

# **HERMENÊUTICA PROCESSUAL E EFETIVIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS A LUZ DO NOVO CONSTITUCIONALISMO**

## **HERMENEUTICS PROCESS AND EFFECTIVENESS OF RIGHTS AND GUARANTEES THE LIGHT OF NEW CONSTITUTIONALISM**

**Ana Caroline Noronha Gonçalves Okazaki**

**Anderson de Azevedo**

### **RESUMO**

Partindo de uma abordagem relacionada ao objeto da Constituição e de dadas teorias que lhe denotam compreensão, verificou-se determinadas necessidades que são apresentadas pela moderna teoria constitucional inerente aos direitos e garantias fundamentais, especificamente quanto às suas formas de concretização e efetividade. A partir de tal aspecto, com a utilização do método dedutivo, pois, fora realizada uma extração discursiva do conhecimento inerente a premissas constitucionais, pautada às formas de concretização destes direitos fundamentais, até deparar-se com o específico, o direito processual e, a importância da tutela por este prestado para tais direitos quando violados ou ameaçados de violação, averiguou-se que, para que este seja efetivo e concretizador, determinados fatores conservados devem ser modificados e transformados, com uma redução do tradicionalismo, pois, numa ciência processual denominada perfeita, mas que não atinge os resultados a que se propõe, é necessário buscar menos tecnicismo e mais justiça. Assim, para se chegar a este ponto ascendente do processo, percebeu-se que uma otimização do sistema é necessária, mediante a revisão da técnica processual, com a necessidade de cumprimento de preceitos constitucionais e principalmente, com o asseguramento da efetividade destes, mediante um confronto entre o formalismo-valorativo e o formalismo excessivo, dissertado por Carlos Alberto Alvaro, em que é necessária e imprescindível a rejeição do formalismo excessivo, alheio as finalidades maiores do processo e despreocupado com a realização da justiça, pelo emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, concernente ao formalismo-valorativo, aberta para interpretações, informado pela boa-fé e lealdade, pois, somente assim é que se dará a aplicação do direito justo e efetivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Novo Constitucionalismo; Direitos e Garantias Fundamentais; Direito Processual; Efetividade; Técnica Processual; Formalismo

### **ABSTRACT**

From a related approach to the object of the Constitution and given theories which denote understanding, there was certain needs that are presented by modern constitutional theory inherent fundamental rights and guarantees, specifically about their ways of implementation and effectiveness. From this aspect, using the deductive method, therefore, carried out a discursive knowledge extraction inherent constitutional assumptions, based on ways to achieve these fundamental rights, even faced with the specific procedural law and, importance of the protection provided by it for such rights when violated or threatened breach, it was found that, in order to be effective and concretizing, preserved certain factors should be modified and transformed, with a

reduction of traditionalism, therefore, a science called procedural perfect, but that does not achieve the results that are proposed, it is necessary to seek less technicality and more justice. Thus, to get to this point up the process, it was realized that a system optimization is needed, by reviewing the procedural technique, with the need to comply with constitutional and especially with the securing of the effectiveness of these through a confrontation between the formalism-evaluative and excessive formalism, lectured by Carlos Alberto Alvaro, that is necessary and essential to the rejection of excessive formalism, outside the major purposes of the process and unconcerned with the realization of justice, fairness and the use of interpretative function - individualizing, concerning the formalism-evaluative, open to interpretations, informed by good faith and loyalty, because only then do you give the application of the fair and effective.

**KEYWORDS:** Constitution; New Constitutionalism; Fundamental Rights and Guarantees; Procedural Law; Effectiveness; Technical Procedure; Formalism

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. DA CONSTITUIÇÃO, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS NECESSIDADES FRENTE A MODERNA TEORIA CONSTITUCIONAL. DO REFLEXO DE TAIS PREMISSAS SOBRE O DIREITO PROCESSUAL. DA NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

Conforme recorrentemente se lê, a norma fundamental, adstrita exclusivamente à razão jurídica, é substrato, fundamento de validade da primeira Constituição e, por conseguinte, de validade de todas as normas que incorporam o ordenamento jurídico. Essa ilação, entretanto, é insuficiente para explicar a existência a Constituição como um fenômeno jurídico, e muito menos para contextualizá-la no plano social, político e jurídico.

Então, considerando o seu objeto, são apresentadas algumas teorias sobre a consistência da Constituição, a saber: “Constituição como garantia do *status quo* econômico e social, de Ernest Forsthoff”; “Constituição como instrumento de governo, de Hennis”; “Constituição como *processo público*, de Peter Haberle”; “Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização, de Baulin”; “Constituição como programa de *integração e representação* nacionais, de Kruger”; “Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito, de Burdeau”;

“Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade, de Hesse”; dentre outras (COELHO, 2009, p. 06-12).

Partindo da análise de cada uma dessas teorias, busca-se verificar que a moderna e contemporânea proposta de teorização dos direitos constitucionais fundamentais, tem sempre o processo não apenas como um meio utilizado para a concretização destes direitos, quando ameaçados ou efetivamente violados, mas principalmente como um referencial de fundamentação da própria Constituição. É dizer, em qualquer proposta de fundamentação teórica da Constituição, o processo se mostra como um direito fundamental indissociável do projeto organizacional político e social.

Ademais, através da pressuposição da necessária efetivação dos direitos fundamentais, o estudo demonstra que o desapego ao formalismo e a aplicação da hermenêutica como fonte especial a ser trabalhada na resolução de cada caso concreto, à vista dos valores em debate, tem sido a tônica da solução de controvérsias envolvendo a aplicabilidade de normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 traz um elenco de direitos e garantias referentes à proteção do indivíduo no âmbito do processo judicial que, “concretizam, explicitam ou ampliam muitas dessas garantias” (MENDES, 2009, p. 535). Os direitos individuais fundamentais são indispensáveis quando considerada a lógica de proteção estrita ou notadamente normativa, visto que é a própria normação ordinária que lhe concede conteúdo e efetividade à garantia constitucional (CANOTILHO, 1986, p. 634).

Mas a fundamentação lógica somente encontra sentido quando o processo, tomado em seu sentido teleológico, realiza, concretiza, efetiva o projeto político-jurídico. Dessa forma, e apenas nesse cenário, é que se justifica o fim maior do sistema e a perpetuidade das normas denominadas fundamentais. Isso implica que o direito processual, constitucionalmente consagrado, não se resume à mera evocação da prestação jurisdicional, mas principalmente à efetivação da jurisdição, como proposta de resposta a uma pretensão ou de solução de um conflito social.

Nessa esteira, se projetam as propostas do neoconstitucionalismo, pois para serem concretizadas, há a necessidade do reconhecimento da força normativa dos princípios e notadamente da valorização destes no processo de aplicação do Direito, com a conseqüente rejeição do formalismo.

Nesse cenário neoconstitucionalista, determinados aspectos conservadores do direito processual devem ser repensados. Como expõe Bedaque (1995, p. 16), numa ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não atinge os resultados a que se prontifica, é preciso buscar “menos tecnicismo e mais justiça”. E, para tal, importante compreender que a busca da efetividade pressupõe uma visão instrumental do processo, sepulcrando a visão de uma simples operação lógica por parte do juiz e engendrando uma visão de um processo que caminha na direção de respostas comprometidas com valores e disposições expressas na Carta Magna (ZIMMER JUNIOR, 1997, p. 36).

Destarte, já em marcha conclusiva, será analisado o instituto da técnica jurídica, verificando-se os seus aspectos positivos e negativos no âmbito processual. Outrossim, partindo desse referencial, analisar-se-á o confronto do formalismo excessivo com o formalismo-valorativo, conforme estudo cotejado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Por fim, far-se-á uma análise hermenêutica, principalmente sobre a forma de efetivação dos direitos relacionados ao direito processual, demonstrando-se que o seu efetivo papel está diretamente relacionado com a concretização das ordenanças constitucionais, devendo o Poder Judiciário assumir uma postura intervencionista, com “unidade de sentido”, pela superação da rigidez formalista e assunção dos princípios como sustentáculos da ordem jurídica (GOMES, 2008, p. 55-56).

## **DA CONSTITUIÇÃO, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS NECESSIDADES FRENTE A MODERNA TEORIA CONSTITUCIONAL**

Inocência Mártires Coelho (2009, p. 01) conceitua a norma fundamental como aquela que, numa dada comunidade política, “unifica” e concede “validade” às suas normas jurídicas, as quais, por estas e em decorrência destas, se organizam e/ou se estruturam em “sistema”.

Como discursa Hans Kelsen (1986, p. 328-329), em síntese, a norma fundamental seria uma “ficção”, um “como se”; um refúgio de que se vale o pensamento quando não consegue alcançar o seu objetivo com os elementos disponíveis, ou seja, algo inerente a razão jurídica, como hipótese instrumental, de natureza lógico-transcendental, para fundamentar não somente a validade da primeira Constituição, como também, a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico.

Antes de analisar o conceito e objeto da constituição, é mister desenvolver uma pré-compreensão do que seja Constituição e, nesta ordem, há as reflexões de Gomes Canotilho (1982A, p. 80-81) ao mencionar que a teoria da Constituição não se limita à tarefa de “investigação” ou “descoberta” dos problemas da Lei Maior, mas, visa também “racionalizar” e “controlar” a pré-compreensão constitucional. E, diante deste contexto é que Mártires Coelho (2009, p. 04) aduz ser necessário saber como há de ser concebida a Lei Fundamental, se apenas como Constituição “jurídica”, simples estatuto “organizatório” ou mero “instrumento de governo” de regulamentação de processos e definição de competências; ou, em sentido oposto, como Constituição “política”, apta a se transformar num plano normativo-material global, projetora de fins e programas determinantes de tarefas.

A partir desta decisão é que será possível analisar e compreender a vontade do constituinte e a “fórmula política” que se materializou na Constituição bem como, a condicionante de sua “realização” (CANOTILHO, 1998, p. 1074). Para tanto, determinadas doutrinas carecem de análise para uma efetiva compreensão do tema.

Em menção as doutrinas dispostas na obra de Canotilho, Mártires Coelho (2009, p. 06 – 12) colaciona determinadas teorias a respeito da compreensão do que consiste a Constituição, sendo estas:

“Constituição como garantia do *status quo* econômico e social (Ernest Forsthoff)”: em tal modelo há uma condensação de três ideias fundamentais sobre a teoria constitucional, donde, concebem a Constituição como “garantia do *status quo* econômico e social; como uma teoria da Constituição em *busca do Estado perdido*; e, como a teoria da Constituição de um Estado de Direito meramente formal”. Sobre tal, Canotilho (1998, p. 201-208) aduz não se tratar de um modelo inicial para a elaboração de uma teoria da Constituição “constitucionalmente adequada” e apta a compreender o Estado de Direito como ordem jurídica e política socializante.

“Constituição como instrumento de governo (Hennis)”: Nesta forma de compreensão, a Constituição consiste numa “lei processual” donde se estabelecem competências, regulamentam-se processos e definem-se limites para a ação política. No entanto, apesar da vantagem existente em tal modelo, é preciso deter cautela, pois, uma Constituição demasiadamente “processual ou formal”, além de não alcançar às necessidades da prática política, converte-se em “ordem de domínio” de dados agentes de variadas ideologias, pois atrás do positivismo, da neutralidade

estatal ou do indiferentismo político, há aqueles que visam positivar a Lei Fundamental conforme suas ideias e interesses (LASSALLE, 1988, p. 11-19).

“Constituição como *processo público* (Peter Haberle)”: Em tal aspecto a Constituição é concebida como uma “ordem-quadro da República”, uma lei necessária, mas “fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação”. Neste sentido, a lei constitucional é a “interpretação constitucional republicana” de uma sociedade “pluralista e aberta”, em situações de “diálogo e conflito, de continuidade e de descontinuidade”. Sendo que, somente assim compreendida como “ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade”, a Carta Política será também uma “Constituição aberta” de uma sociedade efetivamente democrática.

Ocorre que, apesar do fascínio que tal modelo apresenta, Canotilho o critica pelo fato de que, caracterizada como “processo”, a lei fundamental apresenta uma escassez normativa, pois a aparente “abertura e de existencialismo atualizador do pluralismo denota uma dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação” (CANOTILHO, 1982, p.476).

“Constituição como ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social e o seu processo de realização (Baulin)”: no âmbito desta teoria se verifica que a Constituição não se mostra como instrumento de proteção das relações existentes, mas como norma fundamental em que se planeia e se realiza uma sociedade como forma de transformação, aporte de mudanças e definições de processos de conformação do sistema político, das relações sociais e da ordem jurídica. É uma “ordem fundamental e programa de ação”. Nesse sentido, Coelho (2009, p. 09) traz que o julgamento existente sobre tal modelo consiste no fato de que a Constituição deve ser “realizada” adstritamente aos seus “limites”, sem deslanchar para um pluralismo radical, “à moda do direito livre, em cujo âmbito torna-se difícil, enxergarmos onde termina a realidade constitucional e começam as práticas inconstitucionais”.

“Constituição como programa de *integração e representação* nacionais (Kruger)”: A Constituição é vista como apenas a Constituição do Estado, de forma que somente deve conter aquilo que concerne à comunidade, à nação, e a integralidade política, repelindo tudo o que é denominado pela moderna constitucionalística de “Constituição econômica, do trabalho, social e cidadã”. Sobre tal, Canotilho (1982, p. 112) menciona que padece de defeitos do “integracionismo” além de não contemplar os problemas que inserem à Constituição de um Estado democrático, nos planos “político, econômico e social”.

“Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito (Burdeau)”: Traz a Constituição como “estatuto do poder”. Em tal teoria há a vantagem de interligar a concepção de “Constituição” com a idéia de “Estado de Direito”, de forma que, esta se apresenta como pressuposto aos governantes – relacionada à condição que os priva de serem “donos do poder”, para os trazerem a condição de propostos da sociedade política – e para o próprio poder, cuja função é “juridicizada” e “racionalizada” pela Constituição.

“Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de determinada comunidade (Hesse)”: Trata-se de uma fascinante teoria da Constituição, mas que, conforme Coelho (2009, p. 10) não conta com originalidade. Konrad Hesse (1998, p. 37) aduz que a Constituição deve ser compreendida como “a ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”, de modo que, isto somente se torna possível porque a Lei Fundamental: - define os princípios diretores dentre os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; - determina os procedimentos para a solução de conflitos existentes na comunidade; - contempla a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal e, estabelece as bases e os princípios da ordem jurídica global.

Outras também são existentes, como a de Luhmann, em que a Constituição é o “elemento regulativo” do sistema político; a de Modugno, donde a Constituição é vista como norma fundamental, forma de governo e princípio de normatização jurídica; a de Carl Schmitt, que dilui em quatro – “absoluto, relativo, positivo e ideal”- um conceito “integral” de Constituição, pois julga como impossível visualizar a Lei Fundamental apenas de determinado ponto de vista; a de Fernando Lassale, em que a Constituição verdadeira de um país compreende a soma dos “fatores reais de poder” que regem a vida da comunidade política; e a teoria marxista-leninista, que compreende a Constituição como a Lei Fundamental do Estado socialista, de forma a organizar a vida social e estatal conforme os princípios do denominado socialismo real (COELHO, 2009, p. 11-12).

Além destes, são inúmeros outros conceitos existentes inerentes a teoria constitucional. Contudo, nenhum desses conceitos são ao mesmo tempo “genéricos e abstratos” o suficiente para abarcar ao menos a maioria das cartas políticas, isto porque, se tal ocorresse, estes acabariam sendo esvaziados em seu conteúdo, inviabilizando, assim, a compreensão da Constituição como um fenômeno extremamente complexo, assim como a experiência constitucional.

Desse modo, é que a moderna doutrina constitucional afirma que a teoria da Constituição para ser efetiva à metodologia geral do direito constitucional deve se apresentar como “teoria da Constituição constitucionalmente adequada”, o que somente será possível com um “novo círculo hermenêutico”, espesso na integração e na interdependência da “teoria da Constituição e na experiência constitucional”. De forma que, a primeira compreende a descoberta ou investigação das soluções jurídico-constitucionais; e a segunda, a concessão de material empírico para proporcionar consistência à teoria constitucional (COELHO, 2009, p. 12-13).

Pois, como expõe Martínez Dalmau (2008, p. 22), em havendo tal transformação:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren.

Assim, é que José Afonso da Silva (2006, p. 42) traz como objeto da constituição “a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

Desse modo, partindo do objeto da Constituição descrito acima, realizando uma conexão com as teorias da constituição e a necessidade apresentada pela moderna teoria constitucional, mister analisar o sinteticamente os direitos fundamentais e a garantia do processo, como forma de atingir o fim maior desta pesquisa que será verificar a efetividade destes direitos, por intermédio do instrumento processual e suas relações com a hermenêutica.

Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 535) menciona que a dogmática constitucional alemã cunhou a expressão “*Justizgrundrechte*” para designar um elenco de proteções constantes da Constituição que tem como objetivo proteger o indivíduo no âmbito do processo judicial.

Na Constituição Brasileira de 1988, tais direitos são encontrados no elenco de direitos e garantias destinados à defesa da posição jurídica perante órgãos da Administração ou jurisdicionais, como se depreende dos dispostos no art. 5º, XXXIV; XXXV e XXXVII a LXXIV; LXXVI e LXXVIII, dentre outros constantes em capítulos diversos da Carta Magna que “concretizam, explicitam ou ampliam muitas dessas garantias”.



A boa aplicação dessas garantias é quesito essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Este valor obsta que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais, pois, o Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção ao indivíduo, conforme expõe Mendes (2009, p. 537) baseado nos ensinamentos de Maunz-Durig.

Assim também a garantia do devido processo legal está diretamente entrelaçada com o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que faz cumprir o propósito da paz social, indispensável ao projeto constitucional. A observância de tais substâncias materiais do Estado de Direito é o que distingue a civilização da barbárie, pois, tais normas materiais têm o intuito de restringir ou limitar poderes ou faculdades, destinando-se, especificamente a “completar, densificar e concretizar direito fundamental” (CANOTILHO, 1986, p. 633). A falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de tutela judiciário em singelo esforço retórico. Por essa razão, o texto constitucional é explícito ao estabelecer no art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conforme ensina Canotilho (1986, p. 634), a disposição dos direitos individuais assume importância no que tange aos denominados direitos com “âmbito de proteção estrita ou marcadamente normativo (*rechtsnormgeprägter Schutzbereich*)”, visto que, é a própria normação ordinária que confere conteúdo e efetividade à garantia constitucional. Assim, como meio de efetivação de direitos individuais, especificamente quando violados ou ameaçados de violação, necessário analisar as normas processuais e o direito processual, relacionando-o com a autoridade suprema inerente a constituição.

Rogério Tucci e Cruz e Tucci (1989, p. 01) ao se posicionarem com relação ao direito processual e a constituição mencionam ser notória a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre as demais normas jurídicas, especificamente às normas processuais. Isto porque, mesmo a Constituição Federal contendo direitos fundamentais institucionais e políticos, que estruturam toda a legislação ordinária e complementar, também conta em seus textos com numerosos dispositivos e institutos de direito processual.

E este caráter pragmático justifica-se pelo fato do escopo maior de todo o sistema ser a efetivação da garantia e perpetuidade das normas denominadas fundamentais. Assim, sendo as normas processuais complemento ou atualidade das garantias constitucionais, que visam reforçar o sistema de direitos e garantias do cidadão (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p. 13), não poderiam deixar ser objeto de expressão no ordenamento e de análise nesta pesquisa.

Ao lado de um perfil técnico, luxado para a vertente constitucional, o direito processual vem moldado por diferentes exigências de precisão formal e justiça substancial. E, neste conflito dialético de exigências, é que são inseridas as garantias constitucionais do processo nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito da contemporaneidade. De modo que, quanto mais acentuada é a tendência no Estado de direito moderno, de posituação dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, maior é a efetividade da proteção judicial aos direitos individuais (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 03-04).

Isto porque conforme Tucci e Cruz e Tucci (1989, p. 06-07), de nada valeria a projeção do ideal de definir os “direitos individuais do ser humano”, se a respectiva declaração não se fizesse provida de meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, autônoma e independentemente das demais. De modo que, estas, por sua vez, efetivam-se através do “processo, instrumento técnico e público de realização de direito por obra dos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais”.

A realização de tais direitos consiste na essência do Direito Processual Constitucional. Os direitos subjetivos individuais e coletivos, correspondentes nas garantias processuais, são os denominadas de “regramentos constitucionais do processo” ou a “a *garantia da tutela jurisdicional do Estado* através de procedimento demarcado formalmente em lei” (MARQUES, 1965, p. 75).

Tal garantia de acesso aos tribunais consiste, para Tucci, Cruz e Tucci (1989, p. 10-11) num “direito público subjetivo” consagrado universalmente e decorrente do monopólio do Estado pela administração da justiça, que, em contrapartida oferece o direito dos sujeitos em invocar a prestação jurisdicional, especificamente a determinado interesse em conflito com o de outrem.

No entanto, a realização e efetivação dos direitos materiais constitucionalmente consagrados, decorrentes do direito processual constitucional, não se traduz apenas na evocação da prestação jurisdicional, ou seja, do acesso aos Tribunais. Mais relevante é o próprio direito à jurisdição, que consiste no “poder-dever” concedido aos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais – de, no desempenho da “função”, e mediante “atividade substitutiva”, “realizar o direito” aplicável a uma pretensão ou a um conflito de interesses. E isto ocorre quando o “direito à jurisdição” se dinamiza, com o respectivo exercício, ou seja, com a sua “individualização e concreção, pela ação da parte, que tenha o seu direito lesado ou ameaçado de lesão, e, por isso

mesmo, necessariamente conectada a uma situação de direito material deduzível” (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 13).

As garantias conferidas pela Constituição visando à consecução da tutela dos direitos designados como “fundamentais” e por isso, inerentes e essenciais aos membros da coletividade, são consubstanciados no “devido processo legal”, pois, é este que difunde o discurso mediante o qual se determina a qualidade, num dado Estado de Direito, de:

- a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);
- b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o *processo (judicial process)*; e
- c) assecuração, neste, da *paridade de armas* entre as partes, visando à igualdade substancial (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 15-16).

Ademais, apresenta-se o devido processo legal no processo judicial, como um conjunto de elementos necessários para que se possa atingir, devidamente, a principal finalidade deste, qual seja a composição de litígios e ou a resolução de conflitos de interesses. De forma que, deve ser o devido processo legal uma realidade em todo o desenvolver do processo judicial, observando, assim, a impossibilidade de privação de direitos, a não ser que no procedimento em que este se corporifica existam em suas formalidades tal exigência a ser respeitada.

E, é nesse espectro que se encontram os elementos do neoconstitucionalismo, que faz possível a efetivação de direitos, mediante o acertado desenvolvimento do processo judicial baseando-se nas seguintes premissas: “reconhecimento da força-normativa dos princípios e sua valorização de no processo de aplicação do Direito; a rejeição do formalismo e recurso mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico; a constitucionalização do Direito (irradiação das normas constitucionais a todos os ramos do Direito); a reaproximação entre o Direito e a Moral; judicialização da política e das relações sociais” (SARMENTO, 2009, p. 113).

Conforme Miguel Carbonell (2005, p. 75-83), o neoconstitucionalismo se fragmenta em três planos de exame que se conjugam: o dos textos constitucionais, que incorporou mais substantivos e ampliou os elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passou a protestar os princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, mormente no âmbito de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que,

com seus juízos ajudou não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participou da sua própria criação.

Assim sendo, é possível inferir que o neoconstitucionalismo, apresentando-se sem intervenções de correntes teóricas positivistas, torna, assim, o “Estado de Direito” em um “Estado constitucional de Direito”. Isto porque, a presença de princípios como fontes de interpretação tem sido, como aduz Sastre (1999, p. 145) o principal instrumento de ataque ao positivismo jurídico. “Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico”. Por tal motivo, é caracterizado por uma constituição positiva invasiva de direitos, pela onipresença de princípios e regras e por determinadas peculiaridades na interpretação e na aplicação de normas constitucionais além da interpretação e aplicação de leis. Trata-se, portanto, de uma recuperação do conceito de constituição e o fortalecimento de sua presença determinante no ordenamento jurídico (COMANDUCCI, 2003, p. 83).

A constitucionalização dos sistemas jurídicos tem condicionado intensamente o discurso filosófico jurídico e forjado uma nova teoria do direito ainda por se definir, cujo pressuposto seria o paradigma do constitucionalismo (ou do Estado Constitucional do Direito) refletindo especificamente sobre áreas do direito, inclusive o direito processual, que é o fim maior do presente estudo. Assim, traduz Figueiroa (2003, p. 161) como sendo o neoconstitucionalismo, como um processo histórico que reflete uma nova forma de contemplar o direito, implicando “la desfiguración de la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo”.

É possível identificar a constitucionalização no processo de transformação do direito, caracterizado, em linhas gerais, pela: “presença de uma constituição rígida; uma garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante de seus dispositivos; a interpretação da constituição (a analogia e a invocação de princípios constitucionais que ampliam e intensificam a presença da Constituição em todo o ordenamento jurídico); aplicação direta da Constituição; a interpretação das leis conforme a Constituição; influência/ubiquidade da Constituição nas relações políticas; a argumentação jurídica tendendo a transformar-se em argumentação moral e política, reforçando-se, assim, a unidade do relacionamento prático” (SARMENTO, 2009, p. 114-117).

Sobre tal estrutura, novas disposições passam a funcionar, sendo elas: a) a interpretação extensiva e abrangente pelo Judiciário; b) novas leituras de regras e corporações nos variados aspectos do Direito; c) atravessamento/ubiquidade do direito público nas atividades de toda sociedade; d) técnicas e estilos hermenêuticos renovadores – ao lado da tradicional subsunção.

Tem-se ainda determinados aspectos inerentes à constitucionalização que, importante colacioná-los para melhor compreensão:

Aspecto *material* da constitucionalização, verificado na recepção do sistema jurídico a exigência da moral crítica sob a forma de direitos fundamentais, reforçando entre os juristas um conceito não positivista do direito.

Aspecto *estrutural* da constitucionalização, que se relaciona com a estrutura das normas constitucionais, de forma que os princípios constitucionais por sua particular estrutura admitem expandir imensamente seu âmbito de influência do ordenamento jurídico.

Aspecto *funcional* da constitucionalização, verificado especificamente na demanda exigida pelos princípios constitucionais por uma forma distinta de aplicação do direito, especialmente, por meio da técnica da ponderação, em que suas premissas vão além do direito legal e cuja aplicação não responde propriamente ao esquema subjuntivo tradicionalmente concebido pelo juspositivismo.

Aspecto *político* da constitucionalização que alastra consequências exponenciais nas relações de forças dos poderes do Estado, pois, desloca o Poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Tal conjuntura acarreta o crescimento da judicialização de questões polêmicas e relevantes do debate social e político, pois, fortalece as Cortes Constitucionais com a transferência de poder das instâncias dos poderes originais para o Judiciário.

Sarmento (2009, p. 117) aduz tratar-se de perspectivas que defrontam, na figura do juiz, o grande protagonista, pois, caracteriza-se no guardião das promessas civilizatórias, propulsando a análise do Direito a partir de perspectiva interna - processos de interpretação aplicação.

## **DO REFLEXO DE TAIS PREMISSAS SOBRE O DIREITO PROCESSUAL**

José Eduardo Faria (2005, p. 52) menciona que no momento de renovação organizacional, processual e funcional do Judiciário, como respostas às mudanças sociais,

econômicas, políticas e culturais de uma sociedade heterogênea, enredada e contraditória, é preciso considerar as palavras do poeta francês Paul Valéry ao dizer que “o que tem arruinado os conservadores é a má escolha das coisas a serem conservadas”.

Assim, neste complexo de incertezas e descontentamentos, próprios da pós-modernidade, é preciso haver cautela na escolha “do que” e “como” transformar as técnicas e procedimentos no âmbito do Judiciário, em face das suas responsabilidades sociais frutos dessas opções. Tal necessidade vem sendo observada pelos processualistas na elaboração de reformas que minimizam os efeitos da complexidade das relações jurídicas.

De um modo geral, essas modificações têm se caracterizado pelo rompimento da dialética existente entre direito material e instrumental, a partir do encerramento de uma visão reduzida do fenômeno processual. É preciso compreender nesse contexto, que não apenas o processo se encontra em crise, mas, sobretudo o exercício do Poder está em crise, o que reflete diretamente no processo. Aduzir, simplesmente que o processo se encontra em crise seria o mesmo que vendar os olhos aos enunciados e mecanismos constitucionais existentes (SILVEIRA, 1997, p. 12). Como menciona Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 47-50) a própria “Constituição se incumbem de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas sim, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.

Os elementos de caráter processual lançados na Constituição habilitam uma aproximação dos direitos processual e material, reduzindo ao máximo o tradicionalismo e o isolamento entre ambas, de forma que, ainda fundamenta a fixação de um novo paradigma, sem embater em possíveis entraves oriundos de ideias sobremaneira dogmáticas. Pois, como menciona Bedaque (1995, p. 16) com muita propriedade, numa ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não atinge os resultados a que se propõe, é preciso buscar “menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”.

Assim é que Dinamarco (2003, p. 12-15) aduz que é a carta constitucional que compõe o instrumento desmitificatório das categorias jurídico-processuais, estabelecendo a correspondente “otimização do sistema, para a busca da alcançada efetividade do processo”, por representar um contributo e fundamento à instrumentalidade deste, sob um novo foco. De modo que, se não houver um encontro das respostas para solução das problemáticas existentes no processo civil contemporâneo, é porque as investigações realizadas são empregadas erroneamente, pela

compreensão do sentido e da missão da existência do processo. É necessário, sempre, estabelecer um paralelo entre Processo e Constituição, adicionado à ideia de “desdogmatização e instrumentalização”, para o encaminhamento e estabelecimento de um novo paradigma (SILVEIRA, 1997, p. 13).

Constata-se então que, somente mediante a revisão da técnica processual os fins político, sociais e jurídicos do processo poderão ser alcançados de forma efetiva. No entanto, mesmo com mudanças e alterações, aumento de conteúdo em institutos processuais e formas, o processo se manterá adstrito aos mandamentos constitucionais, especificamente, ao devido processo legal.

Como aduz Patrícia Silveira (1997, p. 14), o devido processo legal possui uma “tríplice dimensão: fundamentadora, orientadora e crítica”. De modo que, na perspectiva fundamentadora, “em sentido estático, seu núcleo é informador de todo o sistema processual”; na orientadora, “seu sentido dinâmico, conduz o processo para metas e fins, afeitos aos influxos dos pensamentos publicistas e sociológicos e condizentes com a idéia do processo como instrumento ético”, e, então, no aspecto da crítica, “é critério ou parâmetro de justificação da atuação do juiz” (PECES-BARBA, 1986, p. 83).

Diante disto, percebe-se que a interpretação do processo em consonância com os princípios e garantias constitucionais, identifica a concepção axiológica do processo, em que, conforme Bedaque (1995, p. 19) “a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do ‘clima’ institucional e político do país”.

Partindo deste aspecto é que se verifica a função social do processo inerente à própria transformação da sua estrutura, no sentido de se romper com a tradicional postura individualista e formalista do processo civil. Se mesmo assim as condições se demonstrarem incipientes à participação, restará comprometida a própria jurisdição, restando ao processo o distanciamento da concretização de seus fins sociais e políticos. Por isso, se faz necessário haver um desligamento de determinadas instituições e conceitos antigos inerentes ao processo. Bobbio (1992, p. 37-38) colaciona em sua obra “A era dos direitos”, a seguinte expressão: “é inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados”.

Isto ocorre porque, conforme Zimmer Júnior (1997, p. 32-33), no princípio, tudo que ocorria no campo do direito processual contribuía para a obtenção do direito material, existente numa unidade. No entanto, com a transição vivida pelo processo, e com o advento da modernidade, esta noção acabou se perdendo. O processo e o homem tornaram-se independentes, compartimentalizando-se. O problema é que atualmente o homem contenta-se com a retórica, ou seja, constrói um consenso comum, e não se preocupa com a substância. Com isso, o processo perdeu-se em polêmicas que tentavam aprimorar uma técnica, porém, sem a visão do contexto em que essas mudanças deveriam se inserir. O processo se auto-reverenciava, e não se preocupava com os problemas apresentados nos outros sistemas, “como a vida em sociedade, o acesso à justiça e a realização do direito material”. Logo, perdeu na substância, mas aprimorou-se na técnica.

Todavia, hoje se busca recuperar para o processo a importância de assumir uma finalidade, visto que, este não pode ser tão autônomo a ponto de abrir mão desta. E, para o aludido autor (ZIMMER JÚNIOR, 1997, p. 33 – 34) o problema decorre de questões e vontade políticas, pois, “uma justiça que não funciona bem, desacreditada, gera insegurança à sociedade”.

O Judiciário, embora seja um poder autônomo, está adstrito ao projeto político do Legislativo e do Executivo. E, tal situação, atrelada a desorganização do Poder Judiciário, em parte, compromete o acesso à justiça.

No entanto, o verdadeiro Estado Democrático de Direito, pois, deve se compor em seus poderes sempre em condições de garantir e concretizar direitos, de forma que, os princípios processuais, muitos deles incluídos nas Constituições da era moderna, demonstram o querer dos cidadãos em construir uma ordem jurídica justa. Todavia, diante deste cenário, a questão que se coloca é, “como viabilizar no espaço do político estas mudanças?” E sobre tal Zimmer Júnior (1997, p. 34-35) traz a mobilização da sociedade e o avanço da técnica.

Barbosa Moreira (1997, p.17), sobre o assunto, registra que o fenômeno jurídico depende necessariamente do político. Assim, depreende-se que tudo depende da relação de forças existentes na sociedade, pois, somente assim será possível a edificação de uma verdadeira Constituição, com a efetividade do que nela consta e determina.

Mas, se é a política que impõe este ou aquele modelo ao Poder Judiciário, mediante o “constranger o acesso, estender o processo”, se faz imprescindível o aproveitamento da técnica para a concretização do sonho da efetividade (ZIMMER JÚNIOR, 1997, p. 35).



Conforme Kazuo Watanabe (1987, p.41) a efetividade do processo de cognição passa por uma sentença de mérito que resolve a questão colocada em juízo; o fim específico do processo de cognição é a resolução do litígio que, conforme o decurso temporal que leva, pode representar uma dificuldade para o alcance ou não da finalidade do processo. Assim, a adequação da natureza do direito com a atividade cognitiva que o juiz desenvolve, depende do trabalho de descobrimento de todas as variáveis contidas no caso em tramitação.

Neste sentido se posiciona o Zimmer Júnior (1997, p. 35) ao aduzir que:

A maior ou menor duração do processo, muitas vezes, é diretamente proporcional ao grau de insatisfação da parte que está vivendo a luta pelo seu direito. A sociedade já reflete este descontentamento. A certeza na procedência do pedido, ou na improcedência do pedido feito pela outra parte, torna a espera pelo desfecho do processo uma espécie de calvário. Petições que se acumulam no processo, gastos que igualmente se somam e a demora em decidir gerando uma desconfiança da sociedade em relação ao Poder Judiciário.

Assim, é imprescindível compreender que a busca da efetividade pressupõe uma visão instrumental do processo. Deve-se sepultar, pois, em definitivo a compreensão de que o trabalho do juiz diante do caso concreto é realizar uma simples operação lógica que, partindo de uma regra abstrata, ou seja, uma premissa maior se concebe um ponto conclusivo. É necessário superar a posição passiva do juiz, e implantar um processo que caminha na direção de uma resposta comprometida com valores e disposições expressas na Carta Magna. Não confundindo tal posição com uma dada liberdade plena do juiz para decidir, mas sim, a uma sensibilidade para uma correta leitura do sentimento da sociedade (ZIMMER JUNIOR, 1997, p. 36).

Desse modo, o aludido Autor (1997, p. 36) sustenta que recuperar a noção de finalidade para o processo consiste em entendê-lo não como um fim em si mesmo, mas como uma forma de obtenção do direito material pleiteado conforme um critério de justiça, no mesmo instante em que se afirma a paz entre os privados. Não há objeção de que o tecnicismo ao qual ficou limitado o processo durante, pelo menos, dois séculos, é oriundo da visão da burguesia que tomou o poder no século XVIII e sustentou suas ideias através das constituições e dos códigos. No entanto, como proporcionar ao processo uma nova dinâmica, consistente em valores que a sociedade não dispõe?

Partindo de questões como a exposta, é que advém a necessidade de compreender no que consiste a técnica, para então, abstrair qual seu caráter positivo e negativo dentro do processo. Conforme Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 22-23), no estudo desenvolvido sobre o pensamento

de Lalande, a palavra técnica é objeto de dois verbetes que a veste como adjetivo e como substantivo.

A técnica, como substantivo, pressupõe dois sentidos: “conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados julgados úteis” e “métodos organizados que se fundam sobre um conhecimento científico correspondente”. Assim, a noção geral da técnica consiste num conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados e, de procedimentos ajustados para a realização de finalidades.

A técnica jurídica conforme Claude Du Pasquier (1967, p. 163) consiste no “conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica”. Entretanto, mesmo sendo a técnica jurídica desenvolvida no âmago da Ciência do Direito, é perceptível que há uma “técnica legislativa” e uma “técnica da jurisprudência”, que concentram seus estudos na formulação dos conceitos, de categorias jurídicas, dos institutos jurídicos, e nos ramos do Direito positivo.

Assim, conforme ensina Radbruch (1961, p. 185), é sobre a elaboração jurídico-científica que trata a técnica que se executa três tempos: “Interpretação, Construção e Sistematização”, que correspondem os conceitos juridicamente relevantes e puro. Desse modo, enquanto a ciência do direito construía seu instrumento teórico para realizar seu objeto, os procedimentos de edificação e aplicação do Direito ao caso concreto não se mostraram como preocupação essencial do pensamento jurídico. Isto porque, estes pararam no início da investigação do estudo da interpretação da lei, saltando à pesquisa dos problemas de ordem ética e axiológica da atividade do juiz e a constância de sua independência em relação à lei (GONÇALVES, 1992, p. 34-35).

No entanto, segundo Du Pasquier (1967, p. 167-172), a ciência do direito tem desenvolvido e aprimorado as técnicas a ela inerentes para apreender o fenômeno jurídico e efetivar seu trabalho de construção jurídica. De forma que, “as normas criadas pelos legisladores são recolhidas, sistematizadas, classificadas, conceitos são formulados, através da busca das semelhanças ocultas na diversidade, unificando realidades jurídicas em um modelo genérico aplicável a uma multiplicidade de casos. (...) A construção jurídica se desdobra em construção técnica e em construção criadora”.

Partindo de tais classificações para o procedimento jurisdicional, como qualidade disciplinada por uma estrutura normativa voltada para a composição do procedimento, com a

participação em contraditório de seus destinatários, verifica-se que nele se encontra uma técnica criada pelo ordenamento jurídico e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em sua concepção de formular conceitos, categorias e institutos inerentes a toda a atividade da jurisdição, se esmera em fornecer o caráter instrumental teórico para que o processo se conceba numa técnica idônea possível no cumprimento de sua finalidade (GONÇALVES, 1992, p. 168).

Mauro Cappelletti (1973, p. 18) argui que a norma processual disciplina o exercício da jurisdição, bem como se preocupa em fazer com que a ciência do Direito Processual ofereça a sua técnica instrumental para o melhoramento da instrumentalidade técnica do processo, de forma que, tal instrumentalidade consiste em “poder de se elaborar, com a melhor estrutura possível, a mais adequada e ágil, para dar respostas ao fim para o qual se instaura: a emanção de um ato do Estado, de caráter imperativo, para cuja formação concorrem, em contraditório, aqueles que receberão, na esfera de seus direitos, os efeitos de tal ato”.

Assim sendo, é certo que a instrumentalidade técnica do processo, na perspectiva do Direito contemporâneo, jamais poderia significar a técnica se desenvolvendo para produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo decorre na mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se estabeleça e seja gerada, como garantia da participação igual e simétrica daqueles que receberão seus efeitos (GONÇALVES, 1992, p. 171).

Inobstante, conforme expõe Marinoni (2010, p. 113), é preciso compreender e “identificar” as tutelas, para então se pensar numa técnica processual idônea para atendê-las. Isto porque o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material. Assim, como é evidente, a técnica processual deve ser considerada inidônea à tutela dos direitos. Todavia, se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) forem diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar.

Nesse sentido, importante analisar o confronto do formalismo-valorativo com o formalismo excessivo, cotejado por Carlos Alberto Alvaro (2006, p. 07) como meio de verificar a adaptação aduzida por Marinoni acima.

Alvaro de Oliveira (2006, p. 07-09) ensina que o formalismo não se confunde com a forma do ato processual considerado em seu aspecto individual. Mas, concerne à totalidade formal do processo, abrangendo além da forma, ou as formalidades, a delimitação dos poderes, capacidades e deveres dos sujeitos processuais, organização de sua atividade, do procedimento e do processo, com o fim de atingir suas finalidades principais. Assim, necessária a forma em seu

sentido amplo, pois, emprega a tarefa de indicar os limites para o começo e o fim do processo, bem como o seu desenvolvimento, de modo que, se este não seguisse uma ordem determinada, acarretaria ao litígio uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo a “arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”.

Noutro diapasão, o formalismo processual domina os eventuais excessos de uma parte em face de outra, atuando como fator de igualdade (ao menos no aspecto formal) dos contendores. Assim, sob tal perspectiva, percebe-se que o formalismo, diverso do que geralmente se imagina, “constitui elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo”.

A “efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador”. No entanto, com o passar do tempo, o termo fora desbastado, passando a simbolizar tão somente o formalismo excessivo, dotado de um caráter negativo (ALVARO, 2006, p. 10).

Alvaro (2006, p. 12) aduz ser inadmissível conceber o processo como um simples ordenamento de atividades de cunho unicamente técnico, determinado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de forma arbitrária, porque, a estrutura que lhe é cabível depende dos valores adotados, não se tratando tão somente de uma adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas, “especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas, e ao objetivo da própria administração judicial”, que deve concebê-lo, além da realização do direito material, como uma ferramenta de caráter público indispensável para a “realização da justiça e pacificação social”.

Assim, importante repensar o sistema como um todo, de forma a verificar suas vertentes políticas, culturais e axiológicas relacionada aos fatores condicionantes e determinantes da estrutura e organização do processo, estabelecendo-se assim os fundamentos do formalismo-valorativo. Pois, a efetividade consagrada na Constituição Federal (art. 5º, XXXV) dedica-se ao fato de ser insuficiente a abertura da porta de entrada ao Poder Judiciário, sendo, imprescindível a prestação de uma jurisdição eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem prorrogações temporais ou formalismos excessivos, que, atente-se às particularidades do caso concreto na atividade de adaptar a norma, como ideário colacionado por Marinoni e exposto acima.

Necessária a rejeição do formalismo vazio e vazio, desconhecedor do concreto e alheio as finalidades maiores do processo, especificamente que atenta contra os princípios e valores

enxertos no âmbito processual, a exemplo da “efetividade, segurança, boa-fé, lealdade e processo justo” e, despreocupado de realizar a justiça material do caso, pelo emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora. Apropriada é a visão do formalismo-valorativo, informado pela lealdade e boa-fé, pois, o emprego deste é que justifica a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo (ALVARO, 2006, p. 20-26).

## **DA NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Conforme Lenio Luiz Streck (2004, p. 21-33), na ocasião que o mundo vislumbra uma onda neoliberal, mister que a questão relacionada a função do Estado e do direito seja (re)discutida, igualmente as condições de possibilidades de concretização da democracia e dos direitos fundamentais.

No entanto, no Brasil, ainda prevalece um direito secularizado, quando este deveria “ser visto, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”. Isto porque “não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito- desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito”.

Tal situação incorre numa necessidade, pois, se de um lado aparece uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal garantidora destes mesmos direitos, é essencial a valorização do jurídico e a (re) discussão do papel conferido ao Judiciário (e à justiça constitucional). Esta dimensão caracterizaria uma forma de reconstrução do Estado de Direito, resgatando-se a sua força, conferindo-se à jurisdição o caráter de guardião dos valores materiais inseridos na Constituição.

Sendo isto o que pretende o novo constitucionalismo, ou seja, buscar analisar, num primeiro momento, a “exterioridade” da constituição, compreendida na sua legitimidade, que por sua vez, conta com uma natureza extralegal própria. Posteriormente e como decorrência, analisar a “interioridade” da constituição, em particular, as conexões com postulados neoconstitucionalistas e sua normatividade. Isto porque, o fundamento da constitucionalização do

ordenamento jurídico encontra-se no texto constitucional, reflexo de vontade do constituinte. E assim é que o Estado Constitucional se insurgirá como um Estado regido por uma constituição legitimada democraticamente por um poder constituinte e que, como consequência, reflete sua vontade e dirige sem exceções as relações jurídicas e políticas criadas a partir desta (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2012, p. 17).

Tal situação é verificada na América Latina que converteu em prática mediante processos constituintes latino americanos a produção de novas constituições, de modo que, textos constitucionais foram legitimados, pois, passaram a buscar mesmo diante de obstáculos e dificuldades, não somente o reflexo da vontade do legislador, mas também as necessidades existentes na sociedade

E assim, pelo fato do Estado Democrático de Direito encontrar-se indissociavelmente relacionado a realização dos direitos fundamentais, deve, então, ter condições e possibilidades para suprir as lacunas e necessidades inerentes às promessas da modernidade, como “igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais” (STRECK, 2004, p. 34-39).

No entanto, Streck (2004, p. 40-43) traz a seguinte indagação: “Em que medida o Direito, estabelecido no texto constitucional, pode estabelecer o *constituir* da sociedade”? E para tal, traz dois eixos analíticos: “procedimentalismo e substancialismo”. Sendo o primeiro sustentado por autores como Habermas, Garapon e Ely e, o segundo por Cappelletti, Dworkin, Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Melo, Eros Grau, dentre outros.

Na tese procedimentalista, Habermas (1997, p. 245-297) critica a invasão da política e da sociedade pelo Direito, utilizando uma interpretação da política e do direito com base na teoria do discurso, aduzindo assim, que no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central. Ademais, recusa tanto o processo hermenêutico orientado por princípios, como a hermenêutica jurídica, visto que considera o pluralismo ao associar “as normas a princípios eticamente assentados – o realismo jurídico – por não delimitar as fronteiras entre o direito e a política quando explica as decisões judiciais através de fatores externos ao sistema jurídico”.

Assim, Habermas sustenta um modelo de democracia constitucional não fundamentada em valores compartilhados e conteúdos substantivos, mas, em procedimentos que certifiquem a formação da democrática opinião e vontade, não mais fundamentada em uma “nação de cultura” e sim “nação de cidadãos”.

Já quanto à tese substancialista, Cappelletti (1993, p. 19-27) colaciona a possibilidade do Poder Judiciário contribuir para o aumento da capacidade de inclusão do sistema político, como forma de garantir a dados grupos, alheios às formas de acesso aos poderes políticos, uma oportunidade para a concretização de suas expectativas e direitos no processo judicial. Assim, como consta na obra de Streck (2004, p. 45), em síntese, tal corrente entende que, “mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios”.

Diante de tais teorias, percebe-se que no Brasil, não há no plano de agir a incidência de nenhuma das duas, conforme expõe Streck (2004, p. 51). No entanto, para que o direito processual seja efetivo em seu papel e assim, concretize as ordenanças constitucionais, mister que o Poder Judiciário assuma uma postura intervencionista, e não aquela absenteísta, inerente ao modelo liberal-individualista-normativista.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o Judiciário toma decisões que, além de estarem fundamentadas nos princípios e regras constitutivas do Direito em vigência, satisfazem também a exigência de conceder curso e reforço a crença tanto na legalidade, compreendida “como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, 2004, p.38).

Desse modo, conforme leciona Carvalho Netto, (2004, p. 39-44) é fundamental que o decisor conheça que a composição estrutural do ordenamento jurídico consiste em algo muito mais complexo que a de um mero conjunto de regras dotado de hierarquia, em que acreditava o positivismo jurídico: “ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação”.

Ademais, além da necessidade de conhecimento da composição do ordenamento jurídico, imprescindível também o conhecimento das especificidades e concretude de cada caso concreto, para que assim, haja uma densificação das normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, denominadas por Klaus Günther de “*sensu de adequabilidade*”, sem que haja uma tarefa mecânica, insensível e, por conseguinte, incompatível com a Constituição.

Isso porque, como expõe Cattoni de Oliveira (2004, p. 203) a redução da complexidade da interpretação jurídica através da reedificação de um paradigma jurídico concreto, como por exemplo, “o paradigma do Direito formal burguês e o paradigma do Direito materializado do Estado Social (ou, ainda, da determinação nada isenta de problemas de uma “ideologia constitucionalmente adotada” ou de um “quadro de valores comuns superiores”)”.

Jürgen Habermas (1998, p. 293 e 477) alude que a interpretação jurídica ocorreria, hoje, na forma de uma disputa entre distintas compreensões paradigmáticas do Direito, que se tornaram reflexivas. Ou seja, a “naturalização de certezas”, inerente a todo paradigma, poderia ser compreendida, no contexto de um pluralismo social, político e cultural, como pura “ideologia”, visto que “a interpretação coerente de um caso no marco de um paradigma jurídico *fixo* permanece essencialmente infradeterminada; tal interpretação terá de competir com outras interpretações também coerentes do caso em paradigmas jurídicos alternativos”.

Todavia, com a crise do paradigma jurídico do bem-estar social; com as tentativas da dogmática jurídica germânica de escapar da alternativa “paradigma liberal” ou “paradigma social”; com a procura de estabelecer conexões mais ou menos “híbridas” entre eles, promoveu-se uma compreensão reflexiva do Direito, bem como a necessidade de se problematizar “modelos sociais” inscritos no próprio Direito. Isto porque, no marco de uma compreensão procedimentalista do Direito, na prática e no cotidiano tanto social como dos operadores jurídicos, os paradigmas sociais permanecem em tensão, concorrendo assim, para uma interpretação do suposto Direito aplicável caso a caso (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 204-205).

Nesse contexto, Cattoni de Oliveira (2004, p. 206 e 214) ainda colaciona que no paradigma do Estado Democrático de Direito, tanto a argumentação liberal quanto a argumentação do bem-estar devem ser consideradas de forma reflexiva e crítica sob as condições jurídico-processuais, como forma de perspectivas argumentativas concorrentes, em face de cada situação concreta de aplicação.

É necessário o rompimento com a teoria material do Direito e dos direitos que estabelece uma forma padronizada, fixa, para sua “efetivação”, isto porque, a dinâmica de uma sociedade democrática e pluralista não coaduna com visões privilegiadas e acima de tudo, excessivamente concretas do que seja “vida, liberdade, igualdade, segurança, trabalho, ou até mesmo dignidade humana”.



Neste mesmo sentido, importante aduzir as palavras de Sérgio Alves Gomes (2008, p.54) referente à “arte de compreender” que, não se resume a um simplório conjunto de métodos utilizados na interpretação, visto que, engloba todos os conhecimentos necessários para que se tenha uma visão ampla a respeito do que se busca conhecer. Por isso, a hermenêutica constitucional não tem como se apoiar em apenas uma disciplina, pois, seu olhar é abrangente e, antes de tudo, filosófico.

Inobstante, somente com a instituição do Estado Democrático de Direito, que a hermenêutica jurídica veio a ser conquistada, de modo que, esta possibilita a compreensão do Direito e a Constituição a partir de um novo momento epistemológico-jurídico denominado “pós-positivista”. E, a partir desta perspectiva é que surgiram as “novas possibilidades hermenêuticas” não só em relação à Constituição e ao Direito Constitucional, mas também, para todas as normas do Direito, pois, esta traz sentido, “unidade de sentido”, através da superação da rigidez e do formalismo, compreendendo os princípios como sustentáculos da ordem jurídica (GOMES, 2008, p. 55-56).

Assim, importante mencionar o aludido por Eduardo Couture (1956, p.23) nesse sentido:

É verdade que, em cada atitude interpretativa, existe um pressuposto, ou, como se disse, um substrato filosófico. Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vida. Interpretar é dar vida a uma norma. Esta é uma simples proposição hipotética de uma conduta futura. Assim sendo, é um objeto ideal, invisível (já que o texto escrito é a representação da norma, mas não a própria norma) e suscetível de ser percebido pelo raciocínio e pela intuição. O raciocínio e a intuição, todavia, pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo. Todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei.

Todavia, se por ventura considerassem ameaçadas a certeza ou a segurança jurídica com o raciocínio que se expõe, mister aduzir as considerações de Cattoni de Oliveira (2004, p. 217-218) ao expor que “todas” as normas válidas são, de início, indeterminadas em sua referência, detendo, portanto, necessidade de conexões relacionais adicionais no caso concreto, via argumentação. Em uma sociedade estrutural, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual é possível lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes é que serão afetadas pelo provimento jurisdicional.

Assim, trata-se de um processo argumentativo a construção da decisão jurisdicional, que denota na determinação da norma adequada a um dado caso, “assegurada num nível institucional, do entrelaçamento de argumentos e de perspectivas de interpretação acerca do caso concreto”, de modo que, é preciso superar as noções do “devido processo formal (processo como limite do poder jurisdicional)” e do “devido processo material (processo como instrumento do poder jurisdicional)” no que concerne à dimensão institucional da argumentação jurídica da aplicação (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 220-221).

Sendo portanto, imprescindível a aproximação aos “fundamentos, valores e fins” do Direito, pois, é por meio de tais valores que o ser humano espera encontrar, construir e reconstruir o “sentido”, que está presente em cada atitude compreendidas em seu conjunto, capaz não apenas de envolver alguns indivíduos, mas, toda a humanidade, através da preocupação com a “existência e a convivência” destes (GOMES, 2008, p.60).

## **CONCLUSÃO**

A Constituição Federal consagra inúmeros direitos e garantias fundamentais que, devem ser observadas e respeitadas por toda a sociedade. O descumprimento destes preceitos exige do direito processual e do poder jurisdicional a instrumentalização de mecanismos realizadores dos valores reinantes no Estado Democrático de Direito, de que sejam capazes de restabelecer a ordem e a paz social.

Como conseqüência desse raciocínio se infere a existência de uma indissociável conexão entre o Direito Constitucional com o Direito Processual, pois, estes contribuem e garantem a efetividade dos direitos e garantias inerentes ao indivíduo e toda a sociedade.

No entanto, para que ocorra tal efetividade bem como a concretude de direitos, passou-se a exigir do Direito Processual uma postura mais distanciada do formalismo excessivo, com a abertura a técnicas processuais aptas a atingir tais finalidades. Trata-se de um formalismo valorativo, voltado para a instrução de atos atinentes a formação do processo.

Com tal postura, o sistema que anteriormente se mostrava fechado a regulamentações das atuações processuais, formado a partir de princípios positivistas, passou a encontrar nos princípios um referencial para uma postura ativa do juiz, com a possibilidade de adoção de uma

lógica argumentativa e juízos de equidade, o que coloca o problema no cerne motivação da prestação jurisdicional, em detrimento de uma visão puramente formalista do processo.

Dessa forma, conclui-se que a adequada forma de concretização dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, efetivação dos bens maiores consubstanciados no Texto Constitucional, reside na interpretação da lei (mediante a aplicação da técnica e do formalismo valorativo). Somente assim é que se obterá uma solução justa, concreta e efetiva.

Para tanto, necessário permear o sentimento de Constituição para a efetividade da ordem constitucional, e que acima de tudo, se cultive tal sentimento em um Estado Democrático de Direito, em que as decisões judiciais se apresentem com um nível de racionalidade discursiva compatível com o conceito processual de cidadania e comunidade aberta para os intérpretes desta.

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo, nº 137, jul. 2006, p. 7-31

BARBOSA MOREIRA, J. C. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *In Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, J. dos S. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, M. *El Proceso Civil En El Derecho Comparado – Las Grandes Tendencias Evolutivas*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO NETTO, M. de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 25-44.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 171-125.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico, In: CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003.

COUTURE, E. J. *Interpretação das Leis Processuais*. Trad. de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Max Limonad: São Paulo, 1956.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DU PASQUIER, C. *Introduction à La Théorie Générale et à La Philosophie Du Droit*, 4ª Ed. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967.

FARIA, J. E. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, J. E. (org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52-63.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoria del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: GONÇALVES, A. P. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Constituição do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

HABERMAS, J. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho em Términos de Teoría Del Discurso*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

KELSEN, H. *Teoria Geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.

LASSALE, F. *A essência da Constituição*. Trad. de Walter Stonner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MARINONI, L. G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. *Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional*, año 2, n. 1, p. 13-28, oct. 2008.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VICIANO PASTOR, Rubén. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 11-50.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Ordenamento Jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, G. F. (Coord.); *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PECES-BARBA, G. *Los Valores Superiores*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*, Trad. de L. Cabral de Moncada. Vol. I. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1961.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

SASTRE, Ariza Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw Hill, Madrid, 1999.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, P. A. da. Processo civil contemporâneo: elementos para um novo paradigma processual. In: ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. (org.) *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p.11-23.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

WATANABE, K. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZIMMER JÚNIOR, A. A recuperação da noção de *Thelos* para o processo. *In*: ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. (org.) *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 24-39.