

## **PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO COMO CORRENTES COMPLEMENTARES NO PROCESSO<sup>1</sup>**

**Guilherme Machado Casali<sup>2</sup>**

### **Sumário**

Introdução; 1 A nova interpretação constitucional e o Papel do Judiciário; 2 Procedimentalismo e substancialismo e o Poder Judiciário; 3 Aplicações ao processo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

### **Resumo**

Este artigo visa demonstrar que há uma nova interpretação constitucional, baseada em princípios e na efetivação dos direitos fundamentais. Isto é uma consequência da evolução do positivismo para o neoconstitucionalismo. Neste contexto duas correntes são particularmente importantes no novo papel do Poder Judiciário: procedimentalismo e substancialismo. Por tal razão é que o processo deve ser interpretado como local de promoção do diálogo, do qual não se pode suprimir o contraditório. Especialmente no processo, o substancialismo e o procedimentalismo são correntes complementares pois assegurar os direitos fundamentais através do processo realizado em contraditório.

**Palavras-chave:** Procedimentalismo, Substancialismo, Processo

### **Resumen**

El presente artículo se propone demostrar la existencia de un nuevo modo de interpretar la Constitución basado en principios y en la eficacia de los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia de la evolución del positivismo al nuevo constitucionalismo. En este contexto dos corrientes son en particular importantes en el nuevo papel del judiciario: procedimentalismo y substancialismo. Por esta razón el proceso debe ser visto como un lugar para promover el diálogo, en el cual el contradictorio no puede ser suprimido. Sobre todo en el proceso judicial el procedimentalismo y el substancialismo son

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado para avaliação na disciplina Jurisdição e Processo do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – PMCJ, do Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC), linha de pesquisa: Hermenêutica e Principiologia Constitucional, Professora Orientadora: Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori. Gerente Jurídico do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Joinville – IPREVILLE (SC), professor do Instituto de Ensino Superior de Joinville – IESVILLE (SC). Endereço postal: Rua Senador Felipe Schmidt, 362, ap. 503 – B, Centro – Joinville/SC, Cep.: 89.201-440. Telefone: (47) 3423-2523. Endereço eletrônico: [casali@bigband.com.br](mailto:casali@bigband.com.br).

corrientes complementarias como ellos aseguran derechos fundamentales en un proceso judicial realizado en contradictorio.

**Palabras-clave:** Procedimentalismo, Substancialimo, Proceso

## **Introdução**

O objetivo deste artigo é identificar, a partir da nova interpretação constitucional, as correntes procedimentalista e substancialista elementos que contribuam para o processo. A escolha por este estudo foi provocada pelas discussões acerca destas correntes durante o desenvolvimento da disciplina Jurisdição e Processo do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – PMCJ, sendo instigado a analisar se as mesmas seriam contraditórias entre si, ou se seriam complementares.

Para tanto se buscará identificar a importância da nova interpretação constitucional que exigiu do Poder Judiciário uma nova postura, decorrente da superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, como local concretizador do Direito; valorizado ainda mais após a decadência do Estado de Bem-Estar Social. Neste novo papel do Poder Judiciário tem-se como fundamental o desenvolvimento das correntes procedimentalista e substancialista no momento da prestação jurisdicional. Diante desta perspectiva faz-se uma análise do processo e das conseqüências advindas. Finalmente, tenta-se instigar o leitor à observar as teses procedimentalista e substancialista não como teses conflitantes, mas como correntes complementares em tratando-se de processo, dentro do seu novo conceito.

## **1 A nova interpretação constitucional e o “Novo Papel do Judiciário”**

Para entender a evolução na interpretação da Constituição, é preciso entender, segundo ensina Marcelo Cattoni, que no paradigma liberal se divide a sociedade civil e a sociedade política (esfera privada e esfera pública), relegando ao Direito Positivo a função de “garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos

de cada indivíduo”<sup>3</sup>. Nesta ótica, também a Constituição possui compreensão específica (como instrumento de governo), concebendo o Estado de Direito (Estado Constitucional) como aquele cuja organização e limitação do poder político encontra-se na Constituição.

O Direito é uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo<sup>4</sup>.

Já, no Estado Social, que teve como marco a Constituição de Weimar, ainda que a Constituição mexicana lhe tivesse sido anterior no tempo, o paradigma muda de uma sociedade de indivíduos-proprietários para uma sociedade dividida em vários grupos, coletividades, classes, que se utiliza dos serviços do Estado como um cliente sendo, este último “agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’”<sup>5</sup>. A Constituição também passa a ter outros atributos.

A Constituição é o estatuto jurídico-político fundamental do Estado e da sociedade: organiza e limita os poderes do Estado e é “medida material da sociedade” (Hesse). A Constituição prescreve programas políticos, define procedimentos, estrutura competências<sup>6</sup>.

Após duras críticas que o Estado de Bem-Estar Social recebeu, sua superação deu-se pelo Estado Democrático de Direito, concebido como “uma organização política que possibilitaria a transição democrática ao socialismo”<sup>7</sup>. Assim, tratando da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afirma Marcelo Cattoni, que este estatuto teve a pretensão de superar as desigualdades por meio da “democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de se realizar um ideal de justiça social processual e

---

<sup>3</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 55.

<sup>4</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 57.

<sup>5</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 59.

<sup>6</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 60.

<sup>7</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 62.

consensualmente construído”<sup>8</sup>, mas que somente será possível se a sociedade civil estiver organizada e atuante emitindo uma opinião pública livre, acarretando no fortalecimento da esfera pública.

Para Luíz Roberto Barroso a Constituição de 1988 representou um marco de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, quando “o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente”.<sup>9</sup> Desta forma, para dar efetividade à Constituição, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional que está baseada nas cláusulas constitucionais que dependem dos elementos do caso concreto para produzir uma solução “constitucionalmente adequada” ao problema a ser resolvido, pois tais cláusulas possuem conteúdo aberto e principiológico, tendo como norte as idéias de justiça e a realização dos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Esta nova interpretação é decorrente de uma evolução de conceitos tradicionais agregando novas idéias exigidas por novas demandas, sendo decorrente do período chamado de pós-positivismo<sup>11</sup>. Nesta esteira Lenio Luiz Streck destaca a importância da viragem lingüística, onde “a linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo” e “o sentido passa a se dar na e pela linguagem”<sup>12</sup>. Segundo o autor, isto ocorre pelo fato de que o direito está inserto em “conteúdos necessários de ética pública e é inseparável da realidade social que organiza”

---

<sup>8</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 63.

<sup>9</sup> BARROSO, Luíz Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional*, p. 329.

<sup>10</sup> BARROSO, Luíz Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional*, p. 332-338.

<sup>11</sup> Para Luíz Roberto Barroso “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica e um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (BARROSO, Luíz Roberto (org.). *A nova Interpretação Constitucional*, p. 336).

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 154.

<sup>13</sup>, aduzindo que Peces-Barba “advoga um ‘positivismo crítico’, uma vez que considera evidentes as críticas à forma ultrapassada de positivismo”<sup>14</sup>.

Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar giro lingüístico-hermenêutico. [...] Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação.<sup>15</sup>

Na superação do positivismo Lenio Streck afirma que o neoconstitucionalismo possibilita o surgimento de “ordenamentos jurídicos constitucionalizados” caracterizados pela importante presença da Constituição “embebedora” que condiciona “tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”<sup>16</sup>

Com o advento do neoconstitucionalismo tem-se uma perspectiva paradigmática que reúne “um forte conteúdo normativo (Constituições ‘embedoras’) e possibilidades garantidoras de direitos a partir da jurisdição constitucional”<sup>17</sup>, levando a um novo olhar sobre o papel do Direito/Constituição “no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais)”.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 156.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 157.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 159.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 161.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 164.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 164-165.

Entretanto o positivismo permanece resistindo ao neoconstitucionalismo, fazendo com que o direito se transformasse “em uma mera instrumentalidade formal, deixando de representar uma possibilidade de transformação da realidade”<sup>19</sup>.

O positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na idéia de que é possível reduzir toda realidade jurídica ao direito positivo e a sua ‘correta’ aplicação. Para tanto, constrói um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível ‘armazenar’ na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares. É como se fosse possível construir uma teoria que contivesse aos mesmos potencialmente todas as verdades jurídicas<sup>20</sup>.

Desta forma, o combate ao positivismo se dá através da hermenêutica buscando modificar a visão da Constituição, que é vista pelo positivismo de forma “objetificada, como uma (mera) ferramenta a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa”<sup>21</sup>. Wernneck Vianna afirma que não se pode conceber a Constituição como “um texto de valor contingente e descartável segundo o imperativo das circunstâncias”<sup>22</sup>, destacando que “o princípio de justiça social fora infiltrado no direito privado mediante a criação do Direito do Trabalho, no Welfare State tal princípio passaria a fazer parte da Administração”<sup>23</sup>.

Para Marcelo Catttoni, a “renovada Teoria da Constituição” possui a tarefa fundamental de reconstruir os diversos temas do Direito Constitucional, levando em consideração o paradigma do Estado Democrático de Direito, para tanto deverá estar aberta a um só tempo:

---

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 171.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 181.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, p. 183.

<sup>22</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 15.

<sup>23</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 17.

(a) a uma *sociologia reconstrutiva*, que busca identificar, compreender e reconstruir os *fragmentos* e *vestígios* dos processos de racionalização social, cultura e subjetiva, bem como reconstruir os conteúdos jurídico-normativos que já se encontram inscritos, ainda que parcialmente, na facticidade social dos processos político-sociais; (b) a uma *filosofia prática pós-metafísica*, cuja tarefa consiste no esclarecimento do *ponto de vista moral* e do processo democrático, da análise das condições necessárias aos discursos e às negociações racionais.<sup>24</sup>

Esta Teoria da Constituição precisa estar no centro do sistema jurídica e “analisar a tensão interna entre positividade e legitimidade do Direito, reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e a aplicação desses”<sup>25</sup>, trazendo à tona a normatividade constitucional e destacando a principal função do Direito, que é de integração social, e, segundo Marcelo Cattoni, este enfrentamento somente será resolvido por seus “próprios membros, na medida em que instauram um processo em que se engajam na busca cooperativa de condições recorrente mais justas de vida”<sup>26</sup>. Para o autor a Teoria da Constituição precisa mudar a visão interna do Direito para “complementá-lo através do diálogo com as teorias da sociedade e com as teorias políticas, a fim de que possa ultrapassar as abordagens tradicionais acerca da efetividade do Direito Constitucional”.<sup>27</sup>

Destaca-se, neste momento, o novo papel que o Poder Judiciário assume, passando a atuar como “única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”<sup>28</sup>, sendo investido “pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’”<sup>29</sup>, surgindo “como uma

---

<sup>24</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 176.

<sup>25</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 177.

<sup>26</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 177.

<sup>27</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 179.

<sup>28</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 20.

<sup>29</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 21.

alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania”<sup>30</sup>.

Na perspectiva do Estado Social, Marcelo Cattoni afirma que compete ao juiz “uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada `a Justiça no caso concreto”<sup>31</sup>.

O novo papel – valorizado – do Poder Judiciário também decorre da “decadência do Welfare State, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade”<sup>32</sup>.

Dois eixos distintos influenciam diretamente na postura do Poder Judiciário, quais sejam, o substancialismo e o procedimentalismo. Gilberto Bercovici em seu artigo “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro” afirma que

O grande debate constitucional trava-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade.<sup>33</sup>

E é justamente a contribuição que este debate sugere ao novo papel do Poder Judiciário que se pretende explicitar a seguir.

## **2 Procedimentalismo e substancialismo e o Poder Judiciário**

Lenio Luiz Streck afirma que a tese procedimentalista – em especial pelo pensamento de Jürgen Habermas – “critica com veemência a invasão da

---

<sup>30</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 22.

<sup>31</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 61.

<sup>32</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

<sup>33</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro*, p. 37.

política e da sociedade pelo Direito [...] utilizando-se [...] da interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso.”<sup>34</sup>, propondo uma democracia constitucional fundamentada em “procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”<sup>35</sup>. Por outro lado, o modelo substancialista “trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social”<sup>36</sup> como resultado de um processo constituinte<sup>37</sup>. Mas é justamente na atuação do Poder Judiciário que se percebe a dimensão que esta discussão assume.

Trazendo as lições de Luiz Wernnek Vianna, tem-se para o eixo substancialista, é por meio da criação jurisprudencial do direito que “as novas relações entre direito e política [...] seriam tomadas como, além de inevitáveis [...], favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.”<sup>38</sup>

Já no eixo procedimentalista a “invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa”<sup>39</sup>. Neste sentido “a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado”<sup>40</sup>.

Na visão procedimentalista de Garapon, segundo Wernneck Vianna

O Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como

---

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) Crise*, p. 41.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) Crise*, p. 43.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) Crise*, p. 45.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) Crise*, p. 46.

<sup>38</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 24.

<sup>39</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 24.

<sup>40</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

palco da vontade geral, a depreciação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem<sup>41</sup>.

Marcelo Cattoni, trazendo os ensinamentos de Habermas, destaca que a passagem das sociedades arcaicas da pré-modernidade para as sociedades diferenciadas da modernidade é decorrente de um processo de racionalização social, cultural e da personalidade e dos subsistemas sociais do Estado fazendo surgir o conceito de indivíduo. Neste ambiente o direito assume a função de realizar a integração social mediante o entendimento mútuo entre os sujeitos. As leis, assim, representam as expectativas normativas dos indivíduos de terem asseguradas e compatibilizadas as liberdades subjetivas. Tais leis são legitimadas justamente pelo princípio da soberania popular, fazendo com que o Direito supere o caráter metafísico (das crenças imemorais e das leis divinas) da justificação através da *"força da ação comunicativa socialmente integradora"*<sup>42</sup>.

Ainda na esteira de Habermas e sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia busca-se reconstruir o potencial democrata pela própria autocompreensão da modernidade<sup>43</sup>, fundamentando inclusive a substância dos direitos humanos, baseados na soberania do povo, inscrevendo-os na prática de *"autodeterminação democrática dos cidadãos"*<sup>44</sup>. Desta forma *"os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir"*<sup>45</sup>, que segundo Habermas compreende *"direito a iguais liberdades subjetivas, direito a iguais direitos de pertinência, direito à tutela jurisdicional, direito à elaboração legislativa autônoma"*<sup>46</sup>. Assim, a legitimidade do *"Estado Democrático de*

---

<sup>41</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 26.

<sup>42</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 52.

<sup>43</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 64.

<sup>44</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 68.

<sup>45</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 70.

<sup>46</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 71-72.

*Direito, reside em garantir esses direitos”<sup>47</sup>, sendo que “o princípio da soberania popular constitui o elo de ligação entre o sistema de direitos e a construção de um Estado Democrático de Direito”<sup>48</sup>. Neste passo, para a criação de leis, os direitos de comunicação e de participação de forma livre e cidadã são centrais, de tal forma que “a democracia não comportaria a judicialização da política, mesmo em suas formas abrandadas, como na interpretação construtivista do direito à Dworkin”<sup>49</sup>.*

No paradigma procedimental de Habermas observa-se o papel ativo do cidadão, em que “uma cidadania ativa estaria, assim, investida da capacidade de regular a si própria”<sup>50</sup>. Deste modo a função da Corte “seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político”<sup>51</sup>

Por outro lado, aos substancialistas, o Judiciário deveria se comportar como guardião dos princípios e valores fundamentais, ocorrendo o “redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas”<sup>52</sup>, sem incorrer em ofensa à tradição democrática.

Mauro Cappelletti esclarece que

O fato de o caráter democrático dos processos legislativo e executivo ser submetido a limitações e condicionamentos reais, freqüentemente inevitáveis, não justificaria, na verdade, a conclusão de que não se deve fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa, e de que isso não

---

<sup>47</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 72.

<sup>48</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 73.

<sup>49</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 28.

<sup>50</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 29.

<sup>51</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 29.

<sup>52</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 32.

se deva fazer por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.<sup>53</sup>

Em Dworkin o “paradigma é o da ação de Hércules, tipo-ideal no qual resenha sua opção teórica pelo construtivismo”<sup>54</sup>. Entretanto o juiz Hércules não é “um personagem dedicado a impor um padrão abstrato, extraído da razão, ao mundo real – seu é o território concreto da sua democracia, da sua Constituição e da sua cultura política”<sup>55</sup>.

No eixo substancialista observa-se que

A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve estar constringida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política. O juiz, por meio da sua decisão em um hard case, que necessariamente transita por uma reconstrução dessa história, deve levar à frente, em um processo do tipo preservar-mudando, o direito real, contemporâneo. Não são, conseqüentemente, os valores pessoais do juiz que devem pesar na hora da interpretação, momento de reconstrução-construção em que se selecionam, em um esforço moral e intelectual heróico, os princípios que, presentes em sua cultura política, melhor justificam as doutrinas e o sistema jurídico, concretizando-os, então, no seu julgamento do caso concreto. O suposto inarredável desse construtivismo seria o de que a ordem jurídica, na forma do comentário de Habermas sobre Dworkin, contenha algum fragmento de razão, que permita aos indivíduos, em uma dada comunidade de direito, se reconhecerem como livres e iguais<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.96, *apud*, WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 34.

<sup>54</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 35.

<sup>55</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 36.

<sup>56</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 40.

Marcelo Cattoni afirma que a dificuldade de universalizar os Direitos Fundamentais e de dar legitimidade às decisões políticas o "Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático"<sup>57</sup>.

Com a premente necessidade de implementação dos Direitos Fundamentais o Judiciário tornou-se o "único lugar de defesa do cidadão e das empresas."<sup>58</sup> sendo recorrentes discursos de normas programática e de não aplicabilidade. Mesmo assim a "articulação da sociedade civil [...] fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário, surgindo no Brasil a figura da 'Judicialização da Política'"<sup>59</sup>.

Destaca-se a "relevância argumentativa do Sistema Garantista (SG) e sua pretensão de garantia dos princípios e regras de Direitos Fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria, uma vez que permitem o controle jurisdicional dos ditos 'atos administrativos discricionários'."<sup>60</sup>

### 3 Aplicações ao processo

O processo já não deve mais ser interpretado como o mero instrumento onde a jurisdição se opera através da relação jurídica entre autor, Estado-juiz e réu. Através de uma "perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia"<sup>61</sup>, Marcelo Cattoni afirma que "procedimento é gênero do qual o processo é espécie"<sup>62</sup>. Neste sentido afirma o autor:

Procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais. Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara. Mas o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento, ele possui uma característica

---

<sup>57</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 177.

<sup>58</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 242.

<sup>59</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 243.

<sup>60</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 243.

<sup>61</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 192-193.

<sup>62</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 193.

fundamental, na forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem. Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos situações jurídica 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 previsto.

O processo caracteriza-se como uma 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. Contraditório, mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.<sup>63</sup>

O exercício da jurisdição é a manifestação da tensão interna da pretensão entre legitimidade e positividade do Direito, evidenciando-se no procedimento decisório,<sup>64</sup> o processo não significa o mero esgotamento da prestação jurisdicional através da sentença. É necessário que, através de uma atividade dialógica, o que Habermas<sup>65</sup> trata de razão comunicativa, o processo seja local de diálogo, de interação lingüística. Este processo de construção dialógica ajuda as partes aceitem a decisão como justa, efetivando inclusive o processo democrático. Afirma, categoricamente, Marcelo Cattoni, que “onde houver procedimento que se realiza em contraditório, haverá processo”<sup>66</sup>.

Anthony Giddens, destaca a democracia dialógica como “um processo ao qual poderíamos nos referir como a democratização da democracia” e isso se daria através de uma maior transparência do governo, e de outras arenas não apenas política, sendo estimulada em outros contextos, com “o desenvolvimento das relações pessoais nos quais a confiança ativa é

---

<sup>63</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 193-194.

<sup>64</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 197.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1 p. 27.

<sup>66</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 207.

mobilizada e sustentada por meio da discussão e do intercâmbio de idéias, e não por um poder arbitrário”; bem como por meio das atividades de grupos de auto-ajuda e movimentos sociais abrindo “espaços para o diálogo em público com relação aos assuntos pelos quais se interessam”<sup>67</sup>.

Enfim, destacando esta necessária modificação da identificação do processo, observa-se que a forma pela qual o julgador se posicionará diante dos dois eixos propostos por Wernneck Vianna<sup>68</sup>, influenciará significativamente na tomada de decisão, pois, segundo Alexandre Moraes da Rosa, é impossível se ter um “sujeito único, pasteurizado de valores”<sup>69</sup>, já que inevitavelmente, também o juiz assume valores. A adoção de uma atuação procedimentalista ou substancialista modifica as “condicionantes da decisão final”<sup>70</sup>. Ainda que Alexandre Rosa adote uma postura substancialista – invocando uma “Constituição Penal Dirigente”<sup>71</sup>, o mesmo autor afirma que:

As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são) não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes e necessariamente, uma oxigenação constitucional.

Neste caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva de contraditório consiste em sua característica fundamental. Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do contraditório, implicando a modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira. [...]

---

<sup>67</sup> GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*, p. 24-25.

<sup>68</sup> Entre *procedimentalistas* (propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular) e *substancialistas* (defendem a concretização dos *Direitos Fundamentais* constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário) como sustentado anteriormente.

<sup>69</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 249.

<sup>70</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 252.

<sup>71</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 252.

Destarte, até a decisão final, o procedimento, apesar de guardar uma unidade, deve ser visto como uma sucessão de atos jurídicos determinados por normas que regulamentam a maneira pela qual se dará a seqüência de atos e posições jurídicas: "O procedimento não é a atividade que se esgota no cumprimento em um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas". É a perfeita vinculação das etapas antecedentes que legitima o procedimento como condição preparatória ao provimento final".<sup>72</sup>

Desta forma, ainda que aparentemente contraditórias, as teorias substancialistas e procedimentalistas, tratando-se especificamente da prestação jurisdicional, não devem significar teorias necessariamente que serem mutuamente excludentes. Isto porque, como afirma Marcelo Cattoni, "nem sempre o processo jurisdicional é garantidor de direitos materiais, pois nem sempre a Jurisdição deverá tutelar ou atuar um direito"<sup>73</sup>, e ainda assim o processo terá se desenvolvido utilmente. Ou seja,

Normas de Direito Processual institucionalizam o processo de decisão judicial de tal modo que o julgamento e a sua fundamentação possam ser considerados o resultado de um jogo argumentativo governado por um programa específico.<sup>74</sup>

Conceitua, Marcelo Cattoni, processo como sendo o "procedimento discursivo, participativo, que garante a geração e decisão participativa"<sup>75</sup>.

## **Conclusão**

Em conclusão, tem-se com bastante cautela a exigência de assumir-se aliado a uma corrente procedimentalista ou substancialista da Constituição quando se tratar do papel do Poder Judiciário no momento da prestação jurisdicional. Pois, ainda que se entenda que o substancialismo imponha ao judiciário "uma

---

<sup>72</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*, p. 259-261.

<sup>73</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 200.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT, 1996, p. 234-235, *apud* CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 197.

<sup>75</sup> CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 198.

postura intervencionista longe da postura abstentísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista<sup>76</sup>, tal não pode suprimir do próprio processo a sua característica dualista, de local de diálogo entre as partes. Mecanismos específicos que impeçam esta possibilidade do exercício do contraditório, ainda que por vezes, no caso concreto, possam se revestir de uma aparente solução substancialista, não podem ser aceitos num Estado Democrático de Direito, mesmo venham sob o discurso de celeridade processual.

Aliás, deve-se ter cuidado ao pretender a celeridade processual a qualquer custo. Em verdade, esta análise economicista do processo, tem origem a partir da agenda teórica do realismo jurídico norte-americano<sup>77</sup>, e não parece ser compatível com o princípio democrático. Isto porque, em nome de uma suposta eficiência na atividade estatal, incluindo-se a prestação jurisdicional, não se pode excluir a análise da eficácia dos direitos fundamentais. Neste esteira Flávio Gladino afirma que “a questão central na análise econômica do direito será a eficiência econômica ou, mais precisamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do Direito.”<sup>78</sup> Impossível curvar-se a esta ótica econômica do Direito, não se pode aceitar que sobre o pretexto de maximizar a eficiência do Direito, e da prestação jurisdicional, excluam-se direitos fundamentais como o do devido processo legal e o do contraditório.

De outra monta, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais também está presente. Assim, antes mesmo de assumir um compromisso com uma ou outra corrente interpretativa da Constituição, não há como negar o reconhecimento do processo judicial como momento do exercício institucionalizado do diálogo perante o Estado-Juiz, e este exercício não deve ser suprimido, sob pena de, sem a formação do contraditório, não poder ser reconhecido como processo.

---

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise*, p. 50.

<sup>77</sup> GLADINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*, p. 240.

<sup>78</sup> GLADINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*, p. 242.

Por tal razão é que se conclui com as palavras de Marcelo Cattoni que afirma não poder se opor ao Poder Judiciário como local de garantia de direito "pois é através do processo jurisdicional realizado em contraditório entre as partes, juntamente com o juiz ou tribunal autor do provimento, que o provimento jurisdicional é emitido e a função jurisdicional é exercida"<sup>79</sup>.

### **Referência das fontes citadas**

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun., 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_142/r142-06.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_142/r142-06.PDF)>. Acesso em 18 setembro de 2006.

BARROSO, Luíz Roberto (org.). **A nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

GLADINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siedeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

---

<sup>79</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 199.