alemanha) e Livre-Docente (UFC) em Direito.

¹ É o que propõe Robert Alexy, em sua *Habilitationschrift*, tese de livre-docência, versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais (TDF), com apoio em seu mestre, Ralf Dreier.

Tomando inicialmente a dimensão analítica, em que se há de elaborar precisamentos conceituais, em trabalho verdadeiramente construtivista, defrontamo-nos com a possibilidade – que logo se revela, igualmente, uma *necessidade teórica* – de situarmos os direitos fundamentais em várias dimensões, quando, então, assumem conotações e uma diversidade tal, que torna recomendável distingui-las, nomeando-as diferentemente.

A primeira dessas distinções é entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, em que também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estatura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (v., por todos, o manual de Konrad Hesse, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, *objetiva*, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e

atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as. Adiante, essa noção será esclarecida, quando abordarmos um determinado direito fundamental de natureza processual que, aliás, é clássico: o direito de ação.

Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em “gerações” desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso Mestre Paulo Bonavides, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade” (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em uma de suas esferas juridicamente intangíveis. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Que ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social e, com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

2. Feita essa introdução, passemos ao tratamento mais específico de nosso tema. Quando se fala em dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, introduz-se uma distinção que, como sempre, tem dois lados. Em um dos lados, situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais,

que são o seu aspecto garantístico, em que se tem direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais. Um catálogo deles foi fornecido em palestra proferida em Fortaleza pelo Professor Doutor Wolfgang Grunsky, da Universidade de Bielefeld:

1º- Garantia da existência de independência dos juízes para proferirem suas decisões – o que pode vir a ser incrementado com alguma forma de controle externo.

2º- Garantia de acesso à justiça, que não se esgota com a simples previsão do direito (individual) de ação, mas exige também uma efetividade social da prestação de tutela judicial, compensando aqueles mais desfavorecidos e atendendo a reclamos de celeridade, pelo desenvolvimento do processo cautelar e outras técnicas de elaboração judicial.

3º- Garantia de tutela judicial para todas as posições jurídicas subjetivas, tanto por meio de um processo de conhecimento como de um processo de execução aptos a induzirem o adimplemento específico de obrigações fungíveis e infungíveis.

4º- Garantia de devido processo legal, com previsão do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da oralidade e publicidade nos procedimentos.

5º- Garantia de arbitragem privada.

Para bem entender o significado da caracterização desses princípios processuais como princípios constitucionais e como direitos fundamentais, examinemos mais de perto dois deles. Pelos motivos explicitados em seguida, tomemos o princípio do contraditório e o direito de ação.

Primeiramente, lembremos que há, na mais recente doutrina italiana, posição sobre a natureza jurídica do processo, desenvolvida pelos professores da Universidade de Roma N. Picardi e E. Fazzalari, segundo a qual o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve-se buscar a participação daqueles cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento².

Em consonância com essa noção, temos o inciso LV do artigo 5º da nossa Constituição,

² FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Pádua, 1986. p.77 e segs.

ao determinar a observação do contraditório em todo processo judicial e administrativo. Daí poderemos afirmar que *não há processo sem respeito efetivo do contraditório*, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele *político*, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade, em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães³.

Já naquele que pode ser considerado o primeiro trabalho a explorar em profundidade essa dimensão, a um só tempo processual e constitucional, o estudo de Eduardo Couture, “Las garantías constitucionales del proceso civil”⁴, aparece formulada uma concepção sobre o direito de ação como um direito civil, o direito de petição, que tanto dissolve a aparentemente infundável disputa entre teorias abstratas e concretas sobre a natureza da ação – o *direito* é abstrato, todo cidadão o possui, estando seu exercício, em uma determinada ação, concretamente, vinculado ao atendimento de determinadas condições⁵ –, como fornece um ponto de apoio constitucional para a primeira manifestação do contraditório: a postulação em juízo de um direito em face de outrem. Também, no mesmo estudo, o genial processualista sul-americano refere a segunda manifestação mais evidente do princípio do contraditório como estando acobertada na tradição constitucional anglo-saxônica pela cláusula do “Devido Processo Legal” (*Due Process of Law*), que garante a possibilidade ao demandado de ser cientificado da ação em curso (*notice*) e de ser ouvido perante o juiz (*hearing*)⁶.

A tese de Couture recebeu ampla aceitação no mundo ibérico⁷, ao mesmo tempo em que

³ Cf., v.g., recentemente, WALDNER. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Colônia : Berlim : Bonn : Munique, 1989, e GUERRA FILHO, Willis S. *Die notwendige Streitgenossenschaft und die Gewährung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener bei Statusurteilen*. Bielefeld, 1994.

⁴ *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1948, t. 1, p. 18 e segs.

⁵ GUERRA FILHO. *Estudios jurídicos*. Fortaleza, 1985. p. 128 e 153: Análise dos conceitos de ação, pretensão e direito material em face da prescrição.

⁶ COUTURE, op. cit., p. 59.

⁷ FAIRÉN GUILLÉN, V. *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix. Barcelona, 1950. t. 2, p. 197-198: *Acción*. FIX

representa um raro exemplo de penetração na Europa de idéias jurídicas gestadas nesse canto do planeta, graças ao sucesso de palestras proferidas pelo processualista uruguaio em Paris, bem como pela publicação do mencionado estudo em italiano e alemão, nos principais periódicos especializados em matéria processual nesses idiomas, a “Rivista di diritto processuale civile” e a “Zeitschrift für Zivilprozeß” (ZZP). Assim é que, um dos estudos apontados como pioneiros na investigação da interface processo/constituição, na doutrina alemã, devido a Fritz Baur, trata do princípio do contraditório e o autor referido sobre o tema da tutela constitucional do processo é Couture⁸.

Ao que parece, contudo, o direito de ação como direito fundamental seria melhor compreendido se o visualizássemos como um *status*, uma espécie daquela figura que P. Häberle denominou *status activus processualis*. Dessa situação jurídica subjetiva básica, que é o *status*, derivam outras. No caso do direito de ação, além do direito de petição, que não se exerce junto a órgãos jurisdicionais, haveria o “poder de ação”, que se exerce quando atendidas determinadas condições, para postular em juízo um determinado direito. Desse poder já decorreria um outro, o “poder de recorrer”, e assim por diante.

3. Até aqui, vínhamos tratando de aspectos de um dos lados da distinção entre Constituição e processo. Do outro lado, tem-se aspectos menos explorados teoricamente, mas que se tornam sempre mais evidentes, em virtude do caráter fundamental do processo para que se tenha direitos e uma ordem jurídica digna desse nome. Essa vertente torna-se especialmente saliente no período histórico que atravessamos, o qual vem sendo chamado de “pós-moderno”, pois faltando ainda uma denominação própria, utiliza-se termo caudatário do período imediatamente anterior⁹.

Desde quando recebemos no Brasil uma nova Constituição, muito importa discutir sobre o que vem a ser a chamada Lei Fundamental de uma ordem jurídica, dentro de uma perspectiva também renovada. Cabe, então, buscar um entendimento dessa questão básica que vá além daquilo que tradicionalmente se estabeleceu, desde o advento do ideário constitu-

cionista, nos primórdios da Idade Moderna. A ambiência social em que contemporaneamente se inserem as Constituições apresenta um grau de complexidade tal, que torna insuficientes as explicações clássicas da sua natureza e significado. Já não basta mais ver em uma Constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.

Atualmente, uma Constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à sociedade civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.

A essa mudança de função das Constituições e do próprio Estado, que afinal de contas é por elas instaurado, resultante da forma como historicamente se desenvolveram as sociedades em que aparecem, correspondem também, como não podia deixar de ser, modificações radicais no plano jurídico. As normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes, com um sentido retrospectivo, quando destinavam-se basicamente a estabelecer uma certa conduta, de acordo com um padrão, em geral fixado antes dessas normas e não, a partir delas, propriamente. A isso era acrescentado o sancionamento, em princípio negativo – i.e., uma conseqüência desagradável – a ser infligido pelo Estado, na hipótese de haver um descumprimento da prescrição normativa. A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem.

Em vista disso, tem-se salientado bastante, ultimamente, a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a

ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México, 1976. p. 57.

⁸BAUR, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1955. p. 395: *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Nota 5.

⁹Cf., extensamente, GUERRA FILHO. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre, 1997.

descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levado em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política¹⁰, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, em que uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do

¹⁰ Para uma concepção na qual a autonomia do ordenamento jurídico não implica seu total desligamento da moral e da política, consulte HABERMAS. *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? Kritische Justiz*, 20, p. 1 e segs. 1987. Para ele foi uma mudança na consciência moral na era moderna que trouxe a exigência da diferenciação entre normas (*rectius*: regras), princípios justificadores e procedimentos para examinar a adequação daquelas a esses últimos (p. 6). A “moralidade” do Direito moderno, bem como a sua “racionalidade” e “autonomia”, não resultariam apenas do fato de ter se dado a positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições, mas, também, principalmente, da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para (auto) regulação e (auto) controle da fundamentação do Direito, de acordo com esses padrões morais de racionalidade (p. 9 e segs.). Fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, i.e. da legitimidade do Direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim no procedimento de fundamentação de algum dos possíveis conteúdos (p. 13 e segs.).

que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.

Sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação (grego: *pragma*) daqueles envolvidos na tomada de uma decisão. Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.

Entre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de “processo”.

4. Há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao seu aspecto procedimental, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais o problema meramente técnico da sua realização. Autores da fase tardia do pandectismo alemão, quando já se inicia a ilação do Direito civil de base romana de uma teoria geral do Direito, proclamam no último quartel do século passado a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes)¹¹. A importância do procedimento para

¹¹ SILVA, Clóvis Do Couto E. *Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil e dans la procedure civile: l'actualité de pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 14, p. 243 e segs. esp. p. 248, 1985, quando

o Direito é enfatizada na influente doutrina “pura” de Kelsen, quando propõe que se estude não só a estática jurídica, cujo objeto são as normas, mas também a teoria dinâmica ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto)produção do Direito¹².

Na mesma época, primeiras décadas do século em curso, o processualista James Goldschmidt realiza uma “crítica do pensamento processual”, propondo a consideração do processo como momento regido pela dinâmica inerente a essa noção mesma, cujo resultado pode perfeitamente estar em desacordo com aquilo que estática e abstratamente prevê o direito material¹³. Semelhante é a formulação de Niklas Luhmann, da legitimidade obtida pelo procedimento, que há duas décadas chamou a atenção para a dimensão filosófica e política do fenômeno, numa

aponta a disposição dos juristas alemães, na segunda metade do séc. XIX, de tratar dos conceitos gerais enquanto parte integrante de uma futura Parte Geral do Direito Civil. Por outro lado, não encontra aceitação entre os processualistas alemães atuais o tipo de abordagem excessivamente abstrato e conceitualista, afastado da realidade dos interesses concretamente envolvidos na determinação do sentido de normas e institutos processuais, tal como se praticou até meados do século em curso na Alemanha, e ainda se pratica bastante nos países latinos, por influência daqueles epígonos de um pretensão processualismo científico. Veja-se, programático, F. v. Hippel, Zur modernen, konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft. *ZJP – Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, n. 65, 1952, p. 424 e segs., agora tb. na coletânea de ensaios do autor, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*. Frankfurt, 1964, p. 357e segs. O paradoxo de a Escola Histórica, em sua fase tardia, dominada pelo pandectismo de B. Windscheid, ter se voltado para uma análise formalista do direito positivo, desvinculando-o de condicionantes materiais de natureza histórica ou política, é sublinhado por Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts*. Basel ; Stuttgart, 1965, p. 24, *passim*; HOLMES, H. J. van Eikema. *Major Trends in the History of Legal Philosophy*. Amsterdam ; New York ; Oxford, 1979, p. 192 e segs. WIEACKER, F. *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt, 1974, p. 55 e segs., esp. p. 61 e seg.; *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution*.

¹² É reconhecido de um modo geral que se deve a Kelsen a introdução de uma perspectiva dinâmica no estudo do Direito, tal como se encontra em seu *opus magnum*, *Reine Rechtslehre*. 2. ed., Wien, 1960 (reimp. 1967). O caráter “procedimentalista” dessa doutrina é referido por Luhmann, em *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied ; Berlin, 1969, p. 11, nota 2. Como se sabe, a obra de Kelsen foi traduzida para o português e publicada em Coimbra sob o título “Teoria Pura do Direito”, enquanto a de Luhmann, “Legitimidade pelo Procedimento”, em tradução sofrível, foi editada pela Universidade de Brasília.

¹³ GOLDSCHMIDT, op. ult. cit., cujo subtítulo é “Eine Kritik des prozessualen Denkens”, onde “crítica” deve ser entendida no sentido epistemológico kantiano.

investigação de caráter sociológico tendo-o como objeto¹⁴.

O final dos anos sessenta e o princípio da década de setenta marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos¹⁵. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado “devido processo legal”: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc. Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente

¹⁴ LUHMANN, op. cit. Um outro sociólogo do direito, menos conhecido entre nós, discípulo, como o primeiro, de Arnold Gehler, que chama atenção para a função social e especificamente jurídica de fundamental importância desempenhada pelo procedimento, é Helmut Schelsky. Para ele, é desse último que advém a racionalidade própria ao Direito, que não é puramente cognitiva, mas sim voltada, pragmaticamente, para a orientação da conduta, pois para ela o que importa não é a “verdade” (*das Wahre*), e sim que se faça o “certo” (*das Richtige*) V. Die juristische Rationalität, em SCHELSKY. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen, 1980, p. 34 e segs., esp. p. 35 e seg.; Id. Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen. *JZ – Juristen Zeitung*, n. 13, p. 410 e segs., 1974, esp. p. 412. Nesse aspecto, em que sublinha o caráter procedimental da racionalidade jurídica, as idéias de SCHELSKY são corroboradas por aquela linha de pensamento crítico, que ele em vida tanto combateu, representaria por HABERMAS (cf. loc. ult. cit.).

¹⁵ Um fruto típico dessa tendência, na Itália, é obra de Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, 1974. No Brasil, há estudos nesse sentido da lavra, v.g., de Ada Pellegrini Grinover. As pesquisas reiteradas sobre o tema culminam com sua promoção a objeto do VII Congresso Internacional de Direito Processual, em Würzburg, RFA, no ano de 1983, cujos relatórios gerais foram publicados em *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung = Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*. W. HABSCHIED, editor, Bielefeld, 1983.

sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso¹⁶.

5. O que se pretende realizar a seguir, contudo, não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a Constituição, tocando mais de perto o exame da “outra face da moeda”, quer dizer, do que leva à estreita associação entre Constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. 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, à medida que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” e, logo, também das “menores”, ou ordinárias. É ao esclarecimento desse último aspecto que se endereçam as considerações que se passa agora a apresentar.

A proposta que se tem em mente sustentar aqui é a de que a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material. Isso pressupõe, de imediato, que se firme a distinção entre esses dois aspectos ou dimensões do direito, o material e o processual, tendo presente que não se trata propriamente de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa direito público e privado. Estamos, na verdade, diante de noções relacionais que se conceituam uma em função da outra e se exigem mutuamente. Materiais são as normas, quando fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente.

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento

de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza” constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais, reveste-se de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, em que se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.

O vínculo ligando Constituição e processo, que na época atual – como dissemos, já apelidada de “pós-moderna” – mostra-se tão pronunciado, é uma decorrência natural do *novum* histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração da vitória na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, isto é “constitutivo” de uma nova ordem jurídica, um fenômeno que no ano em curso se tornou bicentenário. O movimento histórico de positivação do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior para implementação da ordem jurídica. Tanto a legislação como a administração da *res publica* e de justiça necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade¹⁷.

¹⁷ Como acentua Vittorio Denti, em *Diritto e potere nella storia europea*. Firenze, 1992, v. 2, p. 883 e segs: Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra iluminismo e codificazioni. Atti del quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, in onore Bruno Paradisi. “(L)a burocratizzazione della funzione giudiziaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del modus operandi degli organi giudiziari che é uno degli aspetti fondamentale dell’illuminismo e che, d’altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in senso moderno,(...). Alla razionalizzazione dell’apparato amministrativo corrisponde, sul piano scientifico, l’elaborazione della teoria dell’atto amministrativo, così come alla razionalizzazione dell’apparato giudiziario corrisponde l’elaborazione della categoria del procedimento” (p. 886-887). Adiante, ressalta que essa elaboração conceitual culmina na “processualização” de toda a atividade estatal. “Il massimo di razionalizzazione”,

À Constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” do direito, que não se precisa tornar objetivo pela posituação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sobre os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional¹⁸. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores¹⁹. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno²⁰.

6. O quadro que se acaba de esboçar revela a feição atual, eminentemente “autopoietica”, do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura²¹. Dentro

continua ele, “é dato, infatti, dall’applicazione della categoria del “processo” a tutte le funzioni pubbliche, e quindi non soltanto alla funzione giudiziale, ma anche a quella amministrativa ed a quella legislativa” (p. 890).

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Berlin, 1965. p. 40 e seg., texto e notas 6/7; p. 74 e seg., 182 e segs.

¹⁹ RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: NOMOS. *Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, n.18, p. 206 e segs., esp. p. 217-219, 1977.

²⁰ Cf. EDER, Klaus. Prozedurale Rationalität. *ARSoz – Archiv für Rechtssoziologie*, n. 7, p. 1 e segs., 1986, bem como os estudos críticos de Herbert Treiber, *Prozedurale Rationalität : eine verfahren Sache?*, ib. p. 243 e segs., LADEUR, Karl-Heinz. id., p. 265 e segs., e DIMMEL, Nikolaus. ib., p. 274 e segs.

²¹ A teoria dos sistemas autopoieticos foi desenvolvida inicialmente pelos biólogos chilenos Humberto R. Maturana, Francisco E. Varela e R. Uribe, em *Autopoiesis : the organization of living systems, its characterisation and a model*. *Bio System*, n. 5, p. 1897 e segs., 1974. Sua generalização para os sistemas sociais se deve a Niklas Luhmann, que também a introduz na teoria do direito, onde tem sido elaborada por Gunther Teubner, em sua doutrina do “Direito reflexivo”. Cf. TEUBNER, WILLKE. Kontext und Autonomie. *Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*. *ARSoz*, n. 5, p. 4 e segs.; 1984; TEUBNER. *Reflexives Recht*. *ARSP – Archiv für Rechts- und Sozial-philosophie*, n. 68, p. 13 e segs. 1982; Id., *Das regulatorische Trilemma*. *Quaderni Fiorentini*, 13, p. 109 e segs. 1984; Id., *Substantive and Reflexive Elements in modern Law*. *Law & Society Review*, n. 17, p. 239 e segs., 1983, e *Autopoietic Law : a new approach to Law and society*. Teubner, editor. Berlin ; New York, 1988, com contribuições do próprio Teubner, Luhmann e inúmeros teóricos europeus das mais variadas nacionalidades e norte-americanos. Para uma avaliação crítica, veja-se, e.g., REICH, Nobert. *Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen*

desse quadro, não causa surpresa a ênfase dada à dimensão processual do ordenamento jurídico em recentes abordagens teóricas²², já que diante da qualidade dos problemas com que se defronta a sociedade contemporânea, não se pode pretender encontrar naquele ordenamento pré-(e)scritas as soluções, que só se encontram realmente *ex post*. Da mesma forma, não se mostra satisfatória a dogmática jurídica tradicionalmente praticada, a qual volta a atenção predominantemente para os textos legais, para, a partir deles, reconstruir autorizadamente o sentido normativo. O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução²³. E para isso, importa,

Theorie von Gunther Teubner. In: WASSERMANN, Rudolf. *Festschrift für. Neuwied ; Darmstadt, 1985*; BLANKENBURG, Erhard. *The poverty of evolutionism : A critique of Teubners Case for Reflexive Law*. *Law & Society Review*, n. 18, p. 273 e segs. 1984; JACOBSON, Arthur J. *Autopoietic Law : the new science of Niklas Luhmann*. *Michigan Law Review*, p. 87, p. 1647 e segs., 1989; MAUS, I. *Perspektiven reflexiven Rechts im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen*. *KJ*, n. 19, p. 390 e segs., 1986; e as contribuições de R. Munch e P. Nahamowitz em *ZRSoz*, n. 6, 1985. Por último, de TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt, 1989. V., por fim, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna*. cit.

²² Aqui tem-se em mente, como exemplo típico, além da recém-mencionada doutrina “autopoietica”, a teoria procedimental de Wiethölter, sobre a qual nos debruçaremos na conclusão do presente estudo. Para uma tentativa recente de repensar a categoria de “sujeito de direito” incorporando elementos provenientes de ambas as vertentes, consulte-se Reiner Frey, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlin, 1989. Também no modelo desenvolvido por K.-H. LADEUR, com base da ideia de “sopesamento” (de interesses) – em alemão, “Abwägung”, chega-se a uma “procedimentalização auto-referência” que possibilita o (re)equilíbrio e compatibilização de valores e comportamentos divergentes. Cf. LADEUR, *Abwägung : ein neues Rechtsparadigma*. *ARSP* n. 69, p. 463 e segs., 1983; Id. *Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie, Rechtstheorie* n.16, p. 383 e segs., 1985, cujo texto em inglês vem publicado em *Autopoietic Law*, cit., p. 242 e segs. Não menos dependente de uma reflexão sobre o processo de realização do Direito se mostra a concepção teleológica que propôs recentemente Ingo Mittenzwei, ao revisar uma antiga tradição filosófica à luz dos novos desenvolvimentos em filosofia da ciência. Cf. *Teleologische Rechtsverständnis*, Berlin, 1988. Por fim, é de se mencionar a ênfase que nos últimos tempos se tem dado ao estudo dos “processos de sopesamento” (Abwägungsprozesse) dos valores jurídicos na teoria do direito escandinava. Cf. ECKHOFF, Torstein, SUNDBY, Nils K. *Rechtssysteme*. Berlin, 1988. p. 105 e segs., passim.

²³ Uma formulação em que os problemas jurídicos, e não as normas, são claramente apontados como o objeto da ciência do direito, aparece, sem que tenha merecido a devida atenção, em Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. 2. ed., Basel, 1925, p. 23 e segs. Essa posição é bastante fortalecida com a predominância do paradigma da “juris-

acima de tudo, examinar as situações concretas em que os interesses envolvidos manifestam-se e (eventualmente) entram em conflito. Daí a importância de normas procedimentais, que regulam o modo de atender esses interesses, sem pretender determinar de antemão a solução a ser dada.

A concepção da ordem constitucional como um processo, no qual se inserem os defensores de interpretações diversas no momento de concretizá-la, e não como ordem já estabe-

prudentia dos interesses” na dogmática jurídica alemã, bem como pelo aparecimento de uma teoria tópica do direito, devida a Theodor Viehweg, que encerra a “introdução” de sua “Topik und Jurisprudenz” qualificando a dogmática jurídica (Jurisprudenz) como “um procedimento específico de suscitar problemas, devendo esse procedimento ser entendido como o objeto da ciência jurídica” (p. 14 da 5. ed., München, 1974 - há tradução brasileira do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., publicada em Brasília pelo Ministério da Justiça). Cf., a propósito, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*. 2. ed., Tübingen 1964. p. 6, texto e nota 13, e p. 48 e segs. Vale ainda mencionar a influência mútua que nesse aspecto se verifica entre a filosofia jurídica germânica e anglo-americana, já que na referida obra de Esser, cuja importância dificilmente se pode exagerar, dá-se a introdução de concepções do realismo jurídico praticado nos EUA, como assinala em sua tese de doutoramento Bernd H. Oppermann, *Die Rezeption des nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die deutsche Topikdiskussion*. Frankfurt, 1985. p. 62, passim. Ao mesmo tempo, o pensamento da segunda fase de Jhering, tal como aparece em *Der Zweck im Recht*, de 1877, (há trad. bras., publ. em Salvador, pela Livraria Progresso, em 1950, sob o título “A Evolução – sic – no Direito”), foi não só o ponto de partida para a elaboração da Interessenjurisprudenz por Philip Heck, como também exerceu um grande fascínio nos representantes da legal philosophy realista e pragmática norte-americana, tais como Roscoe Pound. Nesse sentido, ESSER, loc. cit. v. tb. GROMITSARIS, Athanasios, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Jhering*. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus. Berlin, 1989. Por outro lado, se pode apontar a “reviravolta” no pensamento itheringiano como resultado de uma adesão à filosofia utilitarista inglesa, patrocinada por Jeremy Bentham, representada na Alemanha por Eduard Beneke, cujo princípio ético fundamental recomenda que se decida sobre o que é certo de acordo com o “sopesamento dos interesses” em questão. Cf. COING, Helmut. *Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre*. ARSP n. 54, p. 69 e segs., esp. 75 e segs. 1968; MITTENZWEL, op. cit., p. 389 e segs. Sobre a dimensão jusfilosófica do pensamento benthamiano, extensamente, H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*. Oxford, 1982. Em apoio à tese de adesão aos princípios que através das normas do Direito se quer resolver, e não essas normas em si mesmas, que constituem o objeto da ciência jurídica, pode-se, finalmente, invocar o parecer e autoridade de Karl Larenz, quando considera a dogmática jurídica (Jurisprudenz) científica na medida em que ela “problematiza” os textos jurídicos, questionando as diversas possibilidades de interpretação que eles admitem. Cf. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. ed. Berlin ; Heidelberg ; New York, 1979. p. 181 e seg.

lecida²⁴, mostra-se condizente com aquela nova orientação em teoria do direito. Um outro aspecto dessa “procedimentalização” do Direito, ou melhor, da forma de concebê-lo, seria a sua crescente “desjurisparificação” (Entrechtlichung), consequência paradoxal da imensa “jurisparificação” (Verrechtlichung) acarretada pela modernização da sociedade, e que hoje se torna inócua e antiprodutiva²⁵. A nova Constituição brasileira revela muito bem, por exemplo, o ânimo do legislador constituinte para regulamentar os mais diversos setores da vida social, no que, aliás, procurou atender expectativas daqueles que o investiram do poder para elaborar o texto constitucional. Cabe ainda ao legislador ordinário viabilizar o cumprimento de uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares. Não se espere, porém, do incremento da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito Constitucional, às vezes, no limite, contra *legem*.

²⁴ A Constituição é vista por Häberle como processo, aberto para a participação pluralística dos representantes das mais diversas interpretações. Cf. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation*. JZ, n. 30, p. 297 e segs., 1975, agora tb. em *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Berlin, 1978, p. 155 e segs., com um registro da discussão suscitada pelo artigo, recebido com entusiasmo por uns e repudiado pelo positivismo constitucional, com Böckenförde à frente (p. 180 e seg.). Consulte-se, ainda, no mesmo volume, os estudos inéditos *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess: ein Pluralismuskonzept*, p. 121 e segs., e *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, p. 182 e segs., esp. p. 189 e segs. Também nos EUA surge no princípio da década em curso uma série de teorias constitucionais com caráter processual, como são aquelas de J. Choper, em *Judicial Review and National Political Process*, J. H. Ely, em *Democracy and Distrust*. Cf. o apanhado e exame crítico de R. D. Parker, *The Past of Constitutional Theory – And Its Future*. Ohio State Law Journal, 1981, p. 223 e segs., e a defesa de HABERMAS, loc. cit. p. 15 e seg., o qual se alinha entre os simpatizantes de tais teorias, como mostra seu estudo *Völkssouveränität als Verfahren*, MERKUR (Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken), n. 43, 1989, p. 465 e segs., esp. p. 475 e seg., agora incluído em “Geltung und Faktizität”. Um outro filósofo de grande prestígio na atualidade, que subscreveria a tese em pauta, do caráter procedimental da constituição, é John Rawls, que a concebe, idealmente, como um procedimento balizado por princípios de justiça, no qual se conformariam as forças políticas, responsáveis pela produção legislativa. Em suas próprias palavras: “Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome”. *A Theory of Justice*. Oxford, 1972, p. 197.

²⁵ De um modo geral, v. Michael Bock, *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*. Berlin, 1988.

