



CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: POR QUE A TEORIA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO NÃO É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

CONSTITUTION AND PROCEDURE: THE INSTRUMENTALIST THEORY OF THE PROCESS IS NOT COMPATIBLE WITH THE CONSTITUTION OF 1988

JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Doutor em Direito também pela UFMG. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-MG.

RESUMO

No presente texto, pretendo demonstrar que a teoria processual brasileira, ainda presa no instrumentalismo processual, é incompatível com os avanços produzidos pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, demonstro que a teoria processual pátria vem passando por reformulações a partir da Constituição de 1988 no sentido de se quebrar ou se pretender quebrar um paradigma processual típico do Estado Social, o da instrumentalidade do processo, para se construir uma teoria processual mais adequada ao marco do paradigma do Estado Democrático de Direito, teoria essa denominada por alguns autores como neoinstitucionalista (LEAL, 2009; LEAL, 2002; LEAL, 2008; NUNES, 2006; NUNES, 2008; MADEIRA, 2008), mas que prefiro apenas designar como “teoria constitucional do processo” ou do “processo como procedimento em contraditório”, seguindo os passos de Elio Fazzalari, o idealizador da teoria. (FAZZALARI, 2006)

Palavras-chave: Constituição; Processo; Teoria Instrumentalista do Processo; Teoria Processual Brasileira; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

In the present text, I intend to demonstrate that Brazilian procedural theory, still stuck in procedural instrumentalism, is incompatible with the advances produced by the 1988 Constitution.

In this sense, it shows that the procedural theory of the country has undergone reformulations since the 1988 Constitution in order to break or attempt to break a procedural paradigm typical of the Social State, that of the instrumentality of the process, in order to construct a more adequate procedural theory (LEAL, 2002, LEAL, 2008; NUNES, 2006; NUNES, 2008; MADEIRA, 2008), but which I prefer to refer to as the "Constitutional theory of the process" or "process as a contradictory procedure," following in the footsteps of Elio Fazzalari, the founder of the theory. (FAZZALARI, 2006)

Keywords: Constitution; Process; Instrumentalist Theory of Process; Theory of Brazilian Process; Democratic state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; I; II; III; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No presente texto, pretendo demonstrar que a teoria processual brasileira, ainda presa no instrumentalismo processual, é incompatível com os avanços produzidos pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, demonstro que a teoria processual pátria vem passando por reformulações a partir da Constituição de 1988 no sentido de se quebrar ou se pretender quebrar um paradigma processual típico do Estado Social, o da instrumentalidade do processo, para se construir uma teoria processual mais adequada ao marco do paradigma do Estado Democrático de Direito, teoria essa denominada por alguns autores como neoinstitucionalista (LEAL, 2009; LEAL, 2002; LEAL, 2008; NUNES, 2006; NUNES, 2008; MADEIRA, 2008), mas que prefiro apenas designar como “teoria constitucional do processo” ou do “processo como procedimento em contraditório”, seguindo os passos de Elio Fazzalari, o idealizador da teoria.(FAZZALARI, 2006)

Para que possamos compreender essa crise paradigmática pela qual passa a doutrina e a prática processuais brasileiras, necessário antes entendermos o significado do termo paradigma, tal como idealizado por Thomas Kuhn, como tal noção foi transportada para o Direito e como os diversos paradigmas vislumbravam o Direito Processual, além de mostrarmos como essas questões estavam relacionadas com a própria visão paradigmática da interpretação jurídica.

Assim, este artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, mostrarei a noção de paradigma e como essa ideia chegou ao Direito (I). Na segunda parte, mostrarei os vários paradigmas jurídicos da modernidade e como esses paradigmas encaravam a interpretação jurídica (II). Ao final, na terceira e última parte, pretendo mostrar como esses paradigmas encaravam o Direito Processual e como deve ser visto o processo hoje no paradigma do Estado Democrático de Direito (III).

I

Em trabalhos anteriores, mostrei como Thomas Kuhn era herdeiro de uma tradição hermenêutica iniciada por Martin Heidegger, que ganhou continuidade com Hans-Georg Gadamer e recebeu um influxo pragmático de Ludwig Wittgenstein das Investigações Filosóficas.(OMMATI, 2008; OMMATI, 2018) Todos esses autores, inclusive o próprio Thomas Kuhn, produziram uma crítica



feroz ao modelo positivista de ciência, baseado na crença de que a racionalidade humana seria ilimitada e de que era possível construir uma ciência neutra, com métodos puros, para se atingir uma verdade universal. Criticando a concepção até aquele momento predominante de que a ciência evoluía de forma contínua e linear, Kuhn ressaltará em sua obra mais impactante para a filosofia, filosofia da ciência, epistemologia e história da ciência, que, ao contrário do que pensado até aquele momento, a ciência não evoluía de maneira contínua e linear, mas por grandes saltos, rupturas, que o autor denominou de revolução. E essa revolução rompia com o passado de forma total, com a forma como os cientistas realizavam suas pesquisas científicas, com a forma como eles resolviam os quebra-cabeças colocados por sua área específica, o que Kuhn denominou de paradigma científico. (KUHN, 1997)

Um paradigma é a forma como determinada comunidade científica resolve seus problemas, seus quebra-cabeças e um paradigma é tanto melhor quanto mais tenha a capacidade de resolver esses quebra-cabeças. Para Kuhn, é claro que um paradigma não pode resolver todos os problemas; ele sempre apresenta espaços vazios, problemas, mas o paradigma apresenta uma flexibilidade tal que possibilita adaptar-se a esses imprevistos. Assim, já contra Popper, que pensava que uma teoria é científica se puder ser falsificada, Kuhn mostrará que um paradigma científico somente será falsificado, no sentido de Popper, quando ele estiver em crise, naquele momento em que Kuhn denomina de transição paradigmática. Esse momento se dá quando os problemas apresentados ao paradigma existente não são mais solucionados com as peças desse paradigma, o que levará ao fim do mesmo e ao surgimento de uma revolução científica, rompendo completamente com o paradigma até então em voga, que é substituído por um outro paradigma.

Assim, ao contrário da visão apresentada nos manuais, a história e a ciência não são lineares, mas apresentam grandes rupturas, revoluções. Além desse sentido, o termo paradigma possui um outro, ressaltado por Kuhn na seguinte passagem de sua obra:

Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem

substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (KUHN, 1997, p. 218)¹

A noção de paradigma, enquanto um conjunto de concepções e pré-concepções compartilhadas por uma determinada comunidade em uma dada época e local, está intimamente relacionada com as noções de temporalidade do ser, de Heidegger, do caráter hermenêutico da condição humana de Gadamer, dos jogos de linguagem de Wittgenstein, pois as concepções e pré-concepções dessa comunidade só podem se dar através da linguagem.

Além disso, para Kuhn, a mudança de paradigma se dá através de uma conversão dos cientistas, da fé dessa comunidade no sentido de que esse novo paradigma resolverá os problemas não resolvidos pelo paradigma anterior, e que um novo paradigma leva a comunidade até mesmo a observar de forma diferente, falar de forma diferente, de maneira que Kuhn lança a idéia de léxico. Toda língua possui um léxico, isto é, uma rede de conceitos empíricos inter-relacionados no qual nenhum conceito tem significado quando tomado individualmente, mas somente quando visto como um momento dependente no interior dessa rede conceptual. É o “holismo local” da linguagem, como Kuhn o chama, o fato de que um conceito e seu uso correto nunca podem ser aprendidos isolados do uso correto dos outros. E a despeito de que cada falante possa utilizar critérios diferentes para estabelecer a referência de cada conceito a um determinado objeto ou situação, a rede de relações entre os conceitos deve ser a mesma para todos os falantes da comunidade lingüística a fim de que um conceito possa ser usado corretamente. Essa rede de relações invariantes entre os conceitos de toda a comunidade lingüística é o que Kuhn chama de estrutura do léxico. Kuhn afirma tudo isso para demonstrar que entre paradigmas rivais existe como que um fosso, que ele chama de intradutibilidade de paradigmas rivais vinculada à incomensurabilidade dos mesmos. (KUHN, 1997, p. 246 a 247; CARVALHO, 1999; p. 149 a 150)

Mas, ao contrário do que poderia parecer, essa posição não leva ao relativismo e ao ceticismo, pois Kuhn continua a acreditar nas idéias de verdade e de progresso. Verdade e progresso como possibilidades de solucionar mais e de forma mais adequada os problemas postos pelos cientistas:

¹ No mesmo sentido, vide: CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 52 a 54. CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 143.

[...] As teorias científicas mais recentes são melhores que as mais antigas, no que toca à resolução de quebra-cabeças nos contextos frequentemente diferentes aos quais são aplicadas. Essa não é uma posição relativista e revela em que sentido sou um crente convicto do progresso científico. (KUHN, 1997, p. 252 a 253)

Outra incompreensão da teoria de Kuhn se relaciona com o fato da ocorrência das revoluções. Poderia parecer que uma revolução romperia com o passado de forma radical, não mantendo nada do passado. Mas, não é correta essa perspectiva, e aí se mostra a relação de Kuhn com Gadamer, por exemplo.

Em Gadamer, uma tradição pode e é revista, de tempos em tempos, mas ela nunca desaparece completamente. Algo do antigo sempre fica, de maneira atualizada. (GADAMER, 1998)

Da mesma forma, com os paradigmas científicos. Um paradigma novo sempre é devedor das concepções anteriores, nem que seja para mostrar que só havia equívocos quando se pretendiam explicações. E o novo paradigma sempre incorpora o paradigma anterior, pois, como demonstrado acima, o novo paradigma se impõe, na medida em que consegue melhor resolver os problemas não solucionados pelo anterior e, para demonstrar isso, ele deve contar a história da disciplina e como ele resolve melhor os problemas não resolvidos pelo paradigma antigo. Ao contrário do que poderia parecer, mesmo rupturas aparentemente radicais incorporam o paradigma anterior. Assim, por exemplo, a física fundada por Newton e Kepler, um exemplo dado por Kuhn, incorpora a de Ptolomeu, mostrando que o paradigma prevalecente até então não estava de acordo com dados observáveis, por exemplo. Assim, um novo paradigma seria como a continuação de uma narrativa de determinada comunidade científica. (KUHN, 1989, p. 181)²

² A seguinte passagem é esclarecedora: “[...]*Todavia, estas teorias especulativas eram todas elas anátema para os cientistas que Darwin tratou de persuadir, no processo de tornar a teoria evolucionista um ingrediente da herança intelectual ocidental. O que Darwin fez, ao contrários dos predecessores, foi mostrar como os conceitos evolucionistas se deviam aplicar a um conjunto de materiais de observação que só foram acumulados durante a primeira metade do século XIX e foram, de modo totalmente independente das idéias evolucionistas, perturbando desde logo várias especialidades científicas reconhecidas. Esta parte da história de Darwin, sem a qual não se pode compreender o todo, exige a análise do estado mutável, durante as décadas que precederam a **Origem das Espécies**, de campos como a estratigrafia e a paleontologia, o estudo geográfico da distribuição da flora e da fauna, e o sucesso crescente dos sistemas classificativos que substituíram as semelhanças morfológicas pelos paralelismos de funções de Lineu. Os homens que, ao desenvolverem sistemas naturais de classificação, falaram pela primeira vez de gavinhas como folhas ‘abortadas’, ou que explicaram o diferente número de ovários em espécies de plantas estreitamente relacionadas, referindo-se à ‘aderência’ de órgãos numa espécie, e a órgãos separados na outra, não eram de modo algum evolucionistas. Mas, sem o seu trabalho, a **Origem** de Darwin não podia ter atingido quer a sua forma final quer o seu impacto no público científico e leigo.*” KUHN, Thomas S. **A Tensão Essencial**. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 181.

Essa relação entre o paradigma novo e o paradigma anterior é uma relação hermenêutica, já que, como mostrado, o novo paradigma incorpora o anterior em sua narrativa do desenvolvimento da ciência, reinterpreta-o à luz do que agora é tido como verdade, solucionando, nos diversos contextos, ou nos jogos de linguagem os mais diversos, para dizer com Wittgenstein (WITTGENSTEIN, 1996), mais e mais problemas, até que esse novo paradigma se esgote e seja suplantado por um novo, que reinicia toda a história, reinterpretando os paradigmas anteriores e incorporando-os à sua descrição, trazendo cada vez mais complexidade.

Assim é que, mesmo contra a resistência de Kuhn, defendo ser possível aplicar a noção de paradigma ao Direito, tal como feito por autores como Jürgen Habermas e, no Brasil, Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Cattoni. Nesse sentido, são as palavras de Habermas:

Los órdenes jurídicos concretos representan no solo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios; en ellos se reflejan también paradigmas jurídicos distintos. Entiendo por tales las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto efectivamente percibido de la sociedad dada en cada caso.

Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas. (HABERMAS, 1998, p. 263 a 264)

Em outra passagem, Habermas explica como funcionam os paradigmas jurídicos:

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração. (HABERMAS, 1997, p. 131)

Fazendo dessa longa história uma história breve, bastante breve, essas noções de paradigma, de historicidade do homem e da importância dos preconceitos para o desenvolvimento da Ciência, também vão influenciar o Direito, a partir da década de 60, em uma discussão iniciada na Alemanha. Nesse momento, percebe-se que no Direito também havia paradigmas. Essa discussão sobre os paradigmas no Direito iniciou-se na Alemanha a partir do Direito Privado, deslocando-se posteriormente para o Direito Público.³ Assim, a história jurídica da modernidade passou a ser

³ Habermas mostra muito bem essa evolução da discussão sobre a existência de paradigmas no Direito quando afirma: “A origem dos autores até agora citados revela que a mudança de paradigmas foi discutida inicialmente no âmbito do



revista a partir dos paradigmas do Estado de Direito, do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito.

II

Pois bem. Fazendo um corte histórico violento e apenas para os objetivos deste texto, o paradigma do Estado de Direito surge com as revoluções burguesas do final do século XVIII: a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Aqui, analisarei apenas as conseqüências jurídico-hermenêuticas da Revolução Francesa, por terem os franceses se preocupado mais em teorizar essas questões. Com a vitória da Revolução Francesa, os revolucionários trataram de elaborar documentos jurídicos que pudessem limitar o poder real. Nunca os revolucionários pretenderam acabar com a Monarquia. Queriam, isso sim, limitá-la. (RIALS, 1988) Assim, redigiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, para nós o que é mais importante, a Constituição Francesa de 1791. No entanto, por contingências históricas, a Revolução Francesa levou a uma ditadura e, depois de marchas e contra-marchas, à vitória de Napoleão Bonaparte que, pretendendo manter os avanços da Revolução Francesa, impôs a promulgação do Código Civil Francês.

Já antes da promulgação do Código Civil Francês, os teóricos mais importantes entendiam que, por força do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao juiz não caberia interpretar a lei, mas simplesmente aplicá-la, sendo ele a “boca da lei”. Esse entendimento decorreu em grande medida da desconfiança dos franceses em relação aos Magistrados no período anterior e ao trabalho e influência de Montesquieu. Mas, com o Código Civil Francês toda essa visão de mundo ficou mais forte. Agora, o direito francês se resumia ao Código Civil, também conhecido como Código de Napoleão, a ponto de alguns juristas da época afirmarem textualmente que o direito francês se encontrava totalmente no Código Napoleão. Era a crença iluminista na razão levada ao seu extremo. O legislador, cientista racional, somente poderia produzir leis racionais, claras, objetivas, sendo desnecessária qualquer

direito privado.” In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade.** Vol. II. *Op.cit.*, p. 132.

atividade interpretativa. Ao aplicador, caberia simplesmente utilizar o raciocínio silogístico, dedutivo, matemático, mecânico. Não é por outro motivo que Paolo Grossi, ao dissertar sobre o Código Civil francês, qualificou toda a ideologia subjacente a ele de uma verdadeira mitificação. Em uma passagem longa, mas interessante e que merece ser citada, afirma o historiador do Direito italiano:

O Código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a veia ética passa a ser certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código como catecismo. (GROSSI, 2004, p. 111 a 112)

No entanto, logo se viu que os fatos eram muito mais ricos do que as previsões hipotéticas encontradas nos dispositivos legais. Os aplicadores do direito francês rapidamente se viram com o problema de decidir casos concretos em que a lei ou era obscura ou, e o que era pior, não havia nem mesmo lei para solucionar a controvérsia. A dedução silogística não funcionava para esses casos. O que fazer?

Necessário seria conceder poder aos aplicadores para a interpretação dos dispositivos legais. Mas, não foi isso que foi feito em um primeiro momento, ainda por força do dogma da impossibilidade de interpretação por parte dos aplicadores como decorrência do princípio da separação de poderes. Assim, em um primeiro momento, quando o juiz se encontrasse com dúvida sobre o sentido do dispositivo legal a ser aplicado, ele deveria remeter a questão ao legislador, que faria uma interpretação autêntica do texto normativo duvidoso. Foi o que eles chamaram de referendo legislativo.

Essa solução se mostrou rapidamente inadequada. Daí, avançaram para permitir a interpretação do juiz-aplicador, mas apenas quando houvesse obscuridade ou quando não houvesse uma lei específica para o caso. O juiz deveria sempre buscar a vontade do legislador, utilizando-se de métodos racionalmente controláveis e de métodos outros para colmatar as lacunas do direito. Os métodos de interpretação pensados nesse paradigma e que chegaram à França por força do trabalho

de um alemão, Friedrich Carl von Savigny, e que ainda hoje são citados pela doutrina tradicional como os métodos de interpretação do direito, são o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Aqui, não explicarei esses métodos, por não ser objetivo deste trabalho. (HESPANHA, 2003; WIEACKER, 1980)

Tudo isso serve apenas para ressaltar a tentativa dos franceses, que são tomados aqui como modelos exemplares do paradigma do Estado de Direito, de controlarem racional e metodicamente a interpretação dos textos jurídicos, buscando sempre a vontade do legislador.

Contudo, essa crença era problemática e as pessoas daquela época já vislumbravam os problemas: como saber com certeza qual a vontade do legislador? Se, sabiam eles, já era difícil saber com certeza a vontade de um indivíduo, imagine então descobrir a vontade de pessoas as mais diversas reunidas em um órgão legislativo. A saída era a utilização dos debates parlamentares, mas também ela problemática, ao dificultar sobremaneira o ato interpretativo e a aplicação do direito. Imagine o Judiciário tendo que realizar uma pesquisa no Parlamento para buscar os debates parlamentares da lei que se pretendia interpretar. Agora imagine o caso em que haveria um conflito de normas a serem interpretadas. Buscar os debates parlamentares de todas elas para se encontrar o real significado das mesmas? Aqui, clara está a visão platônica de que as palavras portam em si o seu próprio significado, cabendo aos intérpretes apenas descobrir a essência das palavras.

Tendo em vista todos esses problemas, o paradigma do Estado de Direito pensou alternativas para solucionar esses problemas inicialmente não visualizados. Assim, da vontade do legislador passou-se para a vontade da lei. Para alcançar a vontade da lei, os métodos de interpretação gramatical, histórico, sistemático, teleológico, dando-se prevalência a este último, pois com ele, buscava-se a finalidade da lei. Com isso, achou-se que era possível sempre encontrar uma única interpretação e uma única decisão para cada caso. (FERRARA, 1987, p. 111 a 196; OMMATI, 2004)

Mas, esse paradigma entra em crise, quando cada vez mais se percebeu que em muitas situações poderia haver uma multiplicidade de interpretações e de soluções possíveis para um determinado caso. Com Kelsen, percebeu-se que a linguagem é aberta, possui muitos significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade

que ele achar a mais conveniente. (KELSEN, 2003, p. 387 a 397) O modelo kelseniano de interpretação do Direito, como o modelo de interpretação do Direito do paradigma do Estado Social, é todo ele “semântico-sintático”, relevando o problema da ambigüidade e vaguidade dos termos e expressões jurídicas, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas. Contudo, a delimitação desse quadro é intermediada por operações lógico-sintáticas. (NEVES, 2001, p. 358)⁴

Ainda de acordo com Kelsen, o juiz, intérprete autêntico do Direito, poderia até mesmo decidir fora da moldura criada pela Ciência do Direito, já que estava autorizado pelo Direito a dar uma decisão. Nesse sentido:

[...]A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar apresenta. (KELSEN, 2003, p. 394)

Aqui se revela a característica principal do Estado de Bem-Estar: a materialização. Se o paradigma do Estado de Direito ou Estado Liberal pode ser resumido a partir da noção de formalidade, o paradigma do Estado Social pode ser resumido a partir da idéia de materialização. Como o Estado era agora obrigado a realizar uma série de prestações positivas, materializando os direitos, passou-se a entender que cabia também ao Judiciário realizar tais prestações. Daí porque Kelsen dirá que o aplicador do Direito poderá dizer o que é o Direito, já que autorizado por uma norma jurídica superior. Não importa mais a forma, o procedimento. O que importa agora é o conteúdo. E o que é pior: qualquer conteúdo será jurídico se emanado do órgão autorizado a proferir a decisão.

Percebeu-se, no entanto, que essa concepção era prenhe de problemas. Deixava nas mãos do aplicador todo o poder para definir o sentido dos textos jurídicos, tornando o ato de interpretação um ato de mera vontade e não de conhecimento e, portanto, impossível de controle e de justificação. (OLIVEIRA, 2004, p. 121 a 149; CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 79 a 120)

⁴ De fato, a interpretação de Marcelo Neves afigura-se correta. É só pensarmos em outro grande autor desse paradigma: Herbert L.A. Hart, quando afirma textualmente o problema da vaguidade e da textura aberta do Direito. Nesse sentido, vide: HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137 a 149 e p. 335 a 339; BOURETZ, Pierre. **Le Droit et la Règle: Herbert L. A. Hart**. IN: BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 41 a 58.

Não foi por outro motivo que um autor como Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, se opondo ao modelo de Direito de Hart, bastante semelhante ao de Kelsen, vai propor uma nova perspectiva para se entender o direito e o ato de interpretação das normas jurídicas, marcando, assim, a crise do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito, também denominado por alguns de paradigma procedimentalista do Direito. (HABERMAS, 1998)

A grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito no tocante à interpretação jurídica será a incorporação dos princípios jurídicos como normas e, portanto, passíveis de serem utilizados para resolver casos concretos e, com o aparecimento dos princípios jurídicos, a redução, para alguns(ALEXY, 2008), e a total eliminação, para outros(DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2000; DWORKIN, 2003), da discricionariedade na aplicação do Direito.

Além disso, o paradigma do Estado Democrático de Direito vai ser marcado também pela idéia de procedimentalização, ou seja, vai requerer a necessidade de procedimentos previamente estabelecidos para a tomada de decisões vinculantes, justamente para se garantir a todos os afetados a participação na construção da decisão que os vinculará. Haverá, portanto, no Estado Democrático de Direito, a conjugação das idéias de validade e legitimidade, no sentido de que somente serão válidas aquelas normas que contaram, pelo menos em potencial, com a participação de todos os possíveis afetados. Portanto, se no paradigma liberal a idéia-chave era a formalidade e no Estado Social a idéia-chave era a materialização, no Estado Democrático de Direito a idéia-chave será a procedimentalização e a participação dos afetados. (HABERMAS, 1998; DUARTE, 1996)

Pois bem. No que concerne à interpretação jurídica, ou seja, no que respeita ao caráter normativo dos princípios e a forma de sua aplicação, apesar da proximidade entre os autores, haverá uma grande divergência entre eles justamente na forma como entendem os princípios: para os seguidores de Robert Alexy, os princípios jurídicos são valores, enquanto para os seguidores de Ronald Dworkin os princípios jurídicos são normas. Vejamos, então, a perspectiva dos dois autores mais importantes no que respeita à visão principiológica: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Robert Alexy, jurista e filósofo alemão, em sua teoria, diz-se herdeiro dos ensinamentos de Ronald Dworkin.(ALEXY, 2008) De acordo com Alexy, citando os trabalhos de Ronald Dworkin, o grande equívoco dos positivistas seria o de terem concebido o ordenamento jurídico apenas como

um conjunto de regras. Na verdade, afirma o autor, o ordenamento jurídico é bem mais complexo do que um conjunto de regras, sendo formado por regras e princípios.

Mas, qual seria a diferença entre regras e princípios?

Para Alexy, e mais uma vez citando a obra de Ronald Dworkin, a diferença entre essas duas categorias de normas não se refere à maior generalidade de uma em detrimento da outra (o princípio sendo mais genérico do que a regra) ou pelo fato do princípio originar-se regras (o caráter normogênico dos princípios), como afirma uma longa e venerável tradição. (ALEXY, 2008) A diferença, diz Alexy, se dá quanto à forma de resolução dos conflitos entre essas espécies normativas. Assim, no conflito entre regras devem-se utilizar os critérios clássicos de resolução das antinomias, devendo uma das regras ser retirada do ordenamento jurídico, pois o conflito entre as regras se dá na dimensão da validade. Já o conflito entre princípios não leva à revogação de um deles, pois o que está em jogo é a dimensão da aplicação; o conflito entre princípios se dá entre princípios igualmente válidos. Portanto, no caso de conflito entre princípios, a solução se dá pelo critério do peso, da maior importância de um princípio em detrimento do outro. Mas, esse maior peso não significa que o outro princípio menos importante não será aplicado. Significa que se deve fazer uma ponderação entre eles, de modo a aplicá-los da melhor forma possível, em seu maior grau. É isso que Alexy chama de ponderação ou otimização de princípios. (ALEXY, 2008)

Ora, para Alexy, a diferença entre princípios e regras não se centra na maior generalidade e abstração dos princípios em face das regras ou no fato dos princípios poderem se originar regras, repetimos. Mas, sim, na forma diferente de resolução de conflito entre princípios e entre regras. A colisão entre princípios é resolvida na dimensão do peso, através de uma ponderação ou otimização entre eles; já o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade, com a eliminação de uma das regras. Isso já se configura em um avanço considerável, pois, na perspectiva de Robert Alexy, princípios e regras concorrem para a solução de um caso concreto, tendo, portanto, ambas as espécies normativas, força jurídica.

De acordo com Robert Alexy, princípios jurídicos e valores são diferentes e, para isso, o autor usa da distinção de Von Wright entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. Para Alexy:

Exemplos de conceitos deontológicos são os de mandato, proibição, permissão e do direito a algo. Comum a todos esses conceitos é que, como mostraremos mais a

frente, podem ser referidos a um conceito deontico fundamental, o conceito de mandato ou de dever ser. Por outro lado, os conceitos axiológicos estão caracterizados pelo fato de que seu conceito fundamental não é o de mandato ou dever ser, mas o do bom. (ALEXY, 2008, p. 139)

No entanto, poucas páginas depois, e como que se esquecendo da diferença que havia traçado entre conceitos deontológicos (princípios jurídicos) e axiológicos (valores), Alexy os aproxima, os identificando:

No direito, do que se trata é do que é devido. Isso fala em favor do modelo de princípios. Por outro lado, não existe dificuldade alguma em passar da constatação de que uma determinada solução é a melhor desde o ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que é devida jusconstitucionalmente. Se se pressupõe a possibilidade de tal passo, é perfeitamente possível partir na argumentação jurídica do modelo dos valores no lugar do modelo dos princípios. (ALEXY, 2008, p. 147)

Em outra obra, Robert Alexy é mais claro ainda na aproximação (eu diria na igualação) entre princípios e valores. Diz o autor:

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoria de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina “valor”. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. (ALEXY, 1993, p. 17)

Não é à toa que a forma de resolução do conflito de princípios jurídicos e do conflito de valores é a mesma: uma regra de ponderação, de preferência, aplicando-se o princípio ou o valor na medida do possível, otimizando-os.

No Direito, diz Alexy, essa regra ganha o nome de postulado ou regra da proporcionalidade.⁵ Ainda de acordo com o autor alemão, o uso da regra da proporcionalidade se deve ao fato de que, ao contrário de Dworkin, não podemos defender a tese de que exista uma única decisão correta no Direito, já que o mesmo é formado por textos jurídicos que, por natureza,

⁵ Aqui, usaremos o termo adotado pelo tradutor brasileiro de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva, para a proporcionalidade. De acordo com o tradutor, idéia com a qual compartilhamos, existe um equívoco em traduzir a proporcionalidade como um princípio, pois se a nota distintiva de um princípio é a possibilidade de ser ponderado em face de outros princípios, então a proporcionalidade não pode ser um princípio, pois ela não pode ser ponderada com qualquer outro princípio. A proporcionalidade é um mecanismo de resolução de conflito entre princípios, não cabendo a sua ponderação. Nesse sentido, vide a tradução brasileira da obra de Alexy citada nesse trabalho.

admitem uma pluralidade de interpretações. De acordo com Alexy, a lei de ponderação afirma o seguinte: “*Quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.*” (ALEXY, 2007, p. 111)

Pois bem. Vejamos, então, como funciona a regra da proporcionalidade como técnica de resolução de conflito entre princípios.

De acordo com Alexy, amparado pelos trabalhos da Corte Constitucional Alemã, a regra da proporcionalidade se divide em três subprincípios, quais sejam, o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2008) Portanto, para se fazer a correta ponderação entre os princípios, deve-se seguir a metodologia da proporcionalidade, aferindo-se inicialmente a adequação, depois a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito.

Vejamos, então, o que significa cada um desses subprincípios.

De acordo com Suzana de Toledo Barros, adotando a doutrina alemã da regra da proporcionalidade, esta se decompõe em três elementos ou sub-princípios, a saber: a adequação (**Geeignetheit**), a necessidade (**Enforderlichkeit**) e a proporcionalidade em sentido estrito (**Verhältnismässigkeit**). (BARROS, 1996, p. 72 a 73)

E o que significam esses sub-princípios? Explica a autora acima citada:

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do **princípio da proporcionalidade**. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

[...]

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

[...]

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada. (BARROS, 1996, p. 74 a 84)

Percebe-se, assim, que a regra da proporcionalidade é utilizada quando há um conflito entre princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses.⁶

Essa regra foi incorporada na doutrina e jurisprudência brasileiras, ora com o nome de proporcionalidade, ora com o nome de razoabilidade, e tem sido o grande critério de interpretação da Constituição e de todo o Direito, aparecendo como mecanismo de resolução de conflitos entre normas.

No entanto, essa regra da proporcionalidade, na medida em que trata normas jurídicas como valores, traz grandes problemas para o Direito, devendo ser abandonada, como demonstrarei a partir dos trabalhos de Ronald Dworkin.

Para se compreender adequadamente a teoria jurídica de Ronald Dworkin, é necessário se desfazer alguns equívocos da leitura brasileira majoritária sobre o autor norte-americano.

Podemos afirmar que todo o trabalho de Ronald Dworkin se centra na crítica à perspectiva positivista no sentido de que o Direito seria formado por um conjunto convencional de regras estabelecidas pelo Poder Legislativo ou por qualquer outra autoridade investida de poder para tanto. (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2000; DWORKIN, 2003a; DWORKIN, 2006; DWORKIN, 2007)

Assim, no debate que o autor travará com Herbert L.A. Hart, mostrará que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin, a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas por princípios.

E aqui começam as incompreensões da doutrina brasileira e da própria leitura feita por Alexy da obra de Ronald Dworkin. Na verdade, Dworkin não afirma que o Direito é formado por regras e princípios, como majoritariamente a doutrina brasileira afirma. O que o autor americano afirma é que podemos entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras, tal como faz Hart, ocasionando uma série de problemas; podemos, ao contrário, entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, e essa é também uma distinção complicada, porque

⁶ A terminologia varia de autor para autor, mas o resultado é o mesmo. Nesse sentido, vide: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. *Op.cit.*; SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

estaria centrada no aspecto semântico ou sintático dos textos jurídicos, levando-se a que se distinguíssem as regras dos princípios como fez Alexy. E, por fim, o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e mais complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos. (DWORKIN, 2005) Essa é a perspectiva de Dworkin. Em outras palavras, não haveria distinção entre regras e princípios.

Corroborando tal entendimento, Dworkin, em uma obra recente, afirma textualmente:

Com efeito, quero me opor à idéia de que o “direito” consista em um conjunto fixo de padrões, qualquer que seja sua espécie. Meu propósito foi muito mais assinalar que um exame cuidadoso das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidir uma situação específica sobre direitos e obrigações jurídicas incluiria proposições que apresentam a forma e a força dos princípios, e que os próprios juízes e advogados, quando justificam suas decisões, usam com muita frequência proposições que devem ser entendidas dessa maneira.⁷ (DWORKIN, 2007, p. 255)

Essa ideia, inclusive, como chamou a atenção Emílio Peluso Neder Meyer (2008), já estava na primeira obra de fôlego do autor norte-americano, *Levando os Direitos a Sério*. Naquela obra, advertiu Dworkin:

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2003a, p. 119 a 120)

Portanto, na medida em que o Direito é uma questão de princípios, quando os magistrados ou advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores, isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do Direito. Pelo contrário.

⁷ DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. *Op.cit.*, p. 255. De acordo com a tradução espanhola: “*Quiero oponerme en efecto a la idea de que el “derecho” consiste en un conjunto fijo de estándares sea de la clase que sea. Mi propósito fue más bien señalar que un examen cuidadoso de las consideraciones que los juristas deben tener en cuenta al decidir un asunto particular de derechos y obligaciones jurídicas incluiría proposiciones que tienen la forma y fuerza de principios, y que los jueces y abogados mismos, cuando justifican sus decisiones, usan a menudo proposiciones que deben ser entendidas de esta forma*”.

A prática jurídica mostra que os advogados, juízes e juristas em geral esforçam-se em demonstrar que a decisão tomada, apesar de não encontrar um texto explícito é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado Direito. Isso porque, para Dworkin, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo. (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2007)

E é justamente por isso que o autor demonstrará que existe uma única decisão correta para cada problema jurídico, revelando que o problema em se achar essa decisão não se centra em uma ponderação de princípios, tal como realizada por Alexy, mas sim em um trabalho árduo, hercúleo, de enfrentamento da questão, tentando visualizá-la a partir do maior número de ângulos possíveis, no intuito de se chegar à decisão correta, que, por estar vinculada àquele caso, e à reconstrução feita pelos interessados na discussão, é única, histórica e irrepetível.

Assim, raciocinar principiologicamente não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em seu maior grau, até porque Dworkin se contrapõe a qualquer forma de utilitarismo ou raciocínio de meios a fins, mas assumir a complexidade do caso e se colocar na posição de cada um dos afetados, a partir de suas argumentações, pretendendo ver de que modo o Direito pode ser justificado como a melhor prática argumentativa existente no momento.

Dessa forma, encarar o Direito como uma questão de princípios leva a que façamos uma interpretação de toda a história institucional do Direito para que ele possa ser interpretado à sua melhor luz. Assim, o juiz deve decidir pelo princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo os direitos dos cidadãos. O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada. Se existem regras, essas apenas surgem no momento da decisão, seja do administrador, seja do juiz, mas sempre como densificação dos princípios jurídicos existentes. E tais princípios se corporificam nos princípios da igualdade e liberdade entendidos como tratar a todos com igual respeito e consideração. (DWORKIN, 2005)

Mas, para que os princípios e o próprio Direito possam ser levados a sério, Dworkin nos convida a ver a Constituição e o próprio Direito como um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em

comunidade. Essa é a idéia de integridade do Direito. Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 1 a 59) E, de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada, mais justa para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e pré-concepções, tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como esse juiz não existe na prática, Dworkin vai denominar seu juiz de Hércules.

Mais uma vez, é óbvio que Dworkin usa uma metáfora com seus leitores e com os intérpretes. É claro que, como afirma Maria de Lourdes Santos Perez, a teoria de Dworkin aqui descansa em fortes pressuposições idealizantes. Mas, elas não são aleatórias. Elas estão baseadas em algumas pressuposições normativas em que descansa a atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito. (PEREZ, 2003, p. 19 a 20) Assim, ao contrário do que dizem alguns críticos, o juiz de Dworkin não é um ser imaginário e nem é um sujeito solipsista.⁸ Como explica Lúcio Antônio Chamon Júnior:

Tudo isso porque DWORKIN vai entender a interpretação como um empreendimento público que, enquanto tal, há que ser publicamente sustentável, e não de um mero ponto de vista individual, razão pela qual não podemos compartilhar da crítica de HABERMAS a DWORKIN quanto ao Hércules. (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 61)

O intérprete, principalmente o juiz, deve fazer prevalecer o ideal de integridade do Direito. Ora, como já afirmado, o juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito, ou

⁸ Essa, por exemplo, é a crítica descabida de Jürgen Habermas. Nesse sentido, vide : HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Madrid: Trotta, 1997. Incorporando essa crítica descabida, temos a Escola Neoinstitucionalista de Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, em Minas Gerais, e seus discípulos. Para mais detalhes, vide: LEAL, Rosemiro Pereira. *Op.cit.*; LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. *Op.cit.*; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Op.cit.*

seja, o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser. Em outras palavras, o conceito de Direito é eminentemente interpretativo. (DWORKIN, 1999, p. 3 a 54)

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a ideia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais. (DWORKIN, 2003b; DWORKIN, 2005) Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 121) Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação. (DWORKIN, 1999; OMMATI, 2004;) Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito. (DWORKIN, 1999; OMMATI, 2004) Como diz Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” (DWORKIN, 2000, p. 238)

Em outras palavras:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa

aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito. (BINENBOJM, 2001, p. 85)

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. (DWORKIN, 1999, p. 274)

Ou, para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual. (GADAMER, 1998)

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada. Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas.

E é justamente isso que significa dizer que o Direito é uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz.

Também ao contrário do que poderia parecer, a idéia de integridade não significa simplesmente coerência, enquanto decidir casos semelhantes da mesma maneira. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 1999, p. 263 a 264)

E que princípios seriam esses?

Dworkin ora os nomeia em três (justiça, certeza do Direito e devido processo), ora em simplesmente em dois (igualdade e liberdade), mas o certo é que, para o autor o Direito, através desses princípios, deve realizar um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade. (DWORKIN, 2003a; DWORKIN, 2005). Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, certeza do Direito (que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da certeza do Direito utiliza o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo entendeu *fairness* como equidade, o que é equivocado. De fato, o termo é de difícil tradução. *Fairness* pode significar várias coisas: correção, equanimidade, justeza. Esses significados são, digamos assim, mais rebuscados. Mas, em um sentido mais pobre, e entendo que esse é o utilizado por Dworkin, significa também certeza, no caso, do Direito, ou respeito às regras do jogo.

Por que afirmo que Dworkin utiliza esse sentido mais pobre para *fairness*? Exatamente porque quando o autor americano vai explicar o ideal de integridade no Direito, afirma que esse ideal só é possível se a justiça for realizada caso a caso. E ela só é realizada caso a caso se for respeitado o devido processo e se as partes trabalharem com a idéia de certeza do Direito que significa que as regras do jogo serão cumpridas e seguidas. É nesse sentido que podemos manter a história institucional de uma comunidade política: na medida em que realizamos a justiça a cada caso, através do devido processo e do respeito às regras jurídicas existentes (certeza do Direito).

Essa leitura principiológica é o que Dworkin denomina de leitura moral da Constituição. Todavia, ao contrário do que pensam alguns autores, tais como Ingeborg Maus (MAUS, 2000, p. 186), a leitura moral da Constituição de Dworkin não significa uma moralização do Direito, ou uma confusão entre as esferas do Direito e da Moral. (DWORKIN, 2006; DWORKIN, 2007) A leitura moral da Constituição de que nos fala Dworkin é uma leitura deontológica da Constituição, baseada em princípios jurídicos, que, é verdade, possuem alta carga moral, mas não são mais normas morais:

“Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.” (DWORKIN, 2006, p. 10)

Por isso:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos um moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.) (DWORKIN, 2006, p. 15)

Não é por outro motivo que Dworkin, em uma obra mais recente, será mais radical em sua proposta. Para ele, não existe diferença entre Direito e Moral, pois o Direito é um compartimento da Moral, faz parte da Moral. Mas, esclarece o autor, não devemos entender essa idéia no sentido comum de que o Direito se moralizou, através de algum entendimento específico, pessoal ou de grupo, sobre o que o Direito manda ou deixa de mandar fazer. Quando Dworkin diz que o Direito faz parte da Moral, ele define *Moral* como um conjunto de princípios extremamente abstratos que são capazes de justificar a prática jurídica como um todo à sua melhor luz, de modo a mostrar o que o Direito exige em cada situação concreta. Portanto, é uma visão moralizadora, mas não moralista

do Direito, para brincarmos mais uma vez com esses termos que causam tanta confusão na cabeça dos positivistas. (DWORKIN, 2007)

Isso significa dizer que essa visão de que o Direito faz parte da Moral não leva a que as decisões jurídicas sejam tomadas pelo Judiciário escutando os apelos de maiorias morais. Na verdade, a Moral à qual Dworkin se refere diz respeito àquilo que Habermas denomina de moral pós-convencional e o que Dworkin chama de moral crítica. (DWORKIN, 2007) Mais uma vez, e repetindo o que já dito, para evitarmos ao máximo malentendidos, a Moral é formada por princípios abstratos que fundamentam uma prática democrática no sentido de entender que a comunidade é uma comunidade de princípios, vinculada por um ideal que deve ser desenvolvido historicamente no sentido de aprofundar, cada vez mais, e a cada novo contexto histórico, a crença de que essa comunidade é formada por indivíduos livres e iguais. (DWORKIN, 1999)

E aí se apressa o autor a dizer que nem todas as normas jurídicas são normas morais, sendo algumas delas meras convenções, como, por exemplo, sobre se os veículos devem trafegar pela mão direita ou pela mão esquerda. Mas, o cerne do Direito se encontra na busca dos melhores princípios morais que justifiquem a prática jurídica como um todo, como uma prática de toda uma comunidade que se vê formada por homens, mulheres, crianças, homossexuais, etc., enfim, indivíduos livres e iguais. (DWORKIN, 2007)

Essa perspectiva leva a que se entenda o Direito a partir de uma perspectiva deontológica, e não axiológica, tal como defendido por Robert Alexy. Nesse sentido, sobre as medidas de exceção empregadas por George W. Bush para combater o terrorismo, Dworkin deixa clara sua posição deontológica:

Não podemos responder a essa questão também, como a metáfora da balança tenderia a sugerir, imaginando uma escala gradual que nos indicaria como os direitos que reconhecemos aos acusados diminuem em razão do perigo representado pelo crime do qual eles são acusados. É verdade que os direitos tradicionais podem ser uma ameaça para nossa segurança. Poderíamos muito bem decidir sermos uma sociedade mais segura, autorizando à polícia a prender as pessoas suspeitas de cometerem crimes no futuro, ou a presumir a culpabilidade ao invés da inocência, ou ainda a gravar as conversas entre os advogados e seus clientes. Mas, nosso sistema judiciário não foi construído sob o cálculo preciso dos riscos que aceitamos correr se queremos dar a uma categoria particular de acusados um certo grau de proteção contra as acusações injustificadas. Não demos menos

garantias, por exemplo, para as pessoas acusadas de morte do que para aquelas acusadas de cometerem crimes menos graves. (DWORKIN, 2002, p. 17 a 18)⁹

Em outra obra, Dworkin volta a abordar a questão do argumento principiológico. De acordo com o autor, em diálogo com Isaiah Berlin, um grande filósofo político, não é verdade que valores estão sempre em colisão. É possível defender, sim, a perspectiva de um ouriço, ou seja, a perspectiva de unificação dos valores a partir de uma noção comum. Dessa forma, devemos entender de maneira adequada o que significam os valores ou princípios que estão em colisão, para vermos se, de fato, estão em colisão. (DWORKIN, 2007) E o autor dá o exemplo dos princípios da igualdade e liberdade. Será que esses princípios estão em colisão?

Dworkin responderá que dependerá da concepção que tivermos de igualdade e liberdade. Se entendermos que liberdade é toda e qualquer invasão em minha esfera de comportamento, posso entender que as normas penais invadem minha liberdade. Mas, afirma o autor, essa compreensão de liberdade é muito tosca. Devemos buscar uma outra compreensão para liberdade, no sentido de entendermos esse princípio como esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o igual direito do outro de agir da mesma forma. Assim, podemos perceber que as normas penais não invadem a liberdade, mas são condição de possibilidade do direito de liberdade de todos, como também as políticas redistributivas não invadem nem a igualdade nem a liberdade, porque permitem justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade. (DWORKIN, 2005; DWORKIN, 2007)

Portanto, e justamente pelo fato de o Direito ser uma questão de princípio, é que ele depende da leitura que fazamos dele, ou seja, da atitude que tenhamos em face dele. Dessa forma, o Direito não é capaz de nos prevenir dos erros e de interpretações equivocadas. Como afirma Dworkin:

⁹ DWORKIN, Ronald. **George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain.** In: *Esprit*. N° 285, Paris: junho de 2002, p. 17 a 18. No original: « *On ne peut pas non plus y répondre, comme la métaphore de la balance tendrait à le suggérer, en imaginant une échelle graduée qui nos indiquerait comment les droits que nous reconnaissons aux accusés diminuent en raison du danger représenté par le crime dont ils sont accusés. Il est vrai que les droits traditionnels peuvent être une menace pour notre sécurité. Nous pourrions aussi bien décider d'être une société plus sûre en autorisant la police à enfermer les gens susceptibles de commettre des crimes dans l'avenir, ou à présumer la culpabilité et non l'innocence, ou encore à enregistrer les conversations entre les avocats et leurs clients. Mais notre système judiciaire ne s'est pas construit dans le calcul précis des risques que nous acceptons de courir si nous voulons donner à une catégorie particulière d'accusés un certain degré de protection contre les accusations injustifiées. Nous n'accordons pas moins de garanties, par exemple, aux personnes accusées de meurtre qu'à celles à qui l'on reproche des escroqueries mineures.* »

O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas; tudo que podemos fazer a respeito dessas más decisões é mostrar como e onde os argumentos eram ruins ou as convicções inaceitáveis. Também devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más, e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. (DWORKIN, 2003c, p. 203 a 204)

Assim, o Direito não se esgota em um catálogo fixo de regras e princípios, como afirmou o autor norte-americano em uma belíssima passagem com a qual encerro o presente tópico:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. **O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo.** Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns **se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância.** O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, **e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão.** A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. **É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.** Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 492) (Grifos nossos)

III

É chegada a hora de alinhar todas essas idéias a partir do Direito Processual. Nesse último tópico desse texto, tentarei mostrar que o Direito Processual contemporâneo encontra-se em uma crise paradigmática que contrapõe o paradigma do Estado Social da instrumentalidade do processo ao paradigma do Estado Democrático de Direito que entende o processo como uma instituição constitucionalizada (na linha neo-institucionalista do processo) ou como um procedimento em contraditório (na linha de Fazzalari). Mostrarei também porque a teoria instrumentalista deve ser abandonada e porque devemos escolher a teoria democrática do processo, seja em sua vertente neo-institucionalista, seja em sua vertente fazzalariana.

Para que tudo isso seja possível, retornarei ao enfoque paradigmático para, rapidamente, mostrar como se deu a evolução do Direito Processual nos diversos paradigmas e, obviamente, me deterei mais nos paradigmas do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

Como vimos anteriormente, o paradigma do Estado Liberal ou Estado de Direito foi marcado pela idéia de forma. Nesse paradigma, o que importava era a forma. E mais, a forma era um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, entendidos como direitos privados. Não foi por outro motivo que nesse paradigma o processo era visto em uma perspectiva privatística. É dessa época as teorias do processo como contrato ou quase-contrato. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 287 a 288). Apenas com a passagem do Estado de Direito para o Estado de Bem-Estar Social que o processo se materializa, ganhando independência do Direito Material. Graças a Bülow constrói-se a teoria do processo como relação jurídica. Agora, o processo não depende mais do direito material, como nas teorias do contrato ou quase-contrato, mas é marcado por uma relação jurídica específica que vincularia autor, réu e juiz. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005)

Com a ideia de processo como relação jurídica, temos a passagem da Ciência Processual do paradigma do Estado de Direito para o paradigma do Estado de Bem-Estar Social. Mas, por que essa construção processual que teve o mérito de tornar a ciência processual independente do direito material é típica de Estado Social e, portanto, hoje, deve ser abandonada?

Justamente porque essa teoria confere ao juiz amplos poderes decisórios, desconhecendo-se inclusive a centralidade que deve ter a participação dos interessados com seus argumentos para a construção do provimento final (sentença). É nesse sentido que os adeptos da teoria da relação jurídica processual desenvolverão a idéia de instrumentalidade do processo. De acordo com eles,

além do processo ser uma relação jurídico-processual, o processo é também instrumento da jurisdição. Portanto, o processo serviria apenas para a realização de um dos Poderes do Estado, a jurisdição.

Percebe-se, então, que a jurisdição aparece como uma simples atuação ou poder do Estado, que o exercerá através do processo, instrumento da jurisdição, e o juiz aparecerá como esse sujeito solitário que garantirá esse poder do Estado. Inclusive, o processo não serviria apenas para acertar uma situação litigiosa apresentada pelas partes, discutidas e provadas por estas, para ser decidida por um terceiro imparcial, o juiz. O processo também deveria desenvolver e realizar escopos metajurídicos, passíveis de serem realizados em decorrência da formação moral e ética do juiz, o guardião dos valores da sociedade. Nesse sentido:

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das matrizes do próprio Estado social. (DINAMARCO, 2002, p. 186)

E é justamente por isso que Cândido Rangel Dinamarco proporá que além dos objetivos ou escopos jurídicos, o processo deveria atingir escopos sociais e políticos. É interessante notar que dentre os escopos sociais, para Dinamarco, o processo deve pacificar com justiça e servir para a educação. (DINAMARCO, 2002, p. 193 a 214)

Mais uma vez, revela-se a face do Estado Social e a inteira discricionariedade deixada ao Magistrado, já que a realização desses escopos não jurídicos do processo dependerá da atitude ética do juiz, que deverá escolher os valores em conflito. Além disso, tal perspectiva desconhece justamente o fato do pluralismo, ou seja, que a sociedade é complexa e plural e perpassada por grandes conflitos no que concerne aos valores e ao que seja vida boa. O processo encontra-se, então, nessa perspectiva, sobrecarregado de valores, com o risco de não conseguir realizar nem mesmo suas finalidades jurídicas.

É em vista de todos esses problemas que começou a se construir na Itália, a partir do pensamento de Elio Fazzalari, uma teoria mais realista e democrática do processo, que passa a ser entendido como procedimento em contraditório.

De acordo com Fazzalari, o processo é uma espécie de procedimento. Portanto, inicialmente, é importante que se entenda o que seja procedimento. O procedimento se apresenta como uma sequência de atos, que são previstos e valorados pelas normas. É também uma série de faculdades, poderes, deveres, dependendo das posições subjetivas possíveis. Assim, pode-se dizer, simplificadamente, que o procedimento é um conjunto de atos ordenados e coordenados normativamente que visam a atingir um resultado final. É nesse sentido que Fazzalari afirma:

Quando esse procedimento se realiza em contraditório, temos o processo, de acordo com Fazzalari. (FAZZALARI, 2006, p. 94)

A questão é saber o que seja o contraditório. De acordo com Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório não é apenas o dizer e o contra-dizer. Não é também o contraditório simplesmente a idéia de “paridade de armas”, mas a condição de simétrica paridade em que se encontram os destinatários do ato final (provimento jurisdicional, no caso do Poder Judiciário) para contribuir para a formação do provimento. É dizer: o contraditório é a condição dada a todos aqueles que serão afetados pelo provimento de apresentar seus argumentos e provas para contribuir para a construção do próprio provimento. Não é, portanto, um dever dos interessados, mas um direito deles em igualdade de condições. Como afirma Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório pode ser visto como uma decorrência dos princípios da igualdade e liberdade em um ordenamento democrático:

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 do ato final. Essa será a sua matéria, o seu 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 compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 1992, p. 127)

E por que o processo não pode mais ser visto como relação jurídica?

Justamente porque a idéia de relação jurídica pressupõe a noção de que os pólos da relação deteriam direitos e obrigações uns em relação com os outros. Ora, se no processo o encadeamento dos atos já vem previamente fixado na lei, não se pode dizer que o autor tenha como exigir determinada conduta do réu, enquanto direito seu, ou que o réu tenha como exigir, enquanto direito

seu, determinada conduta do autor, ou ainda, que o juiz possa exigir de autor e réu determinada conduta. O que se coloca no processo é justamente a idéia de simétrica paridade, ou seja, de igualdade ou isonomia entre as partes, para poderem discutir as questões e apresentar argumentos para a construção do ato final, o provimento jurisdicional. Assim, o processo deixa de ser visto como instrumento da jurisdição e passa a ser visto como direito fundamental dos cidadãos, o que, inclusive, está de acordo com a Constituição de 1988. (GONÇALVES, 1992; LEAL, 2009)

Também equivocado seria falar em escopos metajurídicos do processo, pois se o processo aparece agora não mais como instrumento da jurisdição, o juiz deixa também de ser esse sujeito onisciente que decide para nós o que é melhor para nós. Além do mais, de acordo com Aroldo Plínio Gonçalves:

A admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõem, necessariamente, a existência de três ordens normativas distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos, portanto, como escopos pré-jurídicos. Seria possível pensar-se logicamente nessa fase pré-jurídica em relação aos momentos de transformação, que preparam o advento de uma nova ordem jurídica. No momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pelas normas, das ideologias que constituirão o conteúdo das normas, pode-se, por certo, pensar em escopos metajurídicos que serão postos no ordenamento jurídico pela norma que funda toda sua legitimidade. A recente experiência brasileira foi um verdadeiro laboratório para a observação da eleição das ideologias que iriam compor a nova ordem estabelecida, sob uma nova Constituição.

Uma vez que o ordenamento jurídico se institui e se consolida em normas, condutas e relações humanas, valoradas como lícito ou ilícito, como conduta devida e conduta que inobserva aquela estatuída como cânone valorativo, já não se pode mais cindir o ordenamento da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma. (GONÇALVES, 1992, p. 182)

Falar de escopos metajurídicos do processo seria falar de normas jurídicas como valores, tratar a aplicação do direito como se fosse o momento de legislação, confundindo os discursos de justificação e de aplicação do Direito, tornando o Poder Judiciário um verdadeiro legislador constituinte originário permanente, problema encontrado tanto no Estado Social quanto na perspectiva principiológica de Robert Alexy, como vimos no item II do presente trabalho. Mais uma vez, com Aroldo Plínio Gonçalves, podemos dizer: “Não há outra base na ciência do Direito Processual Civil, para se afirmar a existência de escopos da jurisdição e do processo, como instrumento de sua manifestação, a não ser o próprio ordenamento jurídico, dentro do qual se

acomodam as ideologias, e, nesse caso, os escopos são todos jurídicos. (GONÇALVES, 1992, p. 185)

A finalidade do processo, portanto, compreendida em toda a extensão e profundidade do princípio do contraditório, aparecerá de sua própria instrumentalidade técnica. E essa finalidade, como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves, não é pequena, estreita ou dispensável; ao contrário, é enorme, profunda e necessária. (GONÇALVES, 1992, p. 187 a 188) Mais uma vez, as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves merecem ser citadas em uma longa e importante passagem:

Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno **Magnaud**, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença.

Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade, poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida. (GONÇALVES, 1992, p. 188)

Tudo isso nada mais é do que a perspectiva da integridade do Direito, tal como trabalhada no item II do presente texto. Portanto, falar de processo como procedimento em contraditório leva a que entendamos que o Direito é fruto de um único autor, a comunidade personificada. E que, ao aplicar o Direito, o Magistrado não pode simplesmente utilizar seus valores, mas deve deixar falar os envolvidos, para que possam reconstruir o caso “à sua melhor luz”, em igualdade e liberdade, é dizer, em simétrica paridade, ou seja, em contraditório.

Por fim, a teoria neoinstitucionalista do processo, construída em Minas Gerais por Rosemiro Pereira Leal, partindo da concepção de Fazzalari, acaba por criticá-lo, na medida em que o autor italiano não teria percebido que o processo é uma instituição constitucionalizada e, portanto, construída e modelada constitucionalmente, a partir dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, juiz natural, dentre outros. (LEAL, 2009) Mas, será que essa crítica de Rosemiro Pereira Leal é adequada em face da própria teoria de Fazzalari?

Entendo que não. Tanto é assim que Fazzalari, ao demonstrar que processo e procedimento são categorias da teoria geral do Direito, existentes tanto nos âmbitos do legislativo, do executivo e do judiciário, afirma que as garantias do “due process of law” podem ser entendidas, na linguagem dele, como garantias do contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 40; p. 110; p. 729) Portanto, pode-se dizer que o contraditório, na visão de Fazzalari, implica no devido processo legal. Da mesma forma, ao especificar as garantias do contraditório, Fazzalari mostra a importância do direito de defesa ou ampla defesa, de acordo com a dicção constitucional brasileira. Assim, não se pode falar de contraditório sem ampla defesa. E, por fim, igualdade ou isonomia processual é o próprio núcleo do contraditório, pois vimos que o contraditório não é apenas o dizer e o contradizer, mas é a possibilidade de construir o provimento em igualdade e liberdade. Assim, pode-se perceber que o contraditório engloba as garantias constitucionais do processo, ou seja, podemos retirar de Fazzalari a idéia de que processo sem garantias institucionais constitucionalizadas não pode existir, já que a idéia de contraditório implica ampla defesa, isonomia e devido processo legal. (FAZZALARI, 2006, p. 336; p. 458; p. 587)

Ademais, deve-se reconhecer que quando Fazzalari propôs sua teoria, ainda em meados da década de 1970, a Constituição Italiana não apresentava princípios constitucionais do processo. Fazzalari foi, portanto, visionário e revolucionário, na medida em que defendeu que o processo, para existir, precisa conter esses elementos estruturantes que podem ser resumidos na idéia de contraditório.

Por tudo isso, parece-me que a teoria neo-institucionalista do processo não agrega nada de novo em relação à teoria fazzalariana, desde que entendida a partir dos elementos aqui esboçados. Além do mais, a teoria de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório é preferível à teoria neoinstitucionalista, já que mais simples, elegante e acessível a todos e, como nos mostra Hilary Putnam (PUTNAM, 2008) e Thomas Kuhn (KUHN, 2006)¹⁰, ao contrário do que defendido

¹⁰ KUHN, Thomas S. **O Caminho desde a Estrutura: Ensaios Filosóficos**. 1ª edição, São Paulo: Unesp, 2006. Nessa e nas demais obras, Thomas Kuhn mostra que a teoria de Popper no sentido de que uma teoria científica é válida se for falsificável não se comprova, já que os cientistas não têm tempo nem disposição para analisarem cada uma das teorias científicas que surgem. Por isso que Kuhn mostrará, como já vimos ao longo do presente trabalho, que as mudanças científicas ocorrem não necessariamente pela falsificação de teorias antigas, mas por rupturas paradigmáticas, grandes conversões dos cientistas, na medida em que as teorias novas conseguem explicar melhor tanto a realidade atual, como também resolver os problemas não resolvidos pelas teorias anteriores e, ainda, propor novas questões a serem resolvidas. Kuhn falará até mesmo que o abandono de um paradigma e a aceitação de um novo paradigma se dá por um ato de fé. Portanto, outro problema na teoria neo-institucionalista do processo, da forma como defendida por Rosemiro



por Karl Popper e pelo próprio Rosemiro Pereira Leal, uma teoria é preferível a outra não pela primeira ter falsificado a última, mas porque consegue convencer melhor a comunidade de cientistas. E nesse processo dialógico de convencimento, sem dúvida a elegância, a simplicidade e a coerência interna são valores fundamentais que levam uma comunidade de cientistas a escolher uma teoria em detrimento de outra. Se a teoria neo-institucionalista possui elegância e coerência interna, contudo falta a ela uma maior simplicidade para gerar maior adesão na comunidade científica.

Portanto, apesar de respeitar os neoinstitucionalistas e de concordar com eles em quase tudo, a teoria de Fazzalari, da forma como aqui exposta, me parece mais interessante e pode resolver melhor nossos problemas. Afinal, é para isso que uma teoria científica serve.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 1ª edição, México: Fontamara, 1993.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOURETZ, Pierre. **Le Droit et la Règle: Herbert L. A. Hart**. IN: BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 41 a 58.
- CARVALHO, Helder Buenos Aires de. **Tradição e Racionalidade na Filosofia de Alasdair MacIntyre**. São Paulo: Unimarco, 1999.
- CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Pereira Leal, é a utilização de Karl Popper enquanto marco teórico e filosófico, o que é inadequado, como mostrou Thomas Kuhn.

- CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. ***Tertium Non Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade em Face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no Marco de uma Compreensão Procedimental do Estado Democrático de Direito***. IN: CATTONI, Marcelo.(Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79 a 120.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do Direito Moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.
- DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain**. In: *Esprit*. Nº 285, Paris: junho de 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, constitución y democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003b.
- DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003c.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 4ª edição, Coimbra: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso**. Madrid: Trotta, 1998.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milénio**. 3ª edição, Mira-Sintra: Edições Europa-América, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A Tensão Essencial**. Lisboa: Edições 70, 1989.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1997.

KUHN, Thomas S. **O Caminho desde a Estrutura: Ensaio Filosófico**. 1ª edição, São Paulo: Unesp, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: Primeiros estudos**. 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: Uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2008.



MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *IN*: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

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.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Interpretação como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: A Tese Kelseniana da Interpretação Autêntica**. *IN*: CATTONI, Marcelo. (Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121 a 149.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS**. *In*: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 8. Janeiro/junho de 2008. Fortaleza: Instituto Albaniza Sarasate, 2008, p. 543 a 587.

OMMATI, José Emílio Medauar Ommati. **Teoria da Constituição**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREZ, Maria Lourdes Santos. **Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin**. *IN*: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 26, Alicante, 2003.

PUTNAM, Hilary. **O Colapso da Verdade e Outros Ensaio**. 1ª edição, São Paulo: Idéias & Letras, 2008.

RIALS, Stéphane. **La Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.



CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: POR QUE A TEORIA
INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO NÃO É COMPATÍVEL
COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2ª edição, Petrópolis: Vozes, 1996.

Recebido em: 11/06/2018 / Aprovado em: 11/06/2018