

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO (E PROCESSUALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO): aproximação hermenêutica à estrutura do Novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PROCESS (“PROCESSUALIZATION” OF THE CONSTITUTION): hermeneutic approach to the structure of the New Code of Civil Procedure under the Democratic State of Law paradigm

Ziel Ferreira Lopes *

RESUMO

Discute a constitucionalização do Direito Processual Civil brasileiro. Objetiva desvelar o que seria o devido processo (art. 5º, LIV, CF) no paradigma do Estado Democrático de Direito. O método de abordagem adotado é a fenomenologia hermenêutica aplicada ao direito, a partir do marco teórico da Crítica Hermenêutica do Direito. Trabalha aí sob a hipótese de que a Constituição tenha normatividade deontológica, mais do que simbólica. Como método de procedimento, sistematiza e compara encaminhamentos representativos da questão. Espera: romper o imaginário efficientista; apartar da discussão o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; verificar a adequação democrática do Modelo Constitucional de Processo, bem como sua repercussão na estrutura participativa (horizontal) do Novo Código de Processo Civil; e encontrar “indícios formais” do devido processo no contraditório como garantia de influência.

Palavras-chave: Modelo Constitucional de Processo; Estado Democrático de Direito; Novo Código de Processo Civil; Hermenêutica

ABSTRACT

Discusses the constitutionalization of the Brazilian Civil Procedure Law. Aims to unveil what would be the due process (Article 5, LIV, CF) in the paradigm of Democratic State of Law. The method of approach adopted is the hermeneutic phenomenology applied to the law, from the theoretical framework of Critical Hermeneutics of Law. It Works under the assumption that the Constitution has deontological normativity, rather than symbolic. As method of procedure, systematizes and compares representative referral to the matter. It hopes: to break the efficientist imaginary; to depart form the discussion the neoconstitutionalism and neoprocessualism, to verifie the democratic adequacy of the Constitutional Process Model,

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista CAPES. Contato: zf.lopes@hotmail.com

and its repercussion in the participatory (horizontal) structure of the New Code of Civil Procedure, to find “formal indicatives” for the due process in the contradictory as a guarantee of influence.

Keywords: Constitutional Process Model; Democratic State of Law; New Code of Civil Procedure; Hermeneutics

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de ampla mudança de Códigos no Brasil, a apregoada Constitucionalização dos Direitos já se tornou verdadeiro chavão teórico. Por trivial que possa parecer hoje, a remissão à Constituição na engenharia legislativa se trata, na verdade, de fenômeno recente no país. Preocupa aí, na sua apropriação acrítica, tanto a instrumentalização retórica quanto uma realização desastrosa, fora dos compromissos teórico-metodológicos que deveria implicar.

Um “balão de ensaio” desse problema pode ser vislumbrado no Processo Civil brasileiro, pelas discussões que seguem o trâmite do seu novo Código (NCPC). A propósito (ou a despeito) da importação da doutrina italiana do Modelo Constitucional de Processo Civil, pergunta-se que Constitucionalismo vem sendo aportado a esta dogmática regional, na medida em que nela controvertem os juristas sobre questões de alcance paradigmático. Afinal, trata-se de um Processo afinado com o Estado Democrático de Direito?

Trabalhando a partir do marco de uma fenomenologia hermenêutica aplicada ao direito, no viés da Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2013a, p. 20-21), objetiva-se explorar os limites e possibilidades da Constituição efetivamente Constituir-ação — para além de servir como álibi teórico à vontade política —, sobredeterminando a racionalidade jurídica deste debate legislativo. Mais especificamente, procura-se *desvelar* o que é isto: o devido processo (art. 5º, LIV, CF), enquanto direito/garantia fundamental, sob a hipótese de que tenha normatividade verdadeiramente deontológica. Destacam-se alguns encaminhamentos mais representativos dados à questão, sistematizando-os e analisando criticamente o NCPC (em perspectiva macroestrutural) à vista deste estado da arte.

2. O DISCURSO CONSTITUCIONALISTA: DO PERFORMATIVO AO DEONTOLÓGICO; DO SENSO COMUM AO COMPROMISSO TEÓRICO-METODOLÓGICO

Apesar da gravidade do problema, e do longo tempo desde que foi denunciado pela primeira vez, os abusos teóricos ligados ao constitucionalismo ainda passam sem menção pela maioria da comunidade jurídica. Ao risco do esvaziamento, e até da malversação conceitual, a própria Constituição custa a se emancipar de sua acepção *nominal*, como já denunciava Karl Lowenstein (*apud* LIBERATO, 2014) — embora tanto seja citada a tese de sua *força normativa* (HESSE, 1991), mostrando como as próprias denúncias estão sujeitas a esvaziamento e malversação.

Longe, ainda, da superação do problema, são atualíssimas as análises da *hipertrofia simbólica* da Constituição (NEVES, 2005, p. 5), a par da pouca penetração na dogmática. Não se ignora a importância da Constituição como instrumento simbolizador de conquistas e mobilizador do imaginário jurídico (BARROSO, 2007, p. 4). Contudo, vê-se quão facilmente essa função é pervertida em *insinceridade normativa* (BARROSO, 2007, p. 5).

Expressão mais particular deste fenômeno, e que parece receber ainda menos atenção crítica, é a chamada “Constitucionalização dos Direitos”. Apesar de fazer avançar o Texto Fundamental sobre a dinâmica jurídica (tornando substantivo em verbo), a banalização deste conceito *naturaliza-o*, perde-o no *mito do dado*. O *acontecer* da constituição, a penetração nas dogmáticas jurídicas regionais, apresenta-se como acontecimento espontâneo; quando muita participação reclama, é no sentido de um agir performativo (à moda simbólica, ou nominal): mera invocação da Constituição, ou citação de seus artigos.

Mais do que deixar de creditar o labor dos agentes jurídicos, escondem-se seus débitos, sua prestação de contas paradigmática. O que vem a ser, operacionalmente Constitucionalizar uma área do direito? A que tanta simbolização remete? Que Constitucionalismo se está aportando a que dogmática regional? Quais os compromissos teórico-metodológicos em jogo, nisto tudo?

O Direito Constitucional, enquanto subdivisão da Ciência Jurídica, não escapa à inserção paradigmática de qualquer saber, denunciada pela Filosofia da Ciência. Na sobredeterminação de um campo do Direito pela Teoria Constitucional, não se pode perder de vista que se está a aportar todo o contexto metateórico desta. Assim, para uma autocompreensão crítica do cientista-jurista, quer-se mais que o uso ornamental ou de orientação de qualquer mal-chamada filosofia, mas o efetivo dar-se conta do *standard de*

racionalidade (matriz de inteligibilidade) pelo qual se movimenta (STEIN, 2004, p. 134-139). Ora, a ascensão da Constituição ao ápice do ordenamento jurídico colocou a Teoria Constitucional numa posição de articulação, de chave paradigmática para as demais áreas do Direito. Deste modo, cada viés teórico, cada *Constitucionalismo*, arrastará suas peculiaridades para essa área a Constitucionalizar.

2.1. Constitucionalismo e Constitucionalização no Brasil

Referenciando o Constitucionalismo recente, vale citar estudo de Luis Roberto Barroso (2007, p. 2-10) — embora por vezes o trate por Neoconstitucionalismo, cuja distinção discutiremos na sequência. Trabalha analiticamente a partir de 3 grandes marcos:

i) Filosófico: situa-o no Pós-Positivismo;

ii) Teórico: destaca a importância da *força normativa da Constituição*, da expansão da Jurisdição Constitucional (fator “mais importante”) e de uma Nova Interpretação Jurídica;

iii) Histórico: menciona a ascensão do Estado Constitucional.

Da convergência desses fatores decorreria a Constitucionalização.

Com efeito, não é difícil supor a correlação entre a concepção de Estado e a dos direitos. Contudo, a tese moderna de um Texto Fundamental coloca a questão em termos mais socialmente reflexivos, *i.e.*: de autodomínio político-jurídico de uma sociedade.

Acorrem logo à memória as experiências fundadoras das grandes tradições constitucionais: um agregado difuso do aprendizado civilizacional, pela Constituição não-escrita anglo-saxã, e a “produção deliberada da razão legisladora” (OST, 1990, p. 267), próprios das revoluções francesa e americana. Entretanto, não é a elas que se remete quando se fala em Constitucionalização (BARROSO, 2007, p. 12). O Estado americano já surgiu fortemente comprometido com um projeto constitucional, rapidamente enfatizado pela autoafirmação da Jurisdição Constitucional. Na Inglaterra o Estado foi surgindo concomitantemente com a Constituição, e suas histórias se confundem. Já na França, e ainda na Inglaterra, não se tem um modelo de Jurisdição Constitucional capaz de atirar os Poderes estatais numa disputa interpretativa sobre o sentido e alcance dos direitos fundamentais.

Fala-se propriamente em Constitucionalização a partir da experiência alemã do 2º pós-guerra (BARROSO, 2007, p. 12). Destaca-se a atuação do Tribunal Constitucional Federal na afirmação dos Direitos Fundamentais, inclusive invalidando vários dispositivos do Código Civil (BGB) por incompatíveis à Lei Fundamental de Bonn. Com efeito, a Corte teve

um papel interessante na legitimação desta, sobre a qual pesava a falta de participação popular no procedimento formativo, que não permitia chama-la Constituição. Agiu assim em alternativa à tese de expurgo normativo (as *normas constitucionais inconstitucionais* de Otto Bachoff), projetando-se o tribunal para além da Lei, na busca de uma “Constituição verdadeiramente alemã”.

Ao contrário, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) tornou-se o grande responsável pela legitimação da Lei Fundamental num período que ficou conhecido como *jurisprudência dos valores* (com todas as críticas que a ela devem ser feitas) (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 70)

Em que pese o grave vício constituinte, o Texto Fundamental logrou se legitimar nas condições dadas, não apenas por um procedimento formal, por um projeto de engenharia legislativa ou por um lento e espontâneo acostumar-se da sociedade. O que fez a diferença aqui, esse *plus* paradigmático a que se pode chamar *Constitucionalização*, foi a mobilização institucional que agenciou preceptividade normativa e confiança social pela construção de um novo *habitus* jurídico.

Dentre outros países que seguiram a tendência, conta-se a Itália. Nela, inclusive, chamou-se de “Guerra de Cortes” a resistência inicial do *status quo* judiciário à nova tipologia decisória do órgão de cúpula, em aplicabilidade direta da Constituição (BARROSO, 2007, p. 13; CICCONE; TEIXEIRA, 2010, p. 197-198).

Por aí se tem uma ideia das contingências do fenômeno no Brasil. País de modernidade e democratização tardias (STRECK, 2013a, p. 23-43), pouco resolvido na experiência liberal ou social — em que o Código de Processo Civil ocupa o centro da vida jurídica, sendo, ademais, uma estranha composição patrimonialista (liberal) e instrumentalista (socializadora). Assim, a Constitucionalização no Brasil é bem recente, datando da promulgação da Carta de 1988. No particular, trata-se do primeiro Código de Processo Civil editado sob a égide, não apenas dessa Constituição, mas de um regime democrático.

Afinal, recapitulando-se a demarcação de Barroso¹, pode-se especificar quanto à Constitucionalização supostamente em curso no Brasil: (i) trata-se de um Pós-Positivismo de continuidade ou ruptural? (ii) que Constituição é essa a se concretizar? Por meio de ativismo judicial ou judicialização da política? Essa nova interpretação se liga a que fase da Hermenêutica? (iii) Trata-se do Estado Liberal, Social ou Democrático de Direito? Não se

¹ Descritivamente fiel à pluralidade do fenômeno, no que reconhece refletir “rótulos genéricos”, “sincretismos metodológicos” e que “faltaria especificidade à expressão [constitucionalização]” (2007, p. 4, 8 e 10).

trata aqui de dar atenção separada a cada um desses desdobramentos, em abstrato. Espera-se, na verdade, que referenciem a sequência deste estudo sobre a Constitucionalização do NCPC.

2.1.1. Tensionamento da relação entre Constituinte e Legislador: aspectos inconsiderados

Se o *princípio epocal* do Estado Absolutista era a *Vontade de Poder*, e do Estado Legislativo era o que se poderia chamar de *Vontade de Sistema* (STRECK, 2013a, p. 137-145), já há algum tempo se fala na primazia da *Vontade de Constituição* (HESSE, 1991, p. 19).

Na travessia dessa última fase, Luis Roberto Barroso (2007, p. 11) observa:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais.

Robert Alexy (2007, p. 79-82) — pós-positivista de continuidade por excelência (STRECK, 2011, p.504) — tenta equacionar essa “margem de conformação” com a intervenção judicial, divisando *espaços estruturais* e *epistêmicos* na Constituição. Nos primeiros, à falta de mandamento ou proibição definitiva, essa margem é certa. Nos segundos, decorre justamente da incerteza sobre essa normação ou seu suposto de fato: quanto mais incerta, maior será a liberdade legislativa, porém quando maior a gravidade da ação ou omissão legislativa sobre o Direito Fundamental, maior deverá ser a intervenção judicial cobrando certeza empírico-normativa ao Legislativo.

Por trás dessa fórmula está a seguinte compreensão do arranjo de Poderes:

A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que as maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-

constitucional racional. A apresentação argumentativa dá bom resultado quanto o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Com isso, está fixado, como resultado, que o ideal, do qual fala a declaração dos direitos do homem universal, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 2007, p. 53-54).

Em sentido contraposto, Jeremy Waldron (2003, p. 2) chama atenção para que “construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama de legislar”. Trabalha aí para redignificar o Parlamento enquanto instância produtora de direitos, capaz de deliberações mais sofisticadas do que a mera “contagem de cabeças”:

Como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, na sua normatividade, talvez na sua integridade, e, certamente na sua qualidade de aspiração ao retrato dos tribunais — ‘o fórum do princípio’, etc. — que apresentamos nos momentos mais elevados de nossa jurisprudência constitucional? (2003, p. 2).

Pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) tenta-se escapar a esta confusão sobre uma “natureza” das representações judicial e legislativa, saltando por sobre os fossos entre real e ideal. Ocorre que, com a invasão da filosofia pela linguagem, esta passa à condição de possibilidade dos sentidos, que não mais residem num plano real ou ideal. Nesse giro linguístico-ontológico, os sentidos se dão intersubjetivamente, *pela e na* linguagem.

Ainda, nega-se base ao corte metodológico estrutural/epistêmico, por radicar nessa elaboração analítica da racionalidade teórica e prática: um âmbito em que se pode conhecer puramente, como cognitivamente dado (reprimando o “*in claris cessat interpretatio*”); e um outro em que só se pode equacionar as *Vontades de Poder*.

Com o giro ontológico operado por Heidegger, se dá – de uma forma inédita em toda tradição filosófica – uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o *círculo hermenêutico* (*hermeneutische Zirkel*). Há uma espécie de “privilegio” do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico* (STRECK, 2013d, p. 63).

Pela CHD aporta-se ao pensamento jurídico que interpretar não é reproduzir racionalmente sentidos, tampouco criá-los segundo a vontade, mas sempre *atribuir* sentido

(STRECK, 2013d., p.91). Além disso: compreender não é modo de conhecer, mas *modo de ser*².

Assim, ao invés de repartir competências institucionais ao critério de uma artificial compartimentalização gnosiológica (estrutural/epistêmico, ideal/real e racional/volitivo), interessa mirar no “constrangimento epistemológico” às chamadas *interpretações “autorizadas”*, pela projeção contínua dos sentidos da Constituição sobre estas. Esta a ruptura com o Positivismo, forte na qual se possibilita força normativa aos Direitos Fundamentais, passando a ser justiciáveis (=judicialização da política). Por aí se nota a diferença de um Pós-Positivismo de continuidade, cujo reconhecimento fatalista de uma margem de discricionariedade nas interpretações leva à mera oposição das Vontades de Poder entre os órgãos estatais. Neste último cenário, a idealização do Judiciário busca legitimar os ativismos (STRECK, 2013b, p. 290-295), em que o órgão se arroga a dispor da Constituição como um intérprete ainda “mais autorizado”.

Com efeito, a idealização do Legislativo nos legou Códigos que visavam escravizar os interpretes ao texto legal. Por sua vez, a idealização contemporânea do Judiciário o erigiu a Senhor do Texto Fundamental. Aqui, a partir da CHD, fala-se na inscrição de uma idealidade na realidade, a partir da *metáfora* da resposta correta (STRECK, 2011, p. 387-394), enquanto constitucionalmente adequada. Todos os cidadãos a que se destinam esse Texto Fundamental (art. 1º, § único) são curadores do seu sentido e alcance. Sua normatividade (deontológica) exige, para cada decisão pública, o diálogo com a tradição em que se assentam os sentidos. O advento dos princípios na tipologia normativa, longe de servir à liberdade do intérprete frente ao Texto, restringe-a, atravessando-lhe a leitura do caso e fundamentação da decisão. Os princípios trazem o mundo prático para dentro do Direito, potencializando a penetração constitucional na vida cotidiana (STRECK, 2011, p. 57).

Nada obstante, na Processualística Cível, observa-se certo atavismo teórico. Continuam a nascer doutrinas que se pretendem imunes aos avanços paradigmáticos. Por aí segue o CPC vigente desde 1973:

[...] partindo do princípio de que “o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei” (Exposição de Motivos, nº 5), impôs ao juiz o dever de, “no julgamento da lide”, aplicar “as normas legais”, recorrendo, em caso de lacunas, “à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (CPC, art. 126). Nenhuma menção se observa à Constituição, que parece estar diluída nessas referências

² “Numa fala ôntica, usamos muitas vezes a expressão, ‘compreender alguma coisa’ no sentido de ‘estar a cavaleiro de...’, ‘estar por cima de ...’, ‘poder alguma coisa’. O que se pode no compreender, assumido como existencial, não é uma coisa, mas o ser como existir. Pois no compreender subsiste, existencialmente, o modo de ser da presença enquanto poder-ser”. (HEIDEGGER, 2013, p. 203)

genéricas à legislação ou mesmo excluída, em detrimento do ordenamento infraconstitucional. **Proclamou, ainda, que “o processo civil é uma instituição eminentemente técnica”, e que, “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito” (Exposição de Motivos, nº 5).** [sem grifo no original] (COHEN-KOPLIN, 2010, p. 3-4)

Fredie Didier (2013, p. 40-42) propõe maior elaboração da questão, aportando à Teoria Geral do Processo uma distinção entre “os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um determinado ordenamento jurídico”. Aos primeiros, “criados pela Filosofia do Direito”, se denomina lógico-jurídicos; aos segundos, a que “se permite esse tipo de diversidade legislativa”, se denomina jurídico-positivos. Acrescenta que, apesar de soar paradoxal, o lógico-jurídico é *a priori* que não deixa de ser construção cultural sujeita à retificação e obsolescência.

Em que pese a tentativa de temporalizar a abstração, eludindo o mito do dado, a dobra entre os conceitos parece recorrer ao expediente analítico de resolver os problemas de uma linguagem (no caso, a volitividade e transitoriedade) fugindo para cima, numa metalinguagem (senão racional e eterna, aqui ao menos refletida e duradoura). Contudo, o reconhecimento das mesmas contingências (apenas em grau menor) nesse segundo andar conceitual reduz a distinção lógico-jurídica/jurídico-positiva à relação gênero-espécie, que não satisfaz à ambição analítica do quadro categorial puro, não justificando fazer uma metalinguagem. Daí não se pode extrair que determinada questão jurídica seja de lógica-jurídica ou jurídico-positiva. A partir da hermenêutica não se pode assentir com a “vacuidade ontológica” (PUNTEL, 2008) da analítica, com seus “conceitos sem coisa”, nem mesmo com a meia-vacuidade de uma meia-analítica. Cabe, aqui, remeter ao teorema da *diferença ontológica*.

Não há, assim, como acusar a hermenêutica de apenas se preocupar com a *quaestio facti*, como o faz Castanheira Neves. **O círculo hermenêutico é antitético a qualquer possibilidade de cisão (ou insulamento) da faticidade. E, mais do que isso, qualquer atribuição de sentido somente ocorre na diferença ontológica, ou seja, o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. E esse ponto é fundamental: o que organiza o conhecimento no paradigma da fenomenologia hermenêutica – que é o solo em que a hermenêutica filosófica deita suas raízes – é a diferença ontológica.** O mal-entendido das críticas ao problema da validade da compreensão na hermenêutica está radicado no fato de que se cobra das teorias hermenêuticas uma validade que tem como elemento organizador o princípio da causalidade (que sustentava a filosofia da consciência desde Kant). [sem grifo no original] (STRECK, 2011, p. 478)

A importância de trabalhar analiticamente, mas sem descurar do atravessamento hermenêutico, não escapa a Didier. Ao tempo em que reserva aos conceitos lógico-jurídicos uma função heurística, registra:

A Analítica Jurídica não é o único repertório de que se deve valer o cientista do direito. Não se faz ciência do Direito apenas manipulando os conceitos jurídicos fundamentais. A afirmação, que pode soar como platitudo, justifica-se para evitar a crítica de que esta tese ignora, por exemplo, as funções da Hermenêutica e da Axiologia Jurídicas para a Ciência do Direito.(DIDIER, 2013, p. 50)

Em todo caso, interessa discutir os termos da proposição, para bem dimensionar seu alcance. A tal dobra entre lógica e positividade haure algo na tradição kelseniana de pensar o direito distinguindo razão teórica e prática. Apenas, há que se ter sempre presente o risco de recortar um lado técnico no direito:

Os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do direito deveriam ter-nos ensinado que o direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento. É como dizer: depois dos fracassos do positivismo em expungir a moral do campo jurídico, algo tinha que ser feito. Dito de outro modo: o direito não pode(ria) ficar imune aos influxos das profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos (STRECK, 2013d, p. 9).

Trazendo a questão para sede institucional: arrisca-se ficar, mais uma vez, no fosso entre Vontade de Sistema e a Vontade de Poder. Vale explorar os recursos do Constitucionalismo para tal solucionar o impasse. François Ost (1990, p. 248-274) atenta que o Texto Fundamental notabilizou-se, justamente, como instrumento jurídico-político capaz de dar conta dessas ambiguidades: resistir ao positivismo instantaneísta (vontades das maiorias de ocasião, a estória institucional que se sucede descontinuadamente, o puro constructo) sem se fechar numa imutabilidade radical (governo dos mortos, o a-histórico, ou o puro dado — por Deus ou pela Razão). Na dialética entre instituinte e instituído, a Constituição não apenas autorregula a quantidade de revisitações a que se expõe, como as filtra qualitativamente; muda para se tornar mais ainda aquilo que já é, ou melhor: “não para de aprofundar o seu sentido, alargar o seu alcance e diversificar suas manifestações” (OST, 1990, p. 276). Logra inscrever o direito na *duração*, pelo recurso a uma temporalidade transcendente e metamórfica. Como a lenda da Fênix, representa a “vitória da morte e a vitória sobre a morte” (OST, 1990, p. 258).

3. CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: POR UMA CIRCULARIDADE VIRTUOSA

Desconsiderando a história evolutiva do direito, hoje pode parecer trivial dizer que Direitos Fundamentais têm que ser justiciáveis. Já foi dito, ademais, que a expansão da Jurisdição Constitucional é a característica principal da Constitucionalização.

Poder-se-ia acrescentar que, no Estado Democrático de Direito, a *processualização* da Constituição seria esse *plus* paradigmático.

Na discussão sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, costuma-se dar a vitória argumentativa para Schmitt, que delegava a atribuição ao Führer, mas a vitória histórica para Kelsen, que a remetia aos Tribunais Constitucionais (LORENZETTO, 2009, p. 1924-1925). Ora, Cattoni reparte ainda mais essa atribuição, extrapolando a *interpretação autêntica* kelseniana, vislumbrando que “é fundamental a relação que se estabelece entre sociedade aberta de intérpretes da constituição e Estado Democrático de Direito” (2001, p. 200).

Tenta, contudo, agregar a experiência dos paradigmas ultrapassados:

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o discurso liberal e o discurso de bem estar devem ser considerados reflexiva e criticamente como razões ou até mesmo lógicas argumentativas concorrentes, em face de cada situação concreta de aplicação. Essa afirmação pretende justificar uma compreensão procedimentalista do Direito a qual “assinala o nível ou o plano em que os paradigmas jurídicos, convertidos em reflexivos, se abrem uns aos outros e podem ter crédito na diversidade, mobilizada em cada caso, que representam distintas interpretações possíveis da situação” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 189).

A par da tonalidade habermasiana da citação, registre-se que a processualização da Constituição não precisa ter viés estritamente procedimentalista, ao menos não em um sentido incompatível com substancialismo — dando pela *suficiência* da defesa de instâncias participativas. Contudo, a leva *necessariamente* a um Constitucionalismo que seja democrático-participativo, em Política, e intersubjetivista, em sua Filosofia.

Por aí, Daniel Mitidiero (2007, p. 13-32) pensa a evolução da Teoria Geral do Processo. Situa seus polos metodológicos em função do Estado a que se ligava: no Estado Liberal, a Ação; no Estado Social, a Jurisdição; e, no Estado democrático de Direito, o Processo. Quanto a esta última fase, ressalva:

[...] não calha argumentar, contra a colocação do processo como pólo metodológico da teoria do processo civil, com o seu pretense caráter “marcadamente formal”. Processo não é sinônimo de direito formal. Processo justo, na verdade, constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de Direitos Fundamentais (2007, p. 31).

Assim, a “processualização da Constituição” é *produto* da “Constitucionalização do processo” afinada com o Estado Democrático de Direito, pois democratiza o que se chamava judicialização dos direitos.

Por outro lado, essa “processualização” *demand*a mais “Constitucionalização”, na medida em que aumenta a exposição da Constituição para bem e para mal. É dizer: a Constituição deve se capaz de prelinear um Devido Processo que seja hermeneuticamente adequado (não confundir com correção/legitimação procedimental)³ a concretizá-la sem abusá-la. Por aí se vê a necessidade de estudos transdisciplinares aos chamados Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 183), para conduzir essa relação circular à virtuosidade.

3.1. Os perigos do(s) Neoconstitucionalismo(s) e Neoprocessualismo(s)

Importa fazer uma restrição quanto aos chamados Neoconstitucionalismos e Neoprocessualismos. Não se descarta a existência de trabalhos compromissados com o Estado Democrático de Direito, trabalhando sob essas siglas. Não se pode, contudo, disputar o que seria um bom ou verdadeiro neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Este é o problema: a mixagem teórica. Não raro, o livre-atribuir-de-sentidos deixa de ser um elemento que impede a identificação de uma tese comum, para virar justamente o elemento central das teses. É a advertência de Lenio Luiz Streck:

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988 e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, a esse respeito, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Nesse sentido, tem razão Ferrajoli quando acusa o neoconstitucionalismo de se caracterizar pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação (2013b, p. 296-297)⁴.

³ Falamos aqui em um Processo que não seja estruturalmente assujeitador, mas crie condições institucionais de igualdade entre os atores processuais. Não seriam condições *suficientes* à resposta correta, mas indiscutivelmente *necessárias*.

E especifica:

[...] Isso também pode ser visto nas teses recentemente denominadas “neoprocessualistas”, que nada mais fazem do que trazer para o campo processual as teses “principlistas-axiologistas”, não se dando conta de que a superação do positivismo exegético já fora feita por um outro positivismo, que, para resolver os problemas sintáticos, apostou no *semantic sense* e cujo corifeu é Hans Kelsen (STRECK, 2013b, p. 296-297).

Ou seja: comumente estas teses estão marcadas por uma tentativa de superação do Positivismo que não alcança sua ruptura, e fica aquém mesmo dos Pós-Positivismos de continuidade. Na linha das denúncias de Streck (2013b, p. 197): identificando Positivismo com Exegetismo (o juiz *boca-da-lei*), repristina-se sua faceta semântica (o juiz da *moldura legal*), mas com capeamento teórico contemporâneo (o juiz do *panprincipiologismo*). Foge-se, então, ao caráter performativo dos direitos, não pela via deontológica, mas pela axiológica.

4. SENTIDO E ALCANCE DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Da Itália, incubadora da Constitucionalização do Direito, vem também a expressão teórica de referência na Constitucionalização do Processo: o *Modelo Constitucional de Processo*, popularizado por autores como Andolina, Vignera e Comoglio. Cuide-se de que Constituição se fala, para não patrocinar vulgatas do Modelo. Segundo Andolina:

La Costituzione repubblicana condiziona infatti la fisionomia del processo civile nei suoi aspetti principali là dove sono in gioco la democraticità e l'efficacia di esso; per mezzo di disposizioni via via arricchitesi – grazie allo stratificarsi del (l'ormai) pluridecennale travaglio interpretativo – di nuovi e più penetranti precetti di garanzia Degli esiti di tale lavoro — efetuato dagli studiosi, dai giudici e, soprattutto, dalla Corte costituzionale — il processo si è largamente giovato, crescendo ciò che, altrove, ho definito il suo “tasso di giurisdizionalità costituzionalmente derivata”. (ANDOLINA, 1997, p. 143)

Lançado o alicerce constitucional, segue:

*I connotati essenziali di detto **modello** [costituzionale del processo civile italiano] se colgono:*
— *nella posizione riconosciuta (e costituzionalmente, appunto garantita) al Giudice ed alle Parti, a' ll' intermo del processo giurisdizionale;*
— *nella organizzazione di detto processo su base **partecipativa**, in coerenza con i principi della eguaglianza delle parti (c. d. “parità delle armi”) e del contraddittorio;*
— *nella previsione (consacrata, appunto, in norme di rango costituzionale) e dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e del controllo di legittimità (ad opera della Suprema Corte di Cassazione) delle sentenze (e dei provvedimenti decisori, in genere).[Grifos no original] (ANDOLINA, 1997, p. 143)*

Especifica esse contraditório, enquanto “*compartecipazione paritaria*” (ANDOLINA, 1997, p. 150-151), e ao princípio da igualdade “*in una sorta di diretiva generale (per il legislatore) di uniformità normativa*”. Mais à frente, sintetiza:

[...]ala parte deve essere assicurata la possibilità di reagire immediatamente a qualsiasi attività posta in essere dal giudice in qualunque stato o grado del procedimento, allorché essa (attività) sai suscetibile di pregiudicare comunque (diretamente o indiretamente) le ragione dela medesima (parte). [Grifo no original] (ANDOLINA, 1997, p. 151)

Analisado o essencial, a convergência com o viés de Constitucionalização e a processualização aqui trabalhadas dispensa explicitação. Lançam-se as bases para uma reconstrução paradigmática do Processo sob a égide do Estado Democrático de Direito, endereçando sua estrutura profunda. É verdade que a transposição de doutrina estrangeira sempre requer cuidados, seja para adaptá-la à realidade nacional, seja para preservar sua integridade. Em todo caso, o prognóstico é bom e fornece interessante parâmetro para o NCPC.

5. O NCPC E SUA ESTRUTURA PARTICIPATIVA

A par da diversidade doutrinária, os teoremas principais dessa Constitucionalização do Processo encontraram ressonância no NCPC.

Conforme era esperado, a questão da celeridade despontou como central à nova Codificação. Não se olvida sua importância, alçada à esfera constitucional (inciso LXXVIII do art. 5º, CF, acrescido pela EC45/2004), pelo que também pode ser contada nesse movimento. Contudo, registra-se seu redimensionamento (entre avanços e retrocessos), tendo sido contempladas no debate outras preocupações fundamentais.

A Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto do Novo Código nele indicou como primeiros de seus objetivos “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. E nisso, o primeiro princípio destacado foi o contraditório.

Para além da exposição de motivos, chegou-se a positivar no seu art. 1º que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Curiosamente, a remissão à CF foi retirada na versão aprovada

pela Câmara (Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010) e remetida à deliberação final pelo Senado.

Nada obstante, há um dispositivo de interesse concreto que sobreviveu a todo o trâmite (com algumas alterações de redação ao Anteprojeto⁵). Passará a dispor o art. 10: “Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”. Importa-se aí a vedação às chamadas *decisões-surpresa*.

Ainda, na Câmara adicionou-se outra extrema inovação ao nosso sistema:

Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

.....

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

.....

Esses dois exemplos são representativos de uma revolução estrutural, no que “costuram as duas pontas” do processo constitucionalizado (FIORATTO; DIAS, 2001): contraditório (art. 5º, LV) e fundamentação (art. 93, IX), ressignificados em uma *garantia de influência* (NUNES, 2008, p. 27). Trata-se de um avanço rumo a uma normatividade deontológica do devido processo (art. 5º, LIV), enquanto implementação de condições institucionais para uma participação efetiva (=controle intersubjetivo). Oportuniza-se falar antes da decisão, num diálogo informado por fontes compartilhadas (para além do não-automatismo subsuntivo da lei, diz o novo art. 520 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”), tendo na resposta uma prestação de contas de que se foi ouvido.

⁵ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Uniram-se pela aprovação dessas alterações doutrinadores das orientações mais diversas, qual: Garcia Medida (2012), membro da Comissão; Fredie Didier; Dierle Nunes, há muito doutrinando nesse tema, sob a sigla de *comparticipação* (2008); Lenio Streck e etc. A propósito, este último observa:

Vivemos um momento histórico. O novo Código, aprovado com tais alterações, propiciará o surgimento de uma nova doutrina. Sim, uma nova doutrina que propiciará a construção de uma gramática narrativa das condições de possibilidade da aplicação do direito. A doutrina, com isso, voltará a doutrinar (2013c, p. 3).

Contudo, houve alguns dissensos que merecem menção. O primeiro ilustra uma adesão à inovação, mas resistindo em acatar o *policentrismo* processual (NUNES, 2008, p. 16). Elpidio Donizetti (também da Comissão) perfila o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, pelo que elogia o art. 10, mas fazendo um desagravo ao destaque do papel judicial.

O art. 11 do anteprojeto diz que não poderá o juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. A excelente regra, todavia, não precisa ser repetida incontáveis vezes ao longo dos mais de mil artigos do novo CPC, como ocorre nos artigos 153, §1º, 199, §4º, 261, parágrafo único, apenas para citar alguns. **Esse viés policialesco se choca com o papel do judiciário como protagonista da interpretação e aplicação das normas à luz da Constituição. Afinal, como confiar aos magistrados tarefa tão nobre se eles precisam ser advertidos a todo momento para respeitar o contraditório, que sempre foi inerente à atividade judicante desde antes do movimento de valorização da constituição.** A questão seria simples caso fosse restrita a esses termos. Seria exemplo de mera falta de técnica legislativa, passível de aperfeiçoamento posterior. Contudo, proponho o aprofundamento da análise das conseqüências práticas do neoconstitucionalismo e as "tendências" reservadas ao processo. [sem grifos no original] (DONIZETTI, 2010, p. 3)

E arremata: “A nova tendência que se vislumbra com o advento de um novo Código de Processo Civil é um bem vindo protagonismo da figura do juiz, embora acompanhado de uma boa dose de desconfiança da comissão que elaborou o anteprojeto” (DONIZETTI, 2010, p. 4).

Quanto ao outro dissenso supramencionado, embora convergente na positivação das inovações, dá-lhes interpretação algo distinta da aqui trabalhada. Ao celebrar a correspondência entre o Modelo Constitucional de Processo e o NCPC nesses pontos, Leonardo Carneiro da Cunha faz sua leitura combinada com o chamado princípio da *cooperação* do novo art. 6º (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), que a ser ver implicaria, dentre outras coisas: às partes, o dever de “colaboração para a descoberta da verdade”

inclusive “mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade”; ao juiz, “a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes”, bem como “de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito” (CUNHA, 2012, p. 9321).

Abre-se, então, espaço para novas disputas de sentido. Partindo da CHD: antes esse princípio suscitou objeções pela falta de normatividade (STRECK, 2011, p.528, 579 e 583); concretizado nesses termos, levanta desconfiança por institucionalizar um ativismo processual (por contraposição ao garantismo processual). O problema não se restringe à discricionariedade do juiz na decisão — aliás, doravante cerceada pela queda da expressão “livre” precedendo “convicção do juiz”, sobre a qual às partes se assegurará “influir eficazmente” (art. 376). Cuida-se também que este processo, *ope legis* e *ope judicis*, ameaça devassar a ampla defesa das partes (art. 5º, LV, CF). Tem-se uma espécie de instrumentalização epistemológica do processo pelo Estado-juiz. Isto quando nem mesmo um Michelle Taruffo — entusiasta da “discricionariedade racionalizada” (=livre convencimento motivado) e do ativismo processual como método *truth acquiring* centrado no juiz — endossa a imposição de uma tão penosa “ética narrativa” (TARUFFO, 2012, p. 65-66 e 199) às partes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, viu-se que a Constitucionalização dos direitos ameaça se banalizar num discurso sem normatividade ou compromisso teórico-metodológico. Procurando suprir essa carência, historiou-se brevemente o fenômeno, revelando seus encaminhamentos diversos. Articulando o estado da questão ao estado da arte, no marco da Crítica Hermenêutica do Direito, explorou-se uma Constitucionalização compatível com o Estado Democrático de Direito: capaz de dar normatividade aos direitos sem degenerar em ativismos judiciais. No recorte temático proposto, observou-se a importância do Direito Processual para a efetivação constitucional, bem como a importância de constitucionalizar esta via participativa. Enfrentou-se aí o desafio de penetrar sua dogmática tecnicista com princípios constitucionais, não como álibis teóricos para a discricionariedade do intérprete (neoprocessualismo-neoconstitucionalismo), mas talhando-lhe a interpretação. Com isso logra-se romper o imaginário efficientista, trazendo à tona a questão qualitativa do Processo.

Eduardo Cambi (2011, p. 22), em obra de referência sobre o tema, fala em “fomentar o *diálogo crítico*, com apoio no discurso filosófico, entre direitos constitucional e processual”.

Na sua trilha, mas com um encaminhamento diferente, tentamos trabalhar com a Crítica Hermenêutica do Direito (mais que apoio, espera-se, como *standard* de racionalidade) o aporte do Constitucionalismo Contemporâneo a um Processo Civil *institucionalmente estruturado* no paradigma do Estado Democrático de Direito, condição *necessária* para que seja dada “a” Resposta Correta (*i.e.* constitucionalmente adequada) na decisão judicial.

Essa tarefa de reconstrução pôde ser vista em curso, com a concretização legislativa de direitos e garantias constitucionais em destaque nessa linha de tempo. Notou-se aqui a repercussão de teoremas fundamentais do chamado Modelo Constitucional de Processo. Em síntese: a *garantia de influência* opera transversalmente a este novo Processo Constitucionalizado, costurando contraditório (art. 10) e fundamentação (art. 499, §1º) em prol de sua democraticidade (=horizontalização da decisão). Trata-se de um *indício formal* (HEBECHE, s.d.) achado para o Devido Processo, em acepção deontológica.

Contudo, o que por um lado se desvela, de outro se vela (STEIN, 1983, p. 128-129). Ademais, a “disposição fundamental de humor” do hermeneuta é a angústia (HEIDEGGER, 1999, p. 56-57), em termos de uma projeção para o advir. Positivado este denominador comum teórico, instauram-se novas disputas de sentido acerca do que deve ser o Processo (*v.g.*: “comparticipação” *versus* “cooperação”). A partir da CHD, vislumbra-se que, para que essa nova estrutura institucional seja *suficiente* à resposta constitucionalmente adequada, deve acorrer, também, uma nova *estrutura de pensamento* (STRECK, 2012, p. 196).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ANDOLINA, Italo. Il modello costituzionale del processo civile. *In.*: **Revista de Direito Processual Civil**. nº. 04, jan/abr — Curitiba: Genesis, 1997, p. 143-157

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *In.*: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, nº. 9, mar/abr/mai — Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 31.07.2014

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em: 03/08/2014

BRASIL. **Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em: 05/08/2014

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da Jurisdição Constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 9.686/99. In: **Revista da Faculdade de Direito**, v. 36 — Curitiba: UFPR, 2001, Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1790>> Acesso em: 31.07.2014

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. — Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Processo e Constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação. In: **Anais do VI Colóquio De Pesquisa** — Porto Alegre: UNIRITTER, 2010. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>. Acesso em: 31.07.2014

CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**. v. 209, jul.— São Paulo: RT, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf> Acesso em: 03/08/2014

DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 2 ed. — Salvador: Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v.51, n.81, jan./jun — Belo

Horizonte: TRT 3ª, 2010. Disponível em: < http://www.trt3.jus.br/escola/download/verista/re_v_81/elpidio_donizette.pdf> Acesso em: 03/08/2014

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, n. 1 — Serro: PUC, 2001. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>> Acesso em: 03/08/2014

HEBECHE, Luiz. **Heidegger e os indícios formais**. Disponível em: < http://www.cfh.ufsc.br/~nim/textos_nim_files/textos_pdf/hebeche1.pdf > Acesso em: 03/08/2014

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8 ed. — Petrópolis: Vozes, 2013.

_____, Martin. Que é a metafísica?. In: **Heidegger** (Col. Os pensadores) — São Paulo, Nova Cultural, 1999

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. — Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. O processo de nominalização da Constituição. In.: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** — Fortaleza: COMPEDEI, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3709.pdf>>. Acesso em: 31.07.2014

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI** — São Paulo: COMPEDEI, 2009. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2236.pdf>. Acesso em: 31.07.2014

MEDINA, José Migule Garcia. **Sincronia entre Constituição e processo, e o projeto do novo CPC**. In: *Jornal Carta Forense*, 03 de janeiro 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/sincronia-entre-constituicao--e-processo-e-o-projeto-do--novo-cpc/8100>> Acesso em: 03/08/2014

MITIDIÉRO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo (Tese de doutorado) — Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 31.07.2014.

NEVES, Marcelo, A força simbólica dos Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, nº. 4, out/nov/dez — Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31.07.2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas:** Edição Especial. — Pouso Alegre: 2008, Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02.pdf>>. Acesso em: 03/08/2014

OST, François. **O tempo do Direito.** — Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PUNTEL, Lorenz, **Estrutura e Ser.** Um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. Trad. Nélio Schneider. — São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma, — Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

_____. **A questão do método na filosofia:** um estudo do modelo heideggeriano. 3 ed. — Porto Alegre: Movimento, 1983

STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. ed 11. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

_____, **Jurisdição Constitucional e decisão judicial.**— São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! In: **Revista Consultor Jurídico**, 21 de outubro 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 03/08/2014

_____. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial — o velho realismo e outras falas. In: **Constituição, Hermenêutica e Sistemas Sociais: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos**, n. 9 — Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 4 ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013d.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; Barreto; Vicente Paulo, OLIVEIRA; Rafael Thomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 1, n. 2, jul/dez — São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 75-83. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>>. Acesso em: 31.07.2014

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. — São Paulo: Marcial Pons, 2012

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luis Carlos Borges. —São Paulo: Martins Fontes, 2003.