

UMA NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO*

SUMÁRIO: 1. A ordem jurídica como um conjunto de regras, princípios e procedimento 2. A relevância do processo como categoria jurídica 3. A constituição como processo 4. O papel do processo na ordem jurídica.

1 A ORDEM JURÍDICA COMO UM CONJUNTO DE REGRAS, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTO

Desde quando recebemos no Brasil uma nova Constituição, muito importa discutir sobre o que vem a ser a chamada Lei Fundamental de uma ordem jurídica, dentro de uma perspectiva também renovada. Cabe, então, buscar um entendimento dessa questão básica que vá além daquilo que tradicionalmente se estabeleceu, desde o advento do ideário constitucionalista, nos primórdios da Idade Moderna. A ambiência social em que contemporaneamente se insere as constituições apresenta um grau de complexidade tal, que torna insuficientes as explicações clássicas da sua natureza e significado. Já não basta mais ver em uma constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.

* Faculdade de Direito da UFC.

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

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

Em vista disto, tem-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como *regras* e aquelas que assumem a forma de um *princípio*. As primeiras possuem as estruturas lógicas que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, ampara em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outra tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, em que determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, que já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

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

Em sendo assim, é de se esperar que, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce também a importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como os princípios.

Procedimento são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis. Dentre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação no ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de "processo".

2 A RELEVÂNCIA DO PROCESSO COMO CATEGORIA JURÍDICA

Há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao seu aspecto procedimental, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais os problemas meramente técnico da sua realização. Autores da fase tardia do pandectismo alemão, quando já se inicia a ilação do direito civil

de base romana de uma teoria geral do direito, proclamam no último quartel do século passado a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes).

A importância o procedimento para o Direito, no âmbito da Teoria Geral do Direito, é enfatizada na influente doutrina “pura” de KELSEN, quando propõe que se estude não só a estática jurídica, cujo objetivo são as normas, mas também a teoria dinâmica ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto) produção do Direito.

O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de “direito constitucional aplicado”, como certa feita formulou a corte constitucional alemã. Até o momento, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado “devido processo legal”: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc. Inexplorada per permanência ainda a via que pode levar a uma completa reformulação de modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas.¹

¹ Cf., porém, RUDOLF WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses in soziale Rechtsstaat*, Neuwied/Darmstadt, 1978.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO

O que se pretende realizar a seguir, contudo, não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a constituição, tocando mais de perto o exame da “outra face da moeda”, quer dizer, do que leva à estreita associação entre constituição e processo hoje em dia, quando se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao, mesmo tempo, uma procedimentalização ou “desmaterialização” do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” e, logo, também das “menores” ou ordinária. É um esclarecimento desses últimos aspectos que endereçam as considerações que se passa agora a apresentar.

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

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza” constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competência e de poderes entre as diversas esferas estatais se reveste de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõe diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por

outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.

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

À constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalização. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores.² O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno.³

² Cf. DAVID RESNICK, “Due Process and Procedural Justice”, in NOMOS (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy), 18, 1977, pp. 206ss., esp. pp.217/219.

³ É nesse contexto que se coloca a recente doutrina de Robert Alexi, com seu modelo de argumentação jurídica e interpretada constitucional baseado na distinção entre regras, princípios e procedimentos (*Regel/Prinzipien/Prozedur – Modell*). Cf., de ALEXY, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, 18, 1987, pp. 405ss., esp. pp. 416ss., e, por último, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., 1995. Para o leitor que não domina o alemão, ALEXY é um dos autores incluídos na coletânea *Derecho y Filosofía*, GARZON VALDÉS (trad. e ed.), Série “Estudios alemanes”, Barcelona/Caracas, 1985, tendo a sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” sido igualmente traduzida para o espanhol, e publicada pelo Centro de Estudos Constitucionais, de Madri.

4 O PAPEL DO PROCESSO NA ORDEM JURÍDICA

A concepção da ordem constitucional como um processo, no qual se insere os defensores de interpretações diversas no momento de concretizá-la, e não como ordem já estabelecida,⁴ mostra-se condizente com essa nova orientação, mais racional, em filosofia do direito. Um outro aspecto dessa “procedimentalização” do Direito, ou melhor, da forma de concebê-lo, seria a sua crescente “desjurisdificação” (*Entrechtlichung*), conseqüência paradoxal da extrema “jurisdificação” (*Verrechtlichung*) acarretada pela modernização da sociedade, e que hoje se torna inócua e anti-producente. A nova Constituição brasileira revela muito bem, por exemplo, o ânimo do legislador constituinte, de regulamentar os mais diversos setores da vida social, no que, aliás, procurou atender expectativas daqueles que o investiu do poder para elaborar o texto constitucional. Cabe ainda ao legislador ordinário viabilizar o cumprimento de uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares. Não se espere, porém, do inchamento da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito constitucional, às vezes, no limite, *contra legem* – ou na ausência da lei.

⁴ A constituição é vista por HÄBERLE como processo, aberto para a participação pluralística dos representantes das mais diversas interpretações. Cf. “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und <<prozessualen>> Verfassungsinterpretation”, in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp.155 e ss.