

O PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE: *locus* de cidadania¹

Ana Maria Borralho Gobbato²

SUMÁRIO

Introdução. 1 Pós-modernidade: a nova base teórica do processo; 2 Processo: da relação jurídica ao procedimento em contraditório; 3. Teoria Neo-institucionalista: o processo como Direito Fundamental; Conclusão; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo abriga como foco central uma reflexão acerca do Processo como espaço jurídico-político de concretização dos Direitos Fundamentais, a partir da adoção de uma teoria processual pautada no referencial epistemológico da pós-modernidade. Para tanto, ocupa-se, por primeiro, em delinear perfunctoriamente o referencial teórico da pós-modernidade, para então investigar a natureza jurídica do processo à luz da Teoria da Relação Jurídica e da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório. Da compreensão desse referencial teórico delinea-se a Teoria Neo-institucionalista do Processo como instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Processo; Pós-modernidade; Direitos Fundamentais; Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório; Teoria Neo-institucionalista do Processo.

RESUMEN

El presente artículo tiene como foco central una reflexión referente al proceso como espacio jurídico-político del concreción de los Derechos Fundamentales, partiendo de la adopción de una teoría procesal pautada en el referencial epistemológico de la pos-modernidad. Para esto se ocupa, en primer lugar, con la delimitación del referencial teórico de la pos-modernidad, para después investigar la naturaleza legal del proceso a la luz de la Teoría de la Relación

¹ Artigo elaborado sob orientação do Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz.

² Mestranda do Programa de Mestrado Acadêmico de Ciência Jurídica do CPCJ/UNIVALI na linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional, Professora do Centro Universitário de Jaraguá do Sul, Advogada. E-mail: ugobbato@terra.com.br.

Jurídica y de la Teoría del Proceso como Procedimiento en Contradictorio. De la comprensión de este referencial teórico dispunta la Teoría Neo-institucionalista del Proceso como instrumento democrático y *locus* de la realización de Derechos Fundamentales.

Palabras-chave: Proceso; Pos-modernidad; Derechos Fundamentales; Teoría del Proceso como Procedimiento en Contradictorio; Teoría Neo-institucionalista del Proceso.

INTRODUÇÃO

A nova realidade cunhada pelo Estado Democrático de Direito exige o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a esse paradigma, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dele possam ser efetivados no plano prático.

Impende, assim, delinear-se o referencial teórico da pós-modernidade, com ênfase no pluralismo como umas das vertentes sob as quais deve pautar-se a construção desse novo arcabouço teórico, de forma a embasar uma teoria processual capaz de fundamentar a inteligência do processo como espaço político-jurídico de realização da cidadania.

1 PÓS-MODERNIDADE: A NOVA BASE TEÓRICA DO PROCESSO

O Estado Democrático de Direito³, como tradução de uma realidade circundante, aponta para a necessidade de superação do referencial teórico da modernidade⁴, centrado na racionalidade científica e tendo como modelo de ciência aquele construído pelas ciências naturais, que confia no método como forma de legitimação da verdade.

³ "(...) entendido como aquele que intervém nos domínios econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade". Ver CRUZ, Paulo Márcio. Política, **Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. p.125.

⁴ "Estado Moderno é a mais recente forma de organização política, que hoje se tornou universal. Foi forjado na Europa, na transição entre feudalismo e a idade moderna, nos séculos XVI e XVII, consolidando-se como forma de organização da Sociedade e a partir do século XVIII, num processo que dura até os dias atuais." in CRUZ, Paulo Márcio. Política, **Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002. p.65

Sob o referencial moderno descortinou-se o positivismo jurídico e a compreensão do “direito-enquanto- sistema-de-regras”.⁵

Nesse sentido ressalta Boaventura de Souza Santos o papel do direito na sociedade moderna:

Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o ersatz que mais se aproxima – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna.⁶

Este escopo do direito na sociedade moderna implicou, necessariamente, na sua estatização na medida em que objetivava, sob a égide do Estado, pacificar o antagonismo estrutural entre a “regulação e a emancipação social”.⁷

No entanto, a hodierna complexidade e conflituosidade do tecido social e a inoperância do Estado frente às demandas sociais sinalizam que o modelo da racionalidade moderna encontra-se numa profunda e irreversível crise, conforme ressalta Michel Maffesoli:

A impotência para estabelecer uma verdadeira justiça social, o desenvolvimento da miséria, o desvio crescente entre os países ricos e os países pobres, o saque ecológico, tudo anuncia, a prazo, a desestabilização, senão o desmoronamento daquilo que se apresenta como sendo a realização acabada de um estado racional de bem-estar consecutivo ao fim da História e das ideologias.⁸

É nessa linha de raciocínio que Paulo Márcio Cruz destaca que as mudanças que apontam para a pós-modernidade estão a demonstrar:

(...) a internalização do Poder Público da modernidade provavelmente cederá espaço para a transnacionalização do Poder Público. Repensar a Democracia neste momento é fundamental, pois o mundo pós-moderno já

⁵ Sobre isso ver: STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p.5.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 119.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 120.

⁸ MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p.82

não crê na legitimidade que não seja verdadeiramente democrática. São assuntos discutidos ao longo do texto. Observa-se que o problema maior, para se estabelecer os novos fundamentos para a representação democrática será no sentido de se repassar as prerrogativas atuais dos parlamentos representativos para as instituições de Democracia Participativa.⁹

Essas transformações tornaram insuficientes as teorias que serviram de fundamento para as ciências modernas nos diversos campos do conhecimento.

Está-se, pois, “a entrar num período de transição paradigmática entre a sociabilidade moderna e uma nova sociabilidade pós-moderna cujo perfil é ainda quase imperscrutável e até imprevisível”¹⁰ e que requer uma nova epistemologia que forneça substrato teórico para a compreensão, fundamentação e legitimação das novas formas de organização político-social.

Nessa esteira, salienta Wolkmer:

O “novo” já está acontecendo, o problema é que os atuais modelos teóricos não conseguem percebê-lo e retratá-lo. Há de se criar um modelo que permita reproduzir a realidade concreta e a partir daí articular uma proposta de mudança.¹¹

O autor aponta, também, como alternativa para novo modelo paradigmático, uma proposta prático-teórica de pluralismo jurídico, hábil a viabilizar um direito comunitário, “cuja dinâmica reguladora é assumida pelas próprias forças individuais ou por grupos coletivos.”¹²

O reconhecimento da pluralidade tanto de ordens jurídicas como de formas de poder e de conhecimento é, também para Boaventura Souza Santos a alternativa ao paradigma positivista moderno de direito centrado no Estado. O reconhecimento dessas pluralidades não significa um rompimento com o direito

⁹CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade.** In http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf <Acesso em 02/09/08>

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 186.

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.352

¹² WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.351

estatal, mas sim a sua relativização ao “integrar essas formas hegemônicas em novas e mais vastas constelações de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos”.¹³

Em sentido semelhante, Paulo Márcio Cruz estabelece o respeito ao pluralismo como umas das vertentes sob as quais deve pautar-se a construção da pós-modernidade. Ressalta o autor:

Repensar a Democracia neste momento histórico é fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores que disputarão a governabilidade mundial e que rompem o paradigma da endogenia estatal moderna, e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e que a igualdade seja vivida a serviço da diferença.¹⁴

É nessa linha de raciocínio que Calmon de Passos sublinha que o ganho civilizatório que é o Estado Democrático de Direito impõe que a produção do direito seja pensada em consonância com ele, o que quer significar que:

Enquanto se acreditou haver algo prévio e externo, transcendente (a divindade) ou imanente (a razão cognitiva) a impor juridicidade ao comportamento humano, foi possível dizer-se e tentar fazer acreditar haver Direito antes de ser produzido. Em nossos dias, afirmativa desta natureza carece de comprovação prática e de justificação teórica aceitável. Destronada a divindade e problematizada a razão cognitiva, impõe-se rever o pensamento tradicional. O que se mostra evidente, hoje, é que, ontologicamente (onticamente) nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. (...) o Direito não nos é dado com são dadas as realidades do mundo físico.¹⁵

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico pontua Rosemiro Pereira Leal a necessidade de “destruir o Estado de Justiça que está emperrar a transição para a pós-modernidade” e construir uma nova *práxis* jurídica a partir de bases discursivas e da auto-inclusão processual de uma comunidade jurídica capaz de se instituir por si mesma, a partir do sistema constitucional do Estado

¹³SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 261.

¹⁴CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade**. In http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf <Acesso em 02/09/08>

¹⁵PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.73.

Democrático de Direito. ¹⁶

Importa reconhecer, também, que sob essa ótica os Direitos Fundamentais¹⁷ são os pressupostos desse discurso juridicamente institucionalizado e que, por sua vez, tem como finalidade a concretização desses Direitos estabelecidos pela vontade soberana da comunidade e constitucionalmente tutelados.

Ressalta Rosemiro Pereira Leal que a "pós-modernidade já constitucionalizada no Brasil e em várias legislações do planeta" demanda a busca de novos paradigmas para a jurisdição, pois a "tensão faticidade-validade que marca a modernidade não pode ser resolvida pela razão instrumental, uma vez que essa é teoricamente insatisfatória para decidir em sociedade complexas."¹⁸

Cumprir lembrar, nesse passo, que para Paulo Márcio Cruz a grande marca da modernidade é a dicotomia público-privado, e que a base principal da cidadania moderna é a propriedade. Assim sendo, a passagem da modernidade para a pós-modernidade se dará pelo solapamento das bases lógicas dentro do próprio sistema. A criação e a aplicação de novos direitos, como por exemplo a questão ambiental, tem sido um dos instrumentos de rompimento desse paradigma.

Anotam, a propósito, Paulo Márcio Cruz e José Francisco Sirvent:

A necessidade de superação do Estado Constitucional Moderno acompanha o que vem acontecendo com todas as estruturas de convivência política, que surgiram de crises, de uma crise anterior, se consolidaram durante determinado tempo e, por fim, cederam seus lugares a novas que, por sua

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora. 2002. p.30(...).

¹⁷ De acordo com Ferrajoli "são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, cidadãos ou indivíduos com capacidade de fato; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas. ¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 19. "(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 32

vez, acabaram por entrar em decadência. Isto é assim porque o Estado, como toda estrutura de convivência, é fruto de uma cultura anteriormente descrita.¹⁹

Revisitada, portanto, a transição paradigmática que para Boaventura Souza Santos “é um período histórico e uma mentalidade”²⁰, apresenta-se necessária a compreensão do processo no contexto da pós-modernidade, como “direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica.”²¹

É necessário, pois, que se adote uma teoria processual que contemple o processo no contexto do Estado Democrático de Direito, “que não se prenda a uma visão liberal ou uma visão de bem-estar social e que procure resgatar a importância do Direito Processual (...) na dinâmica da aplicação jurisdicional do Direito.”²²

A compreensão do processo²³ no contexto da pós-modernidade implica reconhecer que a Constituição é a “única fonte do poder legítimo jurídico-institucional, e não mais o Estado ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem.”²⁴

A adoção dessa premissa anuncia a necessidade de elaboração de uma teoria processual ²⁵que respalde a compreensão do processo como instituição, dentro

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio da e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superção democrática do Estado constitucional moderno.** In <[HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8276&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8276&p=2)>

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 257.

²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** p.124.

²² CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.17

²³ O conceito operacional de processo será construído no decorrer do texto.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo.** Porto Alegre: Síntese, 1999. p.49

²⁵ Registre-se que alguns autores, entre eles Nelson Nery Júnior, fazem distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. O primeiro entendido conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito Processual e o segundo como o processo através do qual a jurisdição constitucional é exercida. Sobre isso: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.20-22.

No entanto, para efeitos desse relatório adota-se a linha doutrinária de Marcelo Cattoni que entende irrelevante tal distinção uma vez que “no Brasil qualquer processo é constitucional, que em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas (...)” Sobre isso: CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.213.

do contexto do Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição deixa de ser um “estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas em que o Estado comparece como uma delas e com funções específicas”.²⁶

O modelo processual atrelado ao Estado Liberal pauta-se nos moldes do privatismo, individualismo e formalismo e, sobretudo, na desvinculação do compromisso constitucional de primazia dos Direitos Fundamentais.

No entanto, a nova síntese em construção com o Estado Democrático de Direito, a partir da integração dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos ao conjunto dos Direitos Fundamentais, incita a sociedade a participar da construção do direito positivo, da sua interpretação e concretização.

A inexorável interdependência entre o direito e o processo é sublinhada por Calmon de Passos que ressalta:

(...) o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) sim elaborado pelo homem, mas incapaz de reificação – tornar-se produto – só existindo enquanto produzido. É sempre o resultado do agir comunicativo dos homens, um fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade (...). O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.²⁷

Resta claro, dessa forma, a premência da resignificação do processo, que não mais pode ser compreendido no viés instrumentalista, que tem como escopo a atuação da lei material e a pacificação social.

A relação entre o direito material e o processo deixa de ser uma relação instrumental e passa a ser integrativa. “O processo, portanto, não é algo que

É também nesse mesmo sentido que Rosemiro Pereira Leal destaca que a “dicotomia de um direito processual constitucional e constitucional processual desserve a necessária clareza (...) pois tem agravado o equívoco acadêmico de se colocar o PROCESSO fora da Constituição, rebaixando-o à condição de mero sistema procedimental (...)”. Sobre isso: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.48.

²⁷PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.22-23.

opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito".²⁸

Adotando-se como pano de fundo o paradigma da pós-modernidade e tendo-se presente a necessidade de construção de uma teoria processual que viabilize a efetivação dos Direitos Fundamentais nesse novo contexto, passa-se a um exame perfunctório da Teoria do Processo como Relação Jurídica, típica da modernidade; passo necessário ao entendimento da Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório e da Teoria Neo-institucionalista, que fornecerão o substrato teórico deste relatório.

2 PROCESSO: DA RELAÇÃO JURÍDICA AO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO.

A Teoria do Processo como Relação Jurídica²⁹, estada nos postulados liberais, identifica por meio da distinção entre seus sujeitos, objetos e pressupostos duas espécies de relações jurídicas entre as partes; uma de natureza material e outra de natureza processual.

Desenvolvida por Oskar Von Bülow é a estrutura teórica que informou a confecção do Código de Processo Civil brasileiro e predomina até hoje, na chamada Teoria da Instrumentalidade do Processo.³⁰

O preceito fundamental dessa teoria é a autonomia do processo em relação ao direito material, que passa a ser visto como instrumento técnico-operativo que tem a função de realizar a ordem jurídica material, despido de qualquer conotação deontológica.

²⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.74.

²⁹ Historicamente verifica-se que uma série de escolas do pensamento jurídico tentaram explicar, cada qual a seu modo, a natureza jurídica do processo. Entre elas, Teoria do Processo como Contrato, Teoria do Processo como quase-contrato, Teoria do Processo como Situação Jurídica, que não serão abordadas no presente relatório, pois não se inserem na moldura teórica proposta.

³⁰ Conforme: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.76-77.

Rosemiro Pereira Leal³¹ salienta que Bülow, a partir da fixação da premissa da autonomia do processo, elabora os seus pressupostos de existência e desenvolvimento regular, tendo como ponto de partida a relação juiz, autor e réu. Dessa forma, a validade e a legítima constituição do processo se constituem em requisitos relativos ao juiz, autor e réu, que devem estar dispostos em lei processual.

No mesmo diapasão e raciocínio jurídico, para Chiovenda³² o ordenamento jurídico deve ser compreendido a partir de sua dualidade ontológica. O direito material que dita as regras abstratas que tutelam os bens da vida, e o direito processual a quem cabe a realização prática dessas normas.³³

Sendo assim, entende ser o processo uma unidade, que contém uma relação jurídica, definindo-o como "o complexo dos atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária".³⁴

Qualifica a relação jurídica processual como uma relação de direito público, autônoma e concreta. Dessa maneira, o processo é uma relação jurídica autônoma, pois mesmo não se evidenciando, ao final, no pronunciamento do juiz o direito alegado pelo autor, a relação processual existiu. É, também, uma relação jurídica complexa, pois comporta um conjunto de direitos e deveres relativos ao juiz, autor e réu, que se conectam em virtude do objetivo comum que é a realização do direito material.

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.76.

³² **Giuseppe Chiovenda** (1872-1937) jurista italiano, iniciou sua carreira ensinando nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e Roma. Sua contribuição deu-se principalmente na área do direito processual, sendo conhecido como um dos maiores expoentes da doutrina jurídica italiana. Defensor do princípio da oralidade processual, seus pensamentos foram referências importantes na elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1940. Juntamente com Francesco Carnelutti, em 1924 fundou e dirigiu a *Rivista di Diritto Processuale Civile*. In http://pt.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_Chiovenda <Acesso em 08/09/2008>

³³ Sobre isso: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.39.

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 37.

Liebman,³⁵ por sua vez, leciona que o processo é o meio de obtenção do provimento jurisdicional, ou seja, atividade mediante a qual se realiza a jurisdição e que:

(...) deve ser realçado que a pendência do processo determina a existência de toda uma série de posições e relações recíprocas entre seus sujeitos, as quais são reguladas juridicamente e formam, no seu conjunto, uma relação jurídica processual.³⁶

A conceituação de processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu reflete "a sujeição entre as partes pelo regime de direitos subjetivos, de conotação nitidamente voluntarista, em que o autor, no pólo ativo, exige do réu, no pólo passivo, cumprimento do direito de que se diz titular."³⁷

Na concepção de Liebman, a jurisdição consiste na atividade do juiz de julgar, ou seja, "valorar um fato passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (*fattispecie*)".³⁸

Importa frisar que é a partir desse conceito de jurisdição que se edificou da Teoria da Instrumentalidade, para a qual a jurisdição é instrumento para a

³⁵ Enrico Tullio Liebman, italiano, nasceu em 1903, na cidade de Leopoli. Graduou-se na Faculdade de Direito de Roma, onde teve como mestre Giuseppe Chiovenda. Ocupou a cátedra de *diritto processuale civile* da Universidade de Parma. Chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde apresentou idéias extremamente revolucionárias para a época. Seu pensamento influenciou inúmeros juristas brasileiros, tais como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Em virtude disso, costuma-se dizer que Liebman fundou uma verdadeira Escola - a Escola Processual de São Paulo. Tal Escola, por meio de um de seus mais destacados integrantes, o Prof. Alfredo Buzaid, foi a maior motivadora da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, buscou na obra e no pensamento de seu mestre o amparo para reformular institutos mal disciplinados no Código de 1939, assim como para introduzir institutos ou soluções até então estranhas ao sistema brasileiro. A prevalência do pensamento *liebmaniano* pode ser claramente percebida no Código de Processo Civil de 1973, em diversos momentos, como, por exemplo, na disciplina do julgamento antecipado do mérito (art. 330 do CPC), na equiparação da eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos títulos judiciais, no conceito que o Código fornece para a coisa julgada, definindo-a como imutabilidade da sentença, e não como seu efeito (art. 468 do CPC), bem como na adoção das três condições da ação propostas por Liebman (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido). In <http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10> <Acesso em 07/09/2008>.

³⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.40.

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.83.

³⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.4.

pacificação social, e o processo possui escopos metajurídicos na medida em que “deve-se tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso a ordem jurídica justa.”³⁹

O processo é, portanto, para os adeptos dessa doutrina uma relação jurídica com um fim teleológico, ou seja, “um instrumento a serviço da paz social”.⁴⁰

A afirmativa de que o processo é instrumento leva, inexoravelmente, a indagação acerca dos objetivos a serem perseguidos por esse instrumento.

Nesse diapasão Dinamarco ressalta:

Todo instrumento como tal é meio; e todo o meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.⁴¹

Ressalte-se, também, a distinção feita pela Teoria da Relação Jurídica, inclusive na sua vertente instrumentalista, entre as categorias processo e procedimento, este entendido como a “soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica (...)”.⁴² É, sob essa ótica, um conjunto organizado de atos que se sucedem, o meio pelo qual o processo se realiza. Diferentemente disso, o processo se define pela sua finalidade de exercício da jurisdição.

Conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas do processo da ordem legal do processo.

O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a

³⁹CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.44.

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 41.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.181.

⁴² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 321.

jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).

Uma dimensão de travessia para o novo paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito é apontada por Elio Fazalari, ao desenvolver a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, que passará a ser objeto de uma investigação perfunctória.

Aponta o autor que para chegar-se a noção de processo “devemos partir da norma jurídica para traçar algum perfil de teoria das formas (jurídicas): como constataremos, o processo é, de fato, uma de tais formas.”⁴³

Sob esse prisma a norma, no plano lógico-formal, consiste em um cânone de valoração da conduta. Estabelece a descrição de um comportamento e seus elementos e requisitos e o qualifica de lícito e devido. A conduta ilícita, por sua vez, configura-se pelo comportamento contrário ao prescrito na norma.

Logo, a ilicitude não está contida na abstração da norma, mas assume a forma de um comportamento valorado frente à situação concreta. “Ilícita é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas àquela concretamente mantida por um sujeito, de forma diferente do modelo de conduta devida (...)”.⁴⁴

A norma, como cânone de valoração, contém, freqüentemente, a indicação do pressuposto em presença do qual o comportamento previsto é submetido à valoração jurídica. Esse pressuposto, denominado por Fazzalari de *fatispécie*, pode ser um fato ou um ato, simples ou negocial.

Para o autor, a norma apresenta três perfis mais freqüentes: cânone de valoração, ato jurídico e posição jurídica subjetiva. A posição jurídica subjetiva precede ao cânone de valoração e antecede o ato jurídico, estabelecendo a conexão entre eles. Dessa maneira, antes que um sujeito pratique um ato jurídico denota-se a posição jurídica, que pode ser uma faculdade, um dever ou um direito, que assegura ao sujeito uma posição de vantagem que, por sua vez,

⁴³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p.76.

⁴⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. p.78.

é um direito subjetivo, uma "posição fundamental de segundo grau.

O procedimento, para Fazzalari, é uma das formas possíveis, pois é uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, uma seqüência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação todos os atos antecedentes colaboram.

A estrutura do procedimento, entendida como seqüência de normas, atos e posições subjetivas manifesta-se quando está-se diante de uma série de normas, cada uma delas reguladora de uma conduta e tendo como pressuposto de aplicação a cumprimento de atividade regulada pela norma anterior.

Na precisa observação de Fazzalari:

(...) o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade.⁴⁵

Tomando como ponto de partida a definição de procedimento e utilizando-se de um critério lógico de inclusão, Fazzalari esboça a concepção de processo como espécie do gênero procedimento, que se distingue pelo tratamento dispensado aos atores processuais que sofrerão os efeitos do ato final, e que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade.

Nas palavras de Fazzalari:

Se, pois o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento de sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos interessados (aqueles que aspiram a emanção do ato final – interessados em sentido estrito – aqueles que queriam evitá-lo, ou seja, os contra-interessados) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o contraditório, faz-se mais articulado e complexo e do genus procedimento é possível extrair a species processo.⁴⁶

Resulta claro, portanto, que o ponto de distinção entre as categorias processo e

⁴⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. p.117.

⁴⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. P 94.

procedimento é o atributo do contraditório, qualidade ontológica do primeiro.

Impende destacar a um dos pontos de discrepância entre Fazzalari e a Teoria da Relação Jurídica, que distingue o processo do procedimento pelo caráter teleológico do primeiro.

A adoção do critério teleológico implica reconhecer que o processo se define pelo seu fim, pois é instrumento pelo qual a jurisdição se realiza. O procedimento, por sua vez, é a sucessão lógica de atos, sem qualquer atributo finalístico.

Diferentemente, Fazzalari buscou um critério lógico de inclusão ao estabelecer que "o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório (...).⁴⁷

A concepção de processo como espécie do gênero procedimento implica, por decorrência lógica, conceber a existência de procedimentos em geral, que não se incluem na categoria processo.

Diante disso, apresenta-se necessária a identificação, dentro do próprio sistema jurídico, do elemento de distinção entre o gênero procedimento e a espécie processo: o contraditório. A pluralidade dos sujeitos é, portanto, indispensável, mas a característica diferenciadora está no modo de participação dos sujeitos no *iter* formador do provimento.

É nessa linha de raciocínio que Fazzalari pontua a estrutura dialética do processo:

Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. (...) É necessária alguma coisa mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.⁴⁸

A estrutura dialética do processo é outro traço distintivo entre a Teoria da

⁴⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. P 119.

⁴⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. P 119

Relação Jurídica e a do Processo como Procedimento em Contraditório. Enquanto para a primeira a existência de processo está ligada a um conflito de interesses, para a segunda só existirá processo em havendo o contraditório.

Essa é, precisamente, a lição de Fazzaroli:

A referência à estrutura dialética como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o processo como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou potência, um conflito de interesses (...). O conflito de interesses (ou modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexistia a possibilidade prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.

Importa ressaltar, neste momento, a crítica empreendida por Rosemiro Pereira Leal à Fazalari, ao pontuar que o contraditório não é atributo do processo, mas sim instituto constitucional:

Sabe-se hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto de Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo.⁴⁹

O paradigma do Estado Democrático de Direito, calcado na soberana vontade popular e na constitucionalidade democrática demanda a construção de novos parâmetros teóricos que vão informar uma nova teoria processual, objeto da próxima subseção.

2.3 Teoria Neo-institucionalista: o processo como Direito Fundamental

A construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado da pós-modernidade, a partir da integração dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos ao rol dos Direitos Fundamentais, da participação da sociedade no novo modelo de democracia e a explicitação dos conflitos sociais, demanda canais legítimos para integração e construção de novas sínteses e

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p. 81

consensos.

Vislumbra-se, dessa forma, o desenvolvimento de uma epistemologia adequada a essa nova realidade, de modo que as instituições, Princípios e Direitos Fundamentais formulados a partir dela possam ser efetivados no plano prático.

Na precisa observação de Rosemiro Pereira Leal:

A visão pós-moderna de Estado é que tem que nortear o estudo atual do PROCESSO sua autonomia jurídica na constitucionalização estrutural das Sociedades Políticas. As instituições, no pós-modernismo, não têm mais as características de complexidades teóricas ou fáticas não desatáveis pela reflexão humana, mas representam historicamente espaços de existência ou redes de relação de poder ao nível das funções estatais.⁵⁰

Sob tal premissa, fica evidente a inadequação da Teoria do Processo como Relação Jurídica, por ser notadamente calcada em postulados do Estado Liberal, em especial na autonomia da vontade, que inadmitte a existência de direitos sem sujeitos, estes considerados em posições antagônicas.

Também se afigura inadequada a Teoria da Instrumentalidade, pois o processo "não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito."⁵¹

Na lição de Calmon de Passos:

Sem o processo, não há o produto, e só enquanto há processo há produto. (...). Destarte, se o Direito é apenas depois de produzido, o produzir tem caráter integrativo, antes que instrumental e se faz tão substancial quanto o próprio dizer o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de sua produção, que sobre ele influiu em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, *nunca um definitivamente feito*.⁵²

Sob esse novo enfoque, o processo passa a ser instrumento democrático e *locus* de realização de Direitos Fundamentais. A relação processo-jurisdição deixa de

⁵⁰LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.48.

⁵¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.5.

⁵² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.24.

ser de meio e fim, para configura-se em uma relação de natureza integrativa.

Ainda com Calmon de Passos:

A relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção.⁵³

Nessa linha de raciocínio, Calmon de Passos apresenta seus conceitos operacionais para processo e procedimento:

Podemos, portanto, conceituar o processo como atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo procedimento com referido ao complexo dos atos juridicamente comandar de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos, e serve para a preparação de tomada de decisões, sejam administrativas ou jurisdicionais. Os procedimentos constituem, assim, *um sistema de interações* entre os poderes públicos e os cidadãos, ou entre unidades organizatórias públicas, como sugerido por Canotilho.⁵⁴

O paradigma teórico da processualidade, compatível com o Estado Democrático de Direito, que rompa com a visão liberal e a visão do bem-estar social implica, segundo Marcelo Cattoni, reconstruir a compreensão normativa do Estado como "institucionalização jurídica de canais de comunicação público-política sobre razões éticas morais, pragmáticas e de coerência jurídica."⁵⁵

Nesta ótica, Cattoni identifica a participação dos destinatários do provimento judicial como sendo o ponto crucial da processualidade contemporânea.

O autor propõe, então, investigar a natureza jurídica do processo à luz da

⁵³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.68.

⁵⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.79.

⁵⁵ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 178.

tese de Fazzalari⁵⁶, que entende procedimento como gênero do qual processo é espécie. Para tanto, inicia estabelecendo um conceito para procedimento:

Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. (...) Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela revisto.⁵⁷

Processo, para Cattoni, é procedimento discursivo e participativo, que garante a construção de uma decisão da qual participem os interessados, ou seja, aqueles cuja esfera jurídica o provimento possa alcançar:

O processo caracteriza-se como espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório.⁵⁸

Importa reconhecer, pois, o contraditório como o elemento definidor da existencialidade do processo. No entanto, o contraditório há, também, que ser qualificado pela simétrica paridade.

Significa dizer, portanto, que os destinatários do provimento jurisdicional devem não só participar de forma igualitária na sua preparação, como também ter consciência da forma pela qual nasceu o ato estatal que irá interferir em suas esferas jurídicas.⁵⁹

Vale, nesse contexto, referir a observação de Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Silveira Filho acerca do contraditório:

(...) o contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com

⁵⁶ A teoria de Fazzalari de processo como procedimento em contraditório foi tratada na subseção anterior.

⁵⁷ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 193.

⁵⁸ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 193-194

⁵⁹ Cattoni faz referência ao pensamento de Aroldo Plínio Gonçalves. Sobre isso: CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 199.

paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado.⁶⁰

Para a construção da Teoria Neo-institucionalista do Processo, Rosemiro Pereira Leal toma como ponto de partida o Estado Democrático de Direito:

Não há *Estado democrático de direito* pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância de uma *condição* jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito.⁶¹

Revela-se, com isso, que é a abertura do ordenamento que viabiliza a todos o "exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente."⁶²

O Estado na pós-modernidade, não é o todo do ordenamento jurídico, mas se articula com outras instituições,⁶³ entre elas a do processo, da cidadania e da soberania popular, de modo interdependente e num regime de subsidiariedade recíproca.

O processo é concebido como instituição regente e como pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de Direitos Fundamentais. A elaboração de seu conceito não prescinde do reconhecimento do "grau de autonomia jurídica como se desponha no texto constitucional, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e instituições de inerência universalizante

⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.76

⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 122.

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 171.

⁶³ 'As instituições, no pós-modernismo, não têm mais as características de complexidades teóricas ou fáticas não escartáveis pela reflexão humana, MS representam historicamente espaços de existência ou redes de relação de poder ao nível das funções estatais.' Sobre isso: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.48.

(...)”.⁶⁴

Cabe, nessa linha de raciocínio, apontar um ponto de clivagem entre a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, de Fazzalari, e a Teoria Neo-institucionalista do Processo.

Para a concepção de processo com instituição-eixo do sistema normativo e como espaço dialógico de construção e efetivação de direitos, não basta reconhecê-lo como um procedimento técnico-estrutural em contraditório entre as partes, como o faz Fazzaroli.

Assim é que não há processo nos procedimentos, quando ele não estiver prévia e institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, isonomia e do devido processo legal. Portanto, sem esta institucionalização de fundo constitucional, ainda que o procedimento respeite o contraditório, não há que se falar na existência de processo.

Sob a ótica neo-institucionalista, o processo é o *locus* de cidadania, instrumento democrático para estabelecimento de sentido no tempo e no espaço, conforme explana Rosemiro Pereira Leal:

A cidadania, como direitos e garantia fundamental constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.⁶⁵

Nesse sentido é inevitável retornar-se a Calmon de Passos que assinala que “o Direito é o que dele faz o processo de sua produção,”⁶⁶e aproximá-lo de Rosemiro Pereira Leal que aponta o processo como espaço discursivo de construção e realização de direitos:

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.49.

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.50.

⁶⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. p.68.

(...) a transição para a pós-modernidade reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico (...).⁶⁷

Diante disso, não é desarrazoado inferir que a realidade jurídica é, ontologicamente, dependente de uma constante testificação processual. "Portanto, a denominada lacuna da lei é o espaço jurídico de liberdade processual (...) e não um defeito caótico do direito escrito."⁶⁸

A adoção do balizamento teórico fornecido pela teoria institucional de produção processual do direito implica no enfrentamento da questão da legitimidade do ordenamento jurídico.

À construção kelseniana da norma fundamental⁶⁹ como fonte primeira da validade de todo ordenamento jurídico, das constituições editadas e daquelas que as substituírem, contrapõe-se um direito à produção processual permanente para legitimar a validade do direito vigente.

Dito de outra forma:

(...) é na perquirição da base produtiva do direito que se afere a legitimidade da norma aplicável e tal relevância só é questionável na estrutura do procedimento instaurado como espaço compartilhado de fiscalidade permanente da constitucionalidade do direito vigorante em instância das garantias processuais de ampla defesa, contraditório e isonomia.⁷⁰

Ao referir-se à legitimidade, Marcelo Cattoni ressalta que a tensão, inerente ao

⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 30.

⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 46.

⁶⁹ Kelsen entende por norma fundamental "aquela mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. (...). A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum." Sobre isso: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.217.

⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 68.

Estado Democrático de Direito, que se estabelece entre a "pretensão de legitimidade e a positividade do direito manifesta-se, no exercício da jurisdição, como um problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente."

A possibilidade de realizar essa dupla pretensão de legitimidade e de certeza da decisão é dada, por um lado, por meio da "reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto."⁷¹

Refere Marcelo Cattoni, também, que tanto a argumentação por meio da qual se dá a reconstrução do caso concreto, quanto determinação argumentativa da norma jurídica aplicável estão submetidas à garantia processual contraditório. Dessa forma, o contraditório "é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional."⁷²

A jurisdição, diferentemente do processo que se define em garantias principiológicas asseguradas na Constituição, "por si mesma não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo princípios fundamentais do Processo."⁷³

O processo, por reunir as garantias de liberdade e igualdade do homem no espaço discursivo procedimental é, também, instrumento de realização da cidadania⁷⁴, conforme anota Rosemiro Pereira Leal:

A cidadania, como direitos e garantia fundamental

⁷¹ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 198.

⁷² CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. P. 198.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.40

⁷⁴ Marcelo Cattoni salienta que cidadania deve ser compreendida com "sinônimo de titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos, capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de programas de políticas públicas, sem impor um único modelo de vida boa (...)". Sobre isso: CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. p. 178.

constitucionalizada, só se encaminha pelo Processo, porque só este reúne garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do Processo.⁷⁵

O processo como instituição jurídica constitucionalmente instituída e produtora de direitos subseqüentes é Direito Fundamental e instrumento de fiscalidade processual de reconstrução, revisão e reafirmação de outros Direitos Fundamentais.

Uma vez abordados esses referenciais teóricos que fornecem substrato à teoria neo-institucionalista do processo, adotar-se-á no presente relatório o seguinte conceito operacional para a categoria processo:

(...) Processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes, para estabelecer os critérios de *formação da vontade* (isonomia, contraditório, ampla defesa – direitos de 1 geração) e, a partir desta, promover o *exercício da vontade* assim formada (formalizada) para deliberação sobre diversas e diferentes *situações jurídicas* (direitos materiais) a serem criadas também discursivamente (*devido processo legislativo*) e transpostas para uma positividade normativa.⁷⁶

Cumprido o propósito de identificar o processo como espaço de concretização de Direitos Fundamentais, a partir da construção de um substrato teórico e da adoção de uma teoria processual pautada no referencial epistemológico da pós—modernidade, dedica-se o próximo capítulo a abordar os princípios constitucionais institutivos do processo.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, como projeto civilizatório, tem como finalidade a realização e a garantia dos Direitos Fundamentais, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material.

⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p.50

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 75.

Configura-se, dessa forma, como uma ordem objetiva de valores possuídos de caráter vinculante com relação a todos os poderes do Estado.

Como tradução de uma realidade circundante, esta forma de Estado aponta para a necessidade de superação do referencial teórico da modernidade, centrado na racionalidade científica e tendo como modelo de ciência aquele construído pelas ciências naturais, que confia no método como forma de legitimação da verdade.

Está-se, pois, diante de momento histórico de transição paradigmática e que requer uma nova epistemologia que forneça substrato teórico para a compreensão, fundamentação e legitimação das novas formas de organização político-social.

Impende, por conseqüência, construir uma nova *práxis* jurídica a partir de bases discursivas e da auto-inclusão processual de uma comunidade jurídica capaz de se instituir por si mesma, a partir do sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

Importa reconhecer, também, que sob essa ótica os Direitos Fundamentais são os pressupostos desse discurso juridicamente institucionalizado o qual, por sua vez, tem como finalidade a concretização desses Direitos estabelecidos pela vontade soberana da comunidade e constitucionalmente tutelados.

A Constituição, sob esse novo paradigma, deixa de ser um instrumento de garantia do cidadão contra o poder do Estado e passa a ser a expressão dos valores de uma comunidade e instrumento de realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto vetor axiológico das relações albergadas pelo Direito.

A adoção dessa premissa anuncia a necessidade de elaboração de uma teoria processual que respalde a compreensão do processo como instituição, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição deixa de ser um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas em que o Estado comparece como uma delas e com funções definidas.

GOBBATO, Ana Maria Borralho. O processo na pós-modernidade: locus de cidadania. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Diante disso, o ponto vital dessa nova ordem jurídica passa a ser a concretização dos Direitos Fundamentais em face da realidade; o que demanda, por sua vez, a busca de parâmetros hermenêuticos que venham a possibilitar a sua efetiva realização.

O processo como instituição jurídica constitucionalmente instituída e produtora de direitos subseqüentes é Direito Fundamental e instrumento de fiscalidade processual de reconstrução, revisão e reafirmação de outros Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio da e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superção democrática do Estado constitucional moderno**. *In* <[HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8276&p=2](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8276&p=2)>

¹CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e Pós-modernidade**. *In* http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf <Acesso em 02/09/08>

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GOBBATO, Ana Maria Borralho. O processo na pós-modernidade: locus de cidadania. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Edtora, 2002.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lênio e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Vol I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.