

## Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional

Luiz Guilherme Marinoni\*

**Resumo:** O presente estudo parte do problema da crise do conceito de relação jurídica para analisar o problema da legitimidade no âmbito processual, sob uma perspectiva crítica, constitucional e dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Processo civil; Relação jurídica processual; Legitimidade do procedimento; Direitos fundamentais; Estado constitucional

**Sumário:** 1. A crise do conceito de relação jurídica processual; 2. A legitimação pela participação no procedimento; 3. A legitimidade do procedimento; 4. A universalidade do acesso à jurisdição. A importância do procedimento; 5. A participação através do procedimento; 6. O processo e a legitimidade da decisão; 7. A legitimidade da decisão a partir dos direitos fundamentais, a otimização da participação popular no procedimento e a argumentação judicial; 8. A argumentação como fator de legitimação; 9. O processo como procedimento adequado aos fins do Estado constitucional.

**Abstract:** The present study starts from the problem of the crisis of the concept of legal relation to analyse the problem of legitimacy in the proceeding scope, under a critical, constitutional and (of fundamental rights) perspective.

**Key-words:** Civil process; Proceeding legal relation; Legitimacy of the procedure; Fundamental rights; Constitutional State.

**Summary:** 1. The crisis of the concept of proceeding legal relation; 2. The legitimacy by the procedure participation; 3. The legitimacy of the procedure; 4. The universality of the access to jurisdiction. The importance of the procedure; 5. The participation through the procedure; 6. The process and the legitimacy of the decision; 7. The legitimacy of the decision starting from the fundamental rights, the optimization of the popular participation in the procedure and the judicial argumentation; 8. The argumentation as a legitimacy factor; 9. The process as a proper procedure to the ends of the constitutional state.

### 1 A Crise do Conceito de Relação Jurídica Processual

A teoria da relação jurídica processual, construída no final do século XIX, à época em que a doutrina se empenhava em evidenciar a autonomia do direito processual, ainda é adotada pela imensa maioria dos processualistas, brasileiros e estrangeiros da família do direito continental europeu.

Não obstante, é exatamente a adoção dessa teoria, tomada como base para a construção do direito processual moderno, que hoje deve ser questionada, ao menos

\* Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba e em Brasília.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

quando identificada nos moldes do direito liberal, o que é absolutamente comum entre os juristas do direito processual civil.

Na verdade, é preciso perceber que tal teoria não só é insuficiente como também é prejudicial à compreensão da riqueza do conteúdo do processo no Estado constitucional.

O conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida. A teoria de Bülow, ao sistematizar uma relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística.<sup>1</sup>

A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens.

Nessa altura, vale a pena reproduzir o que diz Wassermann, no direito alemão contemporâneo, a respeito da influência do conceitualismo sobre o processo civil do Estado liberal clássico: “Característico para o enraizamento do Código de Processo Civil (ZPO) no pensamento liberal do Estado de Direito burguês foi, definitivamente, o nível de abstração, sobre o qual aquele se determinou. *O conceitualismo e o nível de abstração que foram característicos do Direito civil da época, transpassaram também ao CPC.* É naturalmente correto apontar que, no CPC, a arte da legislação altamente formal - como aquela que formou posteriormente o Código Civil (BGB) - ainda não havia sido alcançada. Mas aqui não se trata disto. Decisivo é que a lógica analítica e formal, a qual apartou o CC de suas referências sociais, cunhou também o CPC. Toda criação jurídica deve ser abstrata; a pergunta, por conseguinte, não é o “que” se deve abstrair, mas sim “de que” se deve abstrair. *Aqui se encontra a realidade, a qual se pretende manter afastada. As circunstâncias da vida das partes, em princípio, não interessam, bem como o rol social, no qual o conjunto das relações sociais se forma. Para o direito processual a parte somente é existente em seu rol processual. O postulado da justiça limita-se à igualdade de tratamento formal perante a lei. Raramente - por exemplo em matérias ligadas à assistência judiciária gratuita a indigentes - é aberta uma ‘fresta’ neste sistema altamente formal, a qual estabelece ao menos uma parcial ligação com a realidade social”.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

<sup>2</sup> Rudolf Wassermann. *Der soziale Zivilprozess*. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 45.

O esquema da relação jurídica processual - cuja figura central é a jurisdição -, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder. Ou seja, a abstração e neutralidade do conceito de relação jurídica processual é suficiente para esconder qualquer vontade estatal.<sup>3</sup>

Acontece que nenhum Estado é neutro. Ao contrário, todo Estado tem fins e projetos, que devem ser realizados a partir dos seus valores. Porém, esta obviedade era desconsiderada pelo conceito pandectístico de relação jurídica processual.

Nessa época, aliás, não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios substanciais de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear a intenção do poder.

Por outro lado, a mesma neutralidade do conceito de relação jurídica processual ou o seu desligamento da vida concreta, caracterizando uma espécie de dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes, retira do legislador - na instituição das normas processuais - e do juiz - quando da sua aplicação - qualquer responsabilidade em relação à idoneidade da participação das partes perante o Estado-Juiz, obrigando-lhes, na verdade, a ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade.

Como a cientificidade do conceito de relação jurídica processual esconde a "cara" da parte, ignorando que o processo civil incide sobre uma realidade social, a partir dela não há como pensar em legitimidade da jurisdição com base na efetividade da participação das partes na formação da decisão. A idéia de legitimidade do exercício do poder pressupõe a de efetividade da participação e, essa última, a consideração de aspectos sociais, *que fazem parte da vida da pessoa que vai a juízo*, designados pela doutrina que se preocupou com a questão do acesso à justiça como obstáculos sociais que podem comprometer a efetividade do direito de acesso à ordem jurídica justa.<sup>4</sup>

Na verdade, o conceito de relação jurídica processual é avesso ao de *legitimidade*, seja de *legitimidade* pela participação no procedimento, de *legitimidade* do procedimento e de *legitimidade* da decisão. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão.

O conceito de relação jurídica processual sequer admite a pergunta a respeito da legitimidade do procedimento (do módulo legal) e da legitimidade da decisão, uma

<sup>3</sup> Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites. cit.*, p. 46; Daniel Mitidiero. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 141 e ss.

<sup>4</sup> V. Luiz Guilherme Marinoni. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000, 4ª ed., pp. 29 e ss.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

vez que a idéia de legitimidade a partir dos direitos fundamentais simplesmente não existe em um sistema de conceitos que prima pela abstração e pela neutralidade.

Como é óbvio, a crítica que ora se faz à noção de relação jurídica deve ser compreendida em uma perspectiva histórica, isto é, em uma perspectiva que faça ver a ligação do conceito jurídico com os valores do seu momento histórico. É evidente que se pode dizer que a relação jurídica, hoje, pode se abrir a isto ou àquilo outro, ou pode captar a realidade social. Porém, o que se deve deixar claro é a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado constitucional.

A crítica à teoria da relação jurídica processual, portanto, volta-se à sua assimilação neutra e descompromissada com a realidade da vida do homem, isto é, da parte, e à sua transparência em relação à legitimidade do poder, do procedimento e da própria decisão.

O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada.

O processo, como instrumento através do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve ser focalizado sob diversos ângulos, todos eles imprescindíveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo.

A legitimação pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da *jurisdição* e a efetividade da participação das *partes*, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.

Contudo, a participação das partes no procedimento, embora importante, é insuficiente para garantir a legitimidade da jurisdição. A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. Esse direito incide sobre o legislador, obrigando-o a instituir procedimentos idôneos, assim como sobre o juiz, especialmente em razão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto. Ou seja, a legitimidade da jurisdição, inclusive para que lhe seja possível tutelar os direitos, exige a compreensão de que o processo deve se mostrar apto à tutela do direito material. O processo, nessa perspectiva, exige mais um *plus* em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual.

Mas é necessário ainda mais. Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo a ainda necessária a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, devendo ser dito ilegítimo, nessa linha, o procedimento que restringe as alegações do réu, no que toca ao direito material, em desatenção aos direitos fundamentais – não apenas processuais, como o direito ao contraditório-, mas sim materiais.

É que a necessidade de tutela do direito material – e assim a adequação procedimental nessa perspectiva – pode se mostrar dúbia quando não relacionada com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais de justiça. As necessidades do direito material, para legitimarem a restrição às alegações do réu, devem guardar consonância com a substância dos direitos fundamentais. A legitimidade material dos procedimentos diferenciados, particularmente dos procedimentos delineados pelo legislador mediante restrições às afirmações que o réu poderia fundar no direito material, é dependente dos direitos fundamentais materiais.

Porém, a legitimidade da jurisdição não advém somente do que lhe é externo, isto é, da efetiva participação daqueles que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão em suas esferas jurídicas, bem como da adequação diante do direito material e legitimidade perante os direitos fundamentais do instrumento – do procedimento – que lhe permite exercer o poder. Ou seja, a legitimidade da jurisdição não depende apenas da legitimidade da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento através do qual atua, mas também da legitimidade da sua própria decisão.

A legitimidade da decisão, para alguns, como os seguidores da teoria de Luhmann, não se apresenta como uma questão autônoma. Para esses é viável apenas discutir o problema da legitimação da jurisdição, já que não há objetividade possível em questões normativas. Nesse contexto, o problema da legitimidade da decisão é consumido pelo da legitimação através do procedimento.<sup>5</sup>

Porém, não há como negar que uma das questões mais importantes para a teoria do direito contemporânea é a da legitimidade da decisão jurisdicional, especialmente quando o juiz confronta a lei infraconstitucional diante dos direitos fundamentais, tarefa que lhe é imprescindível no Estado constitucional. Entra aí o problema da legitimidade da afirmação jurisdicional dos direitos fundamentais para controlar as leis editadas pelo parlamento ou, em outras palavras, o problema da legitimidade da decisão do juiz em face da decisão tomada pelos representantes da maioria.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. (tradução de Maria da Conceição Côrte-Real), Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

<sup>6</sup> V. Roberto Gargarella. *La Justicia frente ao Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. Barcelona: Ariel, 1996.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Embora sobre a questão controvertam no mínimo três grandes correntes de pensamento, isto é, os textualistas,<sup>7</sup> os procedimentalistas<sup>8</sup> e os substancialistas,<sup>9</sup> cada uma dando sua solução ao problema da legitimidade da decisão, parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão esteja legitimada pelos direitos fundamentais.

Seria possível dizer que essa última questão não diz respeito ao processo, mas apenas à decisão, devendo ser considerada tão somente em uma “teoria da decisão”. Acontece que a decisão é o ato máximo de positivação do poder jurisdicional, isto é, a razão do seu acontecimento e desenvolvimento. O processo, ao culminar em decisão que coloca o direito fundamental em confronto com a lei infraconstitucional -, requer abertura à participação e observância de desenvolvimento argumentativo peculiares, inclusive do próprio juiz. Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legítima, não constitui instrumento idôneo ao Estado constitucional.

O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais -, e ainda produzir uma decisão legítima.

### 2 A Legitimação pela Participação no Procedimento

No procedimento participam o juiz e as partes. O juiz exerce o poder jurisdicional, enquanto que as partes são atingidas pelos seus efeitos, particularmente pelos efeitos da decisão final, que constitui a expressão mais importante do exercício do poder pelo juiz.

É evidente que esse poder deve ser legítimo. Porém, a questão da legitimidade da decisão não é algo pacífico. Se a decisão deve estar de acordo com os direitos fundamentais e o juiz tem o dever de negar aplicação à lei que com eles se choca, o problema está em como delinear o conteúdo substancial desses direitos - cujas normas têm textura aberta e indeterminada - ou os valores que não estão presentes nas leis infraconstitucionais.

<sup>7</sup> Akhil Reed Amar. *Intratextualism*, *Harvard Law Review*. vol. 112, 1999, pp. 747, 827; Antonin Scalia. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

<sup>8</sup> Jürgen Habermas. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT, 1998; John Hart Ely. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 147; Ronald Dworkin. “Integrity in Law”. *In Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986; Ronald Dworkin. *Freedom’s law*. Oxford: Oxford University Press, 1996; Laurence Tribe. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; Laurence Tribe e Michael Dorf. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

Há quem entenda que não há como pensar em legitimidade da decisão, uma vez que não existe objetividade possível em questões normativas, e há quem - embora admitindo o problema da legitimidade da decisão - suponha que a decisão só pode ser racionalmente avaliada a partir de critérios procedimentais. Para os primeiros é possível falar apenas em legitimação pelo procedimento, e não em legitimidade da decisão. Para os últimos, embora seja viável aludir a legitimidade da decisão, essa legitimidade dependeria da observância de um procedimento em que fossem observadas as condições asseguradoras da correção do seu resultado. De qualquer forma, enquanto os primeiros falam somente em legitimação, os últimos admitem que a legitimidade decorre da observância do procedimento, isto é, que a decisão é legítima quando são observadas as premissas e as características do procedimento, especialmente a participação.

Quando a legitimidade da decisão não importa, há apenas legitimação do exercício do poder pelo procedimento. Mas, no caso em que se entende que a decisão deve ser legítima, a observância das regras do procedimento é imprescindível para se ter uma decisão legítima. Apenas nesse último caso, e não no primeiro, é que importará saber se a observância do procedimento é capaz de assegurar uma decisão justa ou conforme o conteúdo material dos direitos fundamentais.

A ênfase à participação no procedimento tem o objetivo de legitimar a decisão.<sup>10</sup> A participação deve dar às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os seus resultados. Numa palavra: a parte deve ter a oportunidade de demonstrar as suas razões e de se contrapor as razões da parte contrária.

Além disto, a parte tem o direito de assistir às audiências e aos julgamentos, além de exigir a adequada fundamentação das decisões. É nesse sentido que se diz que a participação, além do direito de influir sobre o convencimento do juiz e de se opor ao adversário, requer a publicidade dos atos processuais e a fundamentação das decisões.

<sup>10</sup> O conceito de legitimidade pela participação não se resume à simples influência das partes na formação da decisão; os autores que defendem esse enfoque procedimental geralmente destacam o aspecto dialógico (Fiss) ou discursivo (Alexy) da participação das partes no processo judicial. Isso significa que o processo não é visto como um cenário onde as partes deduzem suas preferências, tentando obter o máximo de benefício para os seus interesses particulares. O que as partes e o juiz perseguem é o entendimento orientado por "boas razões", a busca de uma perspectiva imparcial, capaz de considerar respeitosamente os pontos de vista de todos os participantes. Nesse sentido é que a justificação de uma decisão jurisdicional deve ser dotada de ao menos duas características acentuadas por Owen Fiss (*The forms of justice, Harvard Law Review*, v. 93, 1979, p. 13): "A primeira é que uma razão não pode consistir numa preferência, seja uma preferência dos litigantes, do corpo político, ou do juiz. O enunciado 'eu prefiro' ou 'nós preferimos' no contexto de uma decisão judicial, distintamente do de uma decisão legislativa, constitui meramente uma explicação, não uma justificação. Segundo, a razão deve de algum modo transcender as crenças pessoais, transitórias, do juiz ou do corpo político em direção àquilo que é correto ou justo".

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça.

Por outro lado, a fundamentação ou a motivação é imprescindível para garantir a adequada consideração das alegações e das provas produzidas. O juiz deve demonstrar, na fundamentação, a origem e as razões da sua convicção quanto aos fatos, bem como evidenciar os seus raciocínios em relação às provas e aos fundamentos jurídicos, assim como esses raciocínios se interpenetraram quando do raciocínio “decisório”.<sup>11</sup> A fundamentação ou a motivação, portanto, igualmente garante a justiça da decisão.

Perceba-se, porém, que o contraditório, a publicidade e a motivação são, antes de tudo, garantias de um processo justo, e apenas nessa dimensão garantem a justiça da decisão. Tais garantias processuais de justiça, ao lado da garantia de imparcialidade do juiz, são imprescindíveis ao “devido processo legal” ou a um “procedimento legal”. É apenas como conformadoras do devido processo legal que garantem a justiça da decisão.

### 3 A Legitimidade do Procedimento

De lado a importância da participação, não há como ignorar a necessidade de adequação do procedimento às situações de direito substancial carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais.

Agora não mais se fala da importância da participação, mas sim da legitimidade do próprio procedimento, independentemente da participação e da decisão a ser tomada.

Não há dúvida que a jurisdição, para poder se desincumbir do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve dar ao titular de uma posição jurídica carente de tutela jurisdicional o procedimento que seja idôneo à sua obtenção.<sup>12</sup> É a partir

<sup>11</sup> “É importante distinguir o raciocínio que se faz sobre a prova (probatório), o raciocínio para decidir (decisório) e o raciocínio para justificar a decisão (justificatório). É certo que os dois primeiros têm pontos de contato, pois o juiz raciocina a respeito da prova para decidir. Porém, muitas vezes o juiz faz um raciocínio a respeito dos fatos e das provas sem que, com ele, possa imediatamente decidir. Por isso, não há como deixar de ver distinção entre raciocinar sobre a prova para, posteriormente, decidir, e raciocinar, ainda que sobre a prova, decidindo. A análise da credibilidade da prova, da relação entre as provas e os fatos e das presunções constitui um *raciocínio que antecede a decisão*, enquanto que, através do raciocínio decisório, o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir. Embora os raciocínios probatório e decisório pareçam se identificar, é bem mais fácil separá-los do raciocínio justificativo, uma vez que, após o juiz ter raciocinado sobre as provas e proferido a sua decisão, resta-lhe *apenas justificar* (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 1996, 5ª. ed., pp. 474 e ss).

<sup>12</sup> A ênfase aqui é na dimensão prestacional do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que impõe deveres de ação positiva ao legislador e ao juiz.

daí que se pensa nos procedimentos diferenciados, aptos a permitir a efetiva tutela jurisdicional dos direitos. Os procedimentos se diferenciam na exata medida das situações substanciais carentes de tutela, motivo óbvio pelo qual o processo civil deve estruturar procedimentos diferenciados.

A impossibilidade da definição de tantos procedimentos quantos sejam as situações substanciais carentes de tutela levou o legislador a editar normas que abrem oportunidade para a construção do procedimento adequado ao caso concreto. O direito à construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto –, relaciona-se com o dever da jurisdição prestar efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

De outra parte, a legitimidade do procedimento tem relação com a sua estruturação em consonância com os direitos fundamentais materiais,<sup>13</sup> especialmente com o direito a igualdade.<sup>14</sup> Não é legítimo o procedimento que nega ao réu o direito de alegar fundamentos ancorados no direito material sem que isto tenha por objetivo viabilizar a proteção de determinada situação de direito substancial, logicamente digna de tutela diante das normas constitucionais. Isto é, se o procedimento da desapropriação, que só permite ao réu discutir o preço do imóvel desapropriando, encontra legitimidade perante a Constituição, o mesmo não ocorre com os procedimentos que eliminam a possibilidade do devedor discutir certas questões para dar maior tempestividade às tutelas que servem às instituições financeiras.

Aqui, ao contrário do que ocorre quando se pensa na legitimidade da decisão, a preocupação circunscreve-se à legitimidade do procedimento. Perceba-se que quando se pensa na legitimação pela participação, embora a legitimidade da decisão decorra do procedimento, toda a preocupação gira em torno da legitimidade da decisão.

Ao se aludir à adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais, certamente também se sabe que não haverá uma decisão legítima fora dessas condições. A diferença é que a atenção não se volta para a legitimidade da decisão, mas sim para a legitimidade do procedimento que resulta na decisão, com o que a doutrina processual clássica jamais se preocupou. Como adverte Nicolò Trocker, a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do sistema processual às características dos direitos substanciais e às posições sociais dos litigantes, é um defeito que sempre marcou as codificações processuais do direito continental europeu, preocupadas em desenhar um sistema linear e puro.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Diversamente do imperativo de adequação do procedimento às necessidades do direito material, decorrente da dimensão prestacional do direito à tutela jurisdicional efetiva, destaca-se agora a vinculação do procedimento aos demais direitos fundamentais, especialmente (mas não só) aos direitos de defesa – tendo-se em conta a oposição direito de defesa/direito de prestação –, que proibem determinadas ações do Estado.

<sup>14</sup> V., sobre o exercício da tutela jurisdicional e o direito a igualdade, Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV, pp. 271 e ss.

<sup>15</sup> Nicolò Trocker. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 699.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

### 4 A Universalidade do Acesso à Jurisdição. A Importância do Procedimento

O direito de acesso à justiça é um direito básico, certamente um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos.<sup>16</sup>

Esse direito nada mais é do que manifestação do direito à tutela jurisdicional efetiva, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além de dar ao cidadão o direito à técnica processual (procedimento etc) adequada à tutela do direito material, igualmente confere a todos o direito de pedir ao Poder Judiciário a tutela dos seus direitos.

É fácil perceber que o direito à técnica processual adequada constitui uma preocupação mais avançada em relação ao direito de pedir a tutela jurisdicional, até porque só pode se preocupar com técnica processual idônea quem pode pedir a tutela jurisdicional.

O direito de pedir a tutela jurisdicional, quando qualificado como direito de acesso à justiça, assume uma outra dimensão, em que importa a efetiva possibilidade do cidadão bater nas portas do Poder Judiciário e realmente poder participar do processo, exercendo o seu direito à tutela jurisdicional.

Deixe-se claro, porém, que o direito de acesso à justiça não depende somente da eliminação dos óbices econômicos e sociais que impedem ou dificultam o acesso. Ele salienta a sua existência, visando a sua superação, mas constitui *apenas uma faceta* do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Esse último tem várias faces, garantindo, entre outros, o direito de pedir a tutela jurisdicional (o clássico direito de ação), o direito de acesso à justiça e o direito à técnica processual adequada. De modo que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material.

O direito de acesso à justiça não é apenas necessário para viabilizar a tutela dos demais direitos, como imprescindível para uma organização justa e democrática. Não há democracia em um Estado incapaz de garantir o acesso à justiça. Sem a observância desse direito um Estado não tem a mínima possibilidade de assegurar a democracia.

É por isto que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) incide sobre o legislador – que resta obrigado a traçar “formas de justiça” (órgãos jurisdicionais

<sup>16</sup> Além desse fundamento, que se poderia chamar instrumental ou funcional, para o direito de acesso à justiça, há ainda um fundamento moral para esse direito. Como expõe Horacio Spector (*Judicial review, rights, and democracy, law and philosophy*. v. 22, 2003, p. 298): “os portadores de direitos morais possuem poderes morais para questionar transgressões a esses direitos com sua própria voz, e obter em resposta um julgamento arrazoado e moralmente justificado”. V, ainda, sobre a imanência da capacidade de reivindicação à idéia de direito subjetivo, o texto seminal do filósofo Joel Feinberg (*The nature and value of rights*. *Journal of value inquiry*. v. 4, 1970, pp. 19, 34).

diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas – e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça.

As Leis que tratam dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Estaduais e Lei 10.259/01 – Juizados Especiais Federais) devem ser vistas como respostas do legislador ao seu dever de instituir órgãos judiciários e procedimentos capazes de permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário.

O procedimento dos Juizados Especiais, segundo o próprio art. 2º da Lei 9.099/95, é caracterizado pela “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”. O objetivo é garantir o acesso com o mínimo de custo econômico possível, assim como propiciar, na medida do possível, celeridade, uma vez que o pobre tem uma menor resistência do que o rico para esperar pela justiça. Além disto, busca-se simplificar e tornar menos formal o procedimento, obviamente que sem prejuízo das garantias processuais, pretendendo-se, com isto, facilitar a participação no processo.

Por outro lado, é claro que o juiz deve compreender as regras processuais pertinentes a tais procedimentos, assim com o ambiente da justiça e a sua própria função diante das causas relativas aos Juizados, de acordo com o valor insito no direito de acesso à justiça, que inspirou as Leis 9.099/95 e 10.259/01.

## 5 A Participação Através do Procedimento

É certo que o procedimento deve viabilizar o acesso dos menos favorecidos economicamente ao Poder Judiciário. Esse é um dever do Estado, que deve ser observado pelo legislador e pela jurisdição.

Porém, o Estado ainda tem o dever de permitir a participação através do procedimento. Não se trata de permitir a simples participação em busca da tutela dos próprios direitos, mas sim de conferir oportunidade de participação no poder estatal e na vida social.

A participação através do procedimento está intimamente ligada à idéia de democracia participativa. A insuficiência da técnica representativa, ou da participação nas eleições para os cargos de representação popular, fez com que se percebesse a necessidade de incentivar e viabilizar formas de participação direta da população nos processos de decisão estatal.

A Constituição Federal adotou várias formas de democracia participativa, como as que asseguram: i) “a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art. 10); ii) que “as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte,

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei” (art. 31, §3º); iii) que “a lei disciplinará as formas de *participação do usuário* na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: ...” (art. 37, §3º); iv) que “*qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato* é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74, §2º); v) que “compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social”, com base no “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, *com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados*” (art. 194, parágrafo único, VII); vi) a “*gestão democrática do ensino público, na forma da lei*” (art. 206, VI); vii) que “o poder público, *com a colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (art. 216, §1º).

No que diz respeito à participação através do processo jurisdicional, a Constituição Federal reafirmou a ação popular - existente no constitucionalismo brasileiro desde a época do Império e regulada pela Lei 4.717/65 -, dizendo que “*qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a *anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e dos ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII).

Demais disto, não se pode esquecer que uma das principais classificações dos direitos fundamentais identifica os direitos fundamentais de participação. O homem tem o direito de participar no poder e na vida social e, sobretudo, o direito de participar reivindicando a concretização e a proteção dos seus direitos fundamentais, exigindo prestações fáticas de natureza social e prestações fáticas de proteção aos direitos fundamentais. Ou seja, a proclamação dos direitos fundamentais reclama, ao seu lado, a possibilidade de participar no poder e na sociedade de modo a exigir a sua implementação e proteção.<sup>17</sup> Para tanto é imprescindível a via jurisdicional, e

<sup>17</sup> Daí a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar de uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis* (Peter Häberle), querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais “não só estaticamente, ou da perspectiva de seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento” (Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, cit., p. 93). Dessa perspectiva, contudo, podem-se extrair dois aspectos distintos e correlatos do direito ao procedimento. O primeiro vê a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental. Nos termos de José Joaquim Gomes Canotilho (“Constituição e défice procedimental”. In *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73): “o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade”. O segundo enxerga o acesso ao procedimento como mecanismo de

assim o procedimento ou o processo jurisdicional como conduto capaz de permitir a participação. Consciente do dever de viabilizar a participar popular em busca da efetivação e da proteção dos direitos fundamentais, o legislador construiu o procedimento da ação coletiva, inicialmente através da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, posteriormente, mediante o Código de Defesa do Consumidor (Livro III da Lei 8.078/90).

O sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, integrado substancialmente por essas duas leis, confere legitimidade ativa a determinados entes para representar a vontade da coletividade e de determinadas esferas da população, tornando os efeitos benéficos da sentença extensíveis à coletividade ou ao grupo.

## 6 O Processo e a Legitimidade da Decisão

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar.<sup>18</sup> Isto porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal.

Diante disto, considerando que o juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem, parte da doutrina contemporânea – obviamente que muito além das fronteiras da dogmática processual civil – afirma que a legitimidade do juiz para controlar a decisão do parlamento advém do procedimento. Nessa linha, desloca-se o referencial de legitimidade do sujeito para o procedimento. A legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros

tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais. No primeiro caso, o procedimento é proclamado como um local de exercício do direito a tomar parte nas decisões do poder público e, por isso, fala-se em *direitos procedimentais substanciais*. No segundo caso, o procedimento aparece como um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais, falando-se em *direitos procedimentais adjetivos*. (V. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, cit., p. 94). *O processo judicial, como demonstrado no texto, envolve ambos os aspectos dos direitos procedimentais*.

<sup>18</sup> V. Roberto Gargarella, *La justicia frente ao Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*. Barcelona: Ariel, 1996. Para uma abordagem da relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, desde o paradigma liberal-positivista até a teoria habermasiana, v. Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento que leva à edição da decisão é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder.<sup>19</sup>

Paralelamente à distinção entre legitimação e legitimidade, pode-se demarcar duas formas de procedimentalismo. Uma delas, baseada numa postura de ceticismo moral, afirma que a legitimidade não se coloca como questão autônoma, pois só se pode discutir racionalmente o problema da legitimação. Como não há objetividade possível em questões normativas, o problema da legitimidade é consumido pelo da legitimação. Exemplo dessa posição encontra-se em Luhmann. Admitindo-se a legitimação pelo procedimento, imuniza-se o conteúdo da decisão, que deixa de importar para a aferição da legitimidade, já que a “aceitação” não decorre do conteúdo da decisão, mas da estrita observância do procedimento.

Porém, a outra perspectiva procedimental não nega que o problema da legitimidade possa ser racionalmente enfrentado.<sup>20</sup> Contudo, acredita que decisões normativas só podem ser racionalmente avaliadas segundo critérios procedimentais. Nessa perspectiva, uma decisão é legítima quando advinda de um procedimento em que foram observadas determinadas condições que asseguram a correção de seu resultado. Essa modalidade de procedimentalismo, além de distinguir-se da anterior, opõe-se a teorias substanciais da legitimidade, que avaliam a correção das decisões comparando-as com algum resultado ideal tido como justo ou correto.<sup>21</sup> Entende-se que ao juiz é impossível decidir de forma racional sobre as ações do legislador apenas a partir dos conteúdos dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. A indeterminabilidade das normas constitucionais sempre daria ao juiz a

<sup>19</sup> O uso dos termos legitimação e legitimidade, presentes nessa passagem, demonstra que eles não devem ser confundidos. A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão apresente-se em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutra, um juízo normativo.

<sup>20</sup> É preciso notar que nem toda a concepção que põe a ênfase da legitimidade no procedimento nega-se a colocar a jurisdição e o processo a serviço dos valores constitucionais. Owen Fiss, por exemplo, defende que “o direito do juiz de falar, e a obrigação dos outros de ouvir, não depende dos atributos pessoais do juiz, nem mesmo do conteúdo da sua mensagem, mas da qualidade do seu processo – da sua habilidade de estar distante e destacado dos litigantes imediatos e do corpo político, embora plenamente atento às queixas, e receptivo em termos que transcendem preferências e que são suficientes para sustentar um julgamento considerado ‘constitucional’” (*The forms of justice, Harvard Law Review*. v. 93, 1979, p. 16). Sem por isso abrir mão da idéia – ou melhor, por isso mesmo defendendo a idéia – de que o processo judicial “tem uma conexão conceitual próxima – não apenas contingente ou instrumental – com o próprio ato de dar sentido a um valor constitucional. Nós imputamos uma função largamente com base em um processo e ao mesmo tempo a função molda o processo. Outros podem procurar pelo verdadeiro significado dos nossos valores constitucionais, mas quando eles o fizerem, terão que imitar – se puderem – o processo do juiz” (*The forms of justice, Harvard Law Review*. v. 93, 1979, p. 16).

<sup>21</sup> Remete-se, nesse ponto, à célebre discussão de John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, acerca dos conceitos de justiça procedimental pura, justiça procedimental perfeita e justiça procedimental imperfeita (John Rawls. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971).

possibilidade de se postar de forma imprevisível diante da lei. Apenas o procedimento poderia assegurar previsibilidade na afirmação do poder.

Importa advertir que a doutrina processual, mesmo a mais moderna, não mostra qualquer preocupação em relação à legitimidade da relação juiz *versus* legislador. Quando Elio Fazzalari afirma o seu conceito de legitimidade pelo procedimento, o seu interesse deita-se sobre o contraditório, ou melhor, sobre a efetividade da participação em contraditório na formação da decisão judicial.<sup>22</sup> Como o poder é exercido através do procedimento, a participação efetiva e igual das partes no procedimento judicial seria suficiente para legitimar ou democratizar o exercício da jurisdição. Isto revela uma idéia de processo com conotação política, pois voltada a assegurar a participação igualitária das partes - deixando ao longe a concepção de relação jurídica processual -,<sup>23</sup> mas sem qualquer preocupação em sustentar a legitimidade da afirmação dos direitos fundamentais sobre a lei.

Fazzalari não está preocupado com o controle da lei a partir dos direitos fundamentais, até porque o controle da constitucionalidade, na Itália, é reservado à Corte Constitucional, tendo a jurisdição italiana uma feição bem distinta da brasileira.<sup>24</sup> Fazzalari, não atento à legitimidade da decisão que afirma os direitos fundamentais e

<sup>22</sup> V. Elio Fazzalari. *Istituzioni di diritto processuale*. 3ª ed., Padova, Cedam, 1983.

<sup>23</sup> Segundo Elio Fazzalari, os estudiosos dos processos jurisdicionais (os "processualistas"), talvez pela própria imponência do fenômeno objeto das suas meditações, e porque demasiadamente imersos, por assim dizer, dentro do curso do "processo", não conseguiram, por um longo período de tempo, colher a imagem da "seqüência de atos", isto é, do perfil que mais recentemente outros juspublicistas e cultores do direito administrativo, especialmente, souberam discernir em seus respectivos campos. Daí a noção de "procedimento". Sucessivamente os "processualistas" constataram a utilidade do procedimento para a sistematização das atividades jurisdicionais, e puderam assim abandonar o desgastado e inadaptado clichê da "relação jurídica processual" (Elio Fazzalari, "Procedimento". *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, pp. 820, 821).

<sup>24</sup> Na Itália, só quem tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei por violação a um direito fundamental é o Tribunal Constitucional: o juiz ordinário tem competência apenas para provocar a manifestação do Tribunal Constitucional quando, numa causa civil, penal ou administrativa, surge, geralmente como prejudicial, a questão da constitucionalidade da lei a aplicar. A análise efetuada pelo juiz ordinário restringe-se apenas a considerar se a questão da constitucionalidade da lei é "determinante" para o julgamento da causa principal e se a alegação de inconstitucionalidade não é "manifestamente infundada". Além do conhecimento e reenvio desse incidente de constitucionalidade, informa Alessandro Pizzorusso que "atualmente é possível, na Itália, intentar uma ação judicial para reivindicar um direito protegido por normas constitucionais, inclusive quando isto implique colocar ante o juiz uma demanda que não se fundamenta em uma lei em vigor, senão que precisamente contém o pedido, apresentado diante do juiz ordinário, de que se remeta ao Tribunal Constitucional a questão da legitimidade constitucional da lei que se opõe ao exercício do direito, e, ao mesmo tempo, que se realize a declaração pelo citado Tribunal da inconstitucionalidade de dita lei". De qualquer modo, não se reconhece ao juiz ordinário o poder para declarar uma lei inconstitucional por violação a um direito fundamental. Logo, não é uma preocupação da jurisdição ordinária italiana justificar a ação do juiz que invalida normas editadas pelo legislativo. V., sobre a jurisdição constitucional na Itália, as contribuições de Alessandro Pizzorusso e Gustavo Zagrebelsky à obra coletiva coordenada por Louis Favoreu. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

os princípios constitucionais de justiça diante da ação legislativa, objetiva legitimar o exercício da jurisdição a partir da necessidade de participação em contraditório dos sujeitos que podem sofrer, em suas esferas jurídicas, os efeitos da decisão. De modo que a doutrina de Fazzalari, muito distante das teorias que buscam conferir legitimidade ao juiz na aplicação das normas constitucionais, procura dar legitimidade apenas à atuação da lei e não legitimidade ao controle da constitucionalidade - e, especialmente, à supressão da omissão inconstitucional e à concretização dos direitos fundamentais que exigem prestações fáticas.

Frise-se, aliás, que a doutrina de Fazzalari não renega a substância das decisões por pressupor a indeterminabilidade dos direitos fundamentais - nos moldes das teorias procedimentalistas que estão no âmbito da teoria do direito. A teoria de Fazzalari está em um estágio mais primitivo ou em outro patamar, pois não se mostra preocupada com a legitimidade da decisão, mas apenas em legitimar a jurisdição pela participação em contraditório. Segundo Fazzalari, há processo quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não apenas - e obviamente - do seu autor (do juiz), mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que ambos possam desenvolver atividades que o juiz deva ter em conta ou que, embora possa não atender, não tenha como ignorar.<sup>25</sup>

A teoria de Fazzalari tem dois problemas. Em primeiro lugar não se preocupa com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito ou com a necessidade de o procedimento estar atento às necessidades do direito material, o que é obviamente imprescindível para a legitimidade do processo. Ademais, sequer passa perto do problema da legitimidade da atuação jurisdicional que assevera os direitos fundamentais diante da decisão da maioria parlamentar, circunstância que também reflete sobre o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material, já que, por exemplo, a falta de técnica processual adequada pode ser suprida judicialmente com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

Há quem busque, em apoio à doutrina do processo como procedimento qualificado pela participação em contraditório (de Fazzalari), a teoria de Luhmann. Afirma-se que a observância racional do procedimento legitima o resultado do exercício do poder e, além disso, que o procedimento tem o valor social de enfraquecer o confronto ou reduzir o conflito.<sup>26</sup>

Porém, a teoria de Luhmann está situada em uma dimensão distinta a de Fazzalari.<sup>27</sup> Luhmann é ligado à teoria sistêmica, vendo o procedimento judicial como

<sup>25</sup> Elio Fazzalari. "Procedimento". *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, p. 827.

<sup>26</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 130.

<sup>27</sup> "A concepção de Luhmann para a fundamentação da jurisdição constitucional passa ao largo de uma conexão com o regime democrático ou com valores axiológicos. Ele a alicerça em procedimentos judiciais, autônomos em relação aos outros subsistemas, e busca a aceitação dos cidadãos de forma autopoietica. A teoria procedimental dessa jurisdição elaborada por ele defende que o procedimento inerente às decisões

um subsistema social. Para Luhmann, a função da decisão é absorver a insegurança e o objetivo do procedimento é proporcionar aceitabilidade às decisões,<sup>28</sup> evitando resistências que ocasionariam desestabilização ao sistema. Para gerar aceitação, a decisão deve resultar de um procedimento neutro ou alheio aos influxos do “meio ambiente”, realizado com base em normas previamente conhecidas, que circunscrevem as atuações dos atores processuais.<sup>29</sup>

É imprescindível, para a aceitabilidade, a incerteza a respeito da decisão que será tomada pelo juiz. É essa “incerteza” que impele a parte a atuar – ou, na dicção de Luhmann, a exercer “papéis” –, dando concreção ao procedimento. Tal incerteza, nesse sentido, transforma-se em uma espécie de expectativa.<sup>30</sup> Mas a atuação ou a participação das partes deve obedecer a certos critérios, como os da isonomia, do contraditório e da imparcialidade do juiz.<sup>31</sup> É nesse último sentido que a teoria de Luhmann pode ser relacionada com a que frisa a participação em contraditório, isto é, com a de Fazzalari. Contudo, as teorias de Fazzalari e de Luhmann se situam em planos completamente diversos. Embora a legitimação pelo procedimento, na teoria de

judiciais, por si só, é condição suficiente para sua legitimação, mesmo que seus posicionamentos tragam grande repercussão social (...) A teoria formulada por Luhmann apresenta algumas deficiências que impedem sua aplicação em uma sociedade considerada pós-moderna. Orientar as decisões inerentes à jurisdição constitucional apenas por procedimentos judiciais, sem forte inter-relação entre a normatividade e a facticidade, significa aumentar o *gap* jurídico e contribuir para o decréscimo da força normativa da Constituição. Outrossim, pela falta de canais eficientes com a realidade social, tende o ordenamento jurídico a se tornar auto-referencial, cerceando as tentativas de construção de uma sólida teoria de legitimidade de atuação extensiva da jurisdição constitucional” (Walber de Moura Agra. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 199, 231).

<sup>28</sup> “Em primeiro lugar tem de se distinguir claramente no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e aceitação da própria decisão. Esta distinção é particularmente importante, pois o processo legitimador de decisão opera sob uma condição do tipo sim/não. Existe uma grande diferença quando esta condição é aplicada só às premissas de decisão ou também às próprias decisões. Pode-se optar por afirmar os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de ‘derivar’ e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitação de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quantos aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez até numa recusa das suas razões como regras gerais de decisão. À positivação do direito, isto é, à tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias. Este é o conceito mais amplo. Compreende, também, o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas (noutro tempo e através doutras passagens). Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento. Com esta definição as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou aceitação (...) O conceito de aceitação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturam as suas expectativas de acordo com isso” (Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. Cit., pp. 32, 33).

<sup>29</sup> Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. Cit., p. 53.

<sup>30</sup> Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. Cit., pp. 53, 54 e 98.

<sup>31</sup> Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. Cit., p. 92.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Luhmann, também invoque uma legitimação através da participação, *há uma grande distinção entre os significados de participação em Luhmann e Fazzalari*. Luhmann, ao tratar da participação, está preocupado com a *aceitação* das decisões e em “tornar inevitáveis e prováveis decepções em *decepções difusas*”,<sup>32</sup> e não apenas com a efetividade do direito da parte participar do processo, influenciando sobre o convencimento judicial, o que, segundo Fazzalari, legitimaria o exercício da jurisdição.

Enquanto Fazzalari se mostra preocupado com o procedimento como garantidor da participação em contraditório, Luhmann, ancorado na teoria sistêmica, empenha-se em desligar a legitimidade da decisão jurisdicional de qualquer conteúdo substantivo, ou melhor, em negar a legitimidade como questão autônoma, absorvendo o problema da legitimidade da decisão no da legitimação pelo procedimento. O procedimento, na teoria de Luhmann, não tem a finalidade ou a pretensão de alcançar decisões justas, devendo apenas propiciar uma decisão aceitável.<sup>33</sup>

A legitimação da decisão a partir do procedimento, na concepção de Luhmann, renega a tutela dos direitos fundamentais e, por desconsiderar a potencialidade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deixa de lado a importância da adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela. O procedimento de Luhmann é alheio ao que se passa fora dele, impedindo o ajuste do direito à realidade social e, por maior razão, a adequação do procedimento judicial às necessidades do direito material.

Se a doutrina de Fazzalari, embora de cunho normativista,<sup>34</sup> realça a necessidade do princípio político da participação – através do contraditório –, mas não cuida da legitimidade da decisão diante dos direitos fundamentais, a teoria de Luhmann é explícita em negar qualquer ligação com a idéia de que a decisão judicial deve concretizar os direitos fundamentais e compreender e controlar a lei a partir desses direitos.

A doutrina de Fazzalari, ao buscar a legitimidade do exercício da jurisdição no procedimento realizado em contraditório, não entra na seara da legitimidade da decisão pelos direitos fundamentais. Já a teoria de Luhmann, ao absorver a questão da legitimidade da decisão na legitimação pelo procedimento, afirma que o procedimento,

<sup>32</sup>Na apresentação da tradução brasileira ao livro de Luhmann, adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr: “A maior discrepância entre os contedores, no início do processo, é controlada aos poucos, criando-se condições para a aceitação de uma decisão final. Note-se, porém, que a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis” (Tércio Sampaio Ferraz Jr, Apresentação à edição brasileira do livro de Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. *Cit.* (tradução de Maria da Conceição Côrte-Real), Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 4).

<sup>33</sup>Niklas Luhmann. *Legitimação pelo procedimento*. *Cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>34</sup>V. Elio Fazzalari. “Procedimento”. *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, pp. 819 e ss.

por si, é suficiente para garantir a legitimação da jurisdição, entendendo ser equivocado relacionar a legitimidade da jurisdição com os direitos fundamentais.

Ou seja, a razão de ser e o objetivo das duas teorias são completamente distintos. Note-se, entretanto, que a moderna doutrina processual brasileira adota as teorias de Fazzalari e de Luhmann e, com base em ambas, sustenta a imprescindibilidade de *decisões justas*,<sup>35</sup> como se fosse possível adotar a teoria da legitimação pelo procedimento, devida a Luhmann, e, *ao mesmo tempo*, insistir na *justiça das decisões*. Ora, conforme foi explicado, Luhmann, ao propor a *legitimação pelo procedimento*, *nega* o problema da *legitimidade da decisão*. Frise-se que o procedimento, na teoria de Luhmann, não tem a pretensão de alcançar uma decisão *justa*, mas sim uma decisão *aceitável*.

Deixe-se claro, de qualquer forma, que não há dúvida que as teorias de Fazzalari e de Luhmann não são adequadas a uma idéia de Estado cujo principal dever é o de dar tutela aos direitos na dimensão da Constituição.

A legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais.

Deixe-se claro que há substancial diferença entre dizer que o procedimento deve observar o contraditório e estar adequado ao direito material e afirmar que o procedimento legitima a jurisdição. Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contra-majoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexander Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano, “a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contra-majoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isto, sem implicações místicas, é o que realmente acontece. (...) é a razão pela qual é possível a acusação de que o controle judicial de constitucionalidade não é democrático.”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Nesse sentido Cândido Dinamarco. “A instrumentalidade do processo”. Cit., *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>36</sup> “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (...) When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. (...) it

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Diante de tal questão, e para explicar a legitimidade da decisão, aparecem as teorias textualistas, procedimentalistas (a segunda perspectiva procedimental antes referida, distinta da de Luhmann) e substancialistas. As primeiras propõem uma interpretação textualista da Constituição, atrelando a legitimidade da jurisdição ao literalismo das normas constitucionais.<sup>37</sup> As teorias procedimentalistas buscam dar legitimidade à jurisdição destacando seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei,<sup>38</sup> enquanto que as substancialistas dão ênfase ao conteúdo material dos preceitos constitucionais, advindo a legitimação da jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base.<sup>39</sup>

O textualismo é incapaz de dar legitimidade à decisão jurisdicional, uma vez que as normas constitucionais, especialmente as que afirmam direitos fundamentais, têm natureza aberta e indeterminada. Para concretizar os direitos fundamentais – viabilizando a sua proteção e realização fática – e bem situar e controlar as normas infraconstitucionais, é necessário delinear os conteúdos dos direitos fundamentais, o que não pode ser feito através de uma interpretação textual da Constituição. Essa dificuldade leva os textualistas à recriação do próprio problema a ser enfrentado, pois, diante da necessidade do preenchimento do sentido vago das disposições constitucionais, são forçados a definir critérios capazes de selecionar qual é o correto sentido “literal” do texto constitucional. Alguns dizem que é o sentido atribuído pelos

is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic” (Alexander Bickel. *The least dangerous branch*. 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 16, 17).

<sup>37</sup> V. Antonin Scalia. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997, e, para uma versão mais rica e proveitosa do argumento textualista, Akhil Reed Amar. “Intratextualism”. *Harvard Law Review*. v. 112, 1999, pp. 747, 827.

<sup>38</sup> V. Jürgen Habermas. *Between facts and norms. Cit.*; John Hart Ely. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>39</sup> Ronald Dworkin sintetiza a proposta substancialista na seguinte passagem: “Nosso sistema constitucional repousa sobre uma teoria moral particular, isto é, que homens têm direitos morais (*moral rights*) contra o estado. As cláusulas difíceis da Carta de Direitos (...) têm de ser entendidas como apelativas à conceitos morais (...); por essa razão uma corte que está incumbida do ônus de aplicar estas cláusulas plenamente como direito tem de ser uma corte ativista, no sentido de que precisa estar preparada para moldar e responder questões de moralidade política”. No original: “Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights (...) must be understood as appealing to moral concepts (...); therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality”. (Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 147). V. também Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Ronald Dworkin. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; Ronald Dworkin. “Integrity in law”. *In Law’s empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986; e, para a elaboração mais recente dessa tese, Ronald Dworkin. *Freedom’s law*, Oxford: Oxford University Press, 1996. Uma defesa qualificada da teoria substancialista também é encontrada nos trabalhos de Laurence Tribe. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; e *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, esse último escrito em co-autoria com Michael Dorf.

membros da assembléia constituinte que elaborou a Constituição; outros que é o sentido que pareceria razoável aos olhos da geração constituinte; e, outros ainda, que é o sentido que lhe dá a geração atual. Ou seja, os textualistas têm que apelar para fora do texto constitucional para solucionar dúvidas interpretativas. Porém, este é precisamente o defeito que eles apontam nas demais teorias constitucionais. Logo, essa é uma teoria que reproduz a sua própria crítica.

As teorias procedimentalistas criticam a busca de um conteúdo substancial na tutela dos direitos fundamentais com base no argumento de que inexitem valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Os procedimentalistas afirmam que, diante da natureza aberta das normas constitucionais, não se deve dar ao juiz o poder de escolher os valores substanciais nelas contidos, pois isto poderia gerar a tirania dos tribunais. Ou seja, a legitimidade da decisão, segundo essas teorias, jamais seria encontrada dando-se ao juiz o poder de determinar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para se opor à decisão da maioria da casa legislativa. Eis o que escreve John Hart Ely, um dos mais importantes representantes do procedimentalismo norte-americano: “nossa sociedade não tomou a decisão constitucional a favor de um sufrágio quase-universal para mudar de atitude e aceitar, em decisões populares, a imposição, desde o alto, dos valores de juristas de primeira classe. Como Robert Dahls observou, ‘após quase vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem convencidas das vantagens de serem governadas por reis-filósofos são ... uns poucos filósofos..’<sup>40</sup>

Para as teorias que negam que a legitimidade da jurisdição esteja presente no conteúdo material dos direitos fundamentais, mas sim nos procedimentos que asseguram o regime democrático, cabe à jurisdição apenas corrigir os eventuais desvios do processo de representação popular, assegurando a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias, e não analisar se os conteúdos substanciais pretensamente subjacentes à Constituição estão presentes nas normas infraconstitucionais.<sup>41</sup>

Se parte das teorias procedimentalistas faz preponderar a participação popular sobre os direitos fundamentais (Ely),<sup>42</sup> a teoria de Habermas - ao contrário das outras

<sup>40</sup> “Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, ‘After nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are ... a few philosophers’ (John Hart Ely. *Democracy and distrust. Cit.*, pp. 59, 60).

<sup>41</sup> V. John Hart Ely. *Democracy and distrust. Cit.*, pp. 89 e ss.

<sup>42</sup> Esse frágil aspecto da teoria procedimental é enfatizado por Bruce Ackerman ao analisar a concepção monista de democracia que serve de alicerce a teorias como a de Ely. De acordo com Ackerman, teorias monistas são aquelas para as quais a democracia requer a cessão plena da autoridade de legislar aos vencedores das últimas eleições - ao menos enquanto as eleições estejam sendo conduzidas segundo regras de liberdade e equidade e os vencedores não tentem impedir a continuidade das disputas eleitorais. Esta idéia motiva uma sensível conclusão institucional: durante o período entre as eleições, qualquer limitação institucional aos vitoriosos do processo eleitoral é presumivelmente antidemocrática. O problema dessa concepção é que ela enfraquece a linha que separa, de um lado, a autoridade dos governantes eventualmente

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas éticos-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo Habermas, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. Para Habermas, os juízes constitucionais devem agir de modo a garantir as condições do processo democrático de legislação. A eles cabe “examinar os conteúdos de normas controvertidas, principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático”.<sup>43</sup> Não obstante, a teoria de Habermas tem sido atacada pela doutrina brasileira – talvez sem razão - sob o argumento de que a sua base, identificada em um espaço público como alicerce para as decisões da jurisdição constitucional, é difícil de ser concretizada no Brasil.<sup>44</sup>

As teorias substancialistas entendem que a jurisdição encontra legitimidade no conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Apontam para o fim da decisão, e não para a forma de sua construção, como as procedimentalistas. Esse fim é o de propiciar a concretização dos valores contidos nas normas constitucionais, particularmente nos direitos fundamentais.

escolhidos nas eleições e, de outro, a autoridade do povo soberano. Para preservar essa distinção as constituições devem estabelecer instituições capazes de exercer uma função preservacionista das decisões do povo postas no texto constitucional. Caso contrário, os princípios constitucionais estabelecidos podem, perigosamente, ser deixados à disponibilidade dos governantes do momento. Deve haver instituições aptas a bloquear efetivamente qualquer esforço direcionado a repelir os princípios constitucionais mediante a simples aprovação de uma lei ordinária, e, assim, a conformar o comportamento dos detentores eventuais do poder segundo os limites definidos pelo povo na Constituição. V. Bruce Ackerman. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 8, 10.

<sup>43</sup> “die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen” (Jürgen Habermas. *Faktizität und geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998, p. 320). Acerca da teoria da jurisdição constitucional de Habermas, ver, no Brasil, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, e Gisele Cittadino. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 203, 217.

<sup>44</sup> “onde grande parte da população não dispõe ainda dos direitos de segunda dimensão, configurando-se impossível pensar como uma população pode exercer plenamente sua cidadania, sem ter ao menos as menores condições de sobrevivência asseguradas. O espaço público não pode ser o *locus* para as discussões que possibilitem a participação de toda a população porque ela, em sua grande maioria, está excluída do debate político. Sem a garantia das cinco dimensões dos direitos fundamentais – que será acrescido de mais algumas com o decorrer do desenvolvimento das sociedades humanas -, a teoria habermasiana não pode ser aplicada, fato que dificulta sua concretização em países subdesenvolvidos. Na teoria habermasiana, o conceito de espaço público é supervalorizado, acarretando que uma estrutura de taxionomia sociocomunicativa, sem nenhuma especificação mais concreta que impeça sua manipulação, sobreponha-se à Lei Maior e fragilize a normatividade dos dispositivos constitucionais, esvaziando a força de garantias jurídicas que protegem o desenvolvimento das sociedades humanas” (Walber de Moura Agra. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Cit., pp. 231, 232).

O grande problema é a definição de tais valores, o que é necessário para permitir à jurisdição atuar de modo racionalizado diante dos casos concretos. Este problema encontra origem na natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais. Se o direito fundamental incide sobre o controle da lei e da sua ausência (regras positivas e negativas), torna-se necessário definir de que modo o direito fundamental vincula o juiz ou de que forma o juiz deve se postar, ao pensar o direito fundamental, diante da decisão – positiva ou negativa – da maioria parlamentar.

Os direitos fundamentais se relacionam com normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no *âmbito de proteção* do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental.

A admissão das normas restritivas não é circunscrita aos casos em que as próprias normas constitucionais expressamente as autorizam, mas igualmente às hipóteses de “restrição imanente”, que ocorre quando há colisão entre direitos fundamentais. Tal forma de restrição (imanente) decorre da necessidade de concordância entre os direitos fundamentais.<sup>45</sup>

A norma restritiva, embora possa afetar uma posição jurídica situada no “âmbito de proteção” do direito fundamental, não pode violar o seu “núcleo essencial”.<sup>46</sup> Para se verificar se uma norma atenta contra o “núcleo essencial” de um direito admite-se apenas uma análise objetiva e abstrata entre a norma restritiva e o direito fundamental por ela atingido. Ainda que esta análise possa ser feita pelo juiz singular – ou no controle difuso da constitucionalidade –, jamais será possível considerar as circunstâncias do caso concreto para afrouxar os limites do “núcleo essencial” de um direito fundamental.

A norma conformadora tem a finalidade de densificar ou concretizar o direito fundamental. Porém, é possível que, em algumas situações, venha a atingir a esfera de proteção de outro direito fundamental. É o que ocorre, por exemplo, com a norma que prevê a antecipação da tutela fundada em perigo e “verossimilhança da alegação”. Não existe, nessa hipótese, violação ao núcleo essencial do direito fundamental de defesa. Ainda que a esfera jurídica do réu seja atingida pelos efeitos da decisão baseada em “verossimilhança”, não lhe é eliminado o direito de defesa ou a possibilidade de demonstrar ao juiz a inexistência do direito que foi admitido como verossímil quando da concessão da tutela antecipada. Ademais, a postecipação do exercício do direito de defesa se funda na necessidade de se impedir lesão ao direito do autor – que deve ser verossímil – e, assim, no direito fundamental de ação (direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – art. 5º, XXXV, CF).

<sup>45</sup> V. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 1240 e ss.

<sup>46</sup> V. Gilmar Ferreira Mendes. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 243 e ss.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Deseja-se demonstrar, com tal exemplo, a possibilidade de uma norma afetar uma posição jurídica inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental, desde que racionalmente justificada a partir de outro direito fundamental. Ou seja, a restrição de um direito fundamental não depende unicamente de normas constitucionais autorizadoras, admitindo limitações jusfundamentadas.

De outra parte, a falta de atuação legislativa ou administrativa diante de um direito fundamental que necessita de prestações normativas ou fáticas estatais gera a sua inutilização.<sup>47</sup>

A teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador,<sup>48</sup> facilita muito a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.

A questão passa a dizer respeito à possibilidade de se entender que o juiz pode suprir a omissão de tutela do legislador aos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais trazem ao Estado o dever de protegê-los, a omissão de proteção, ao ser detectada no processo jurisdicional, obriga o juiz a supri-la. Ou seja, no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve outorgar a tutela do direito fundamental.<sup>49</sup>

O problema é que as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro, ou melhor, como o próprio direito fundamental deve ser tutelado, o que põe em risco especialmente o direito de liberdade da parte contrária. Não obstante, quando é inquestionável que “algo” é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância, ainda que, evidentemente, essa questão deva ser discutida perante a jurisdição à luz dos direitos fundamentais do particular atingido.<sup>50</sup>

Esclareça-se, contudo, que a ação do juiz, no suprimento de uma omissão legislativa, não tem a mesma amplitude da ação do legislador. Como escreve Canaris,

<sup>47</sup> Acerca do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais vale destacar, dentre as obras doutrinárias publicadas no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155; Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; Wilson Steinmetz. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Na jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, 11.10.2005, *Informativo STF* nº 405.

<sup>48</sup> V. Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 81 e ss.

<sup>49</sup> V. Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. cit., pp. 115 e ss.

<sup>50</sup> V. Arlo Chase, Note. “Maintaining procedural protections for welfare recipients: Defining pfor the due process clause. *New York University Law Review*. 1997, v. 23, p. 574.

“a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece, em princípio, para a sua realização, da transposição pelo direito infraconstitucional”,<sup>51</sup> de modo que “ao legislador ordinário fica aqui aberta, em princípio, uma ampla margem de manobra entre as proibições da insuficiência e do excesso”.<sup>52</sup> Essa margem, contudo, não é a mesma que está franqueada ao juiz. Sobre isso é fundamental apreender com Canaris que “a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, *em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido*. No controle de insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça *as exigências mínimas na sua eficiência*.”<sup>53</sup> Ao juiz cumpre apenas o controle de insuficiência, não pode ele ir além disso.<sup>54</sup>

Tratando-se de direitos fundamentais que necessitam de prestações fáticas de caráter social, como o direito fundamental à saúde, o núcleo essencial do direito fundamental a ser concretizado deve ser delineado a partir da idéia de mínimo imprescindível. Se o direito fundamental objetiva garantir uma prestação social ao cidadão, e essa prestação impõe ao Estado a necessidade de dispor de recursos financeiros, é natural que, especialmente em um país com as limitações do Brasil, essa relação exija a análise da racionalidade da prestação estatal objetivada à luz da realidade social e econômica do país.

Na verdade, a concretização dos direitos fundamentais mediante a implementação de prestações fáticas sociais deve ter em conta, além da racionalidade da prestação estatal diante da realidade social e econômica do país, a situação econômica do cidadão ou da classe social que requer judicialmente a atuação estatal.

Ou seja, a racionalidade da exigência da prestação estatal em face da realidade social e econômica do país exige a definição da sua imprescindibilidade para

<sup>51</sup> *Direitos fundamentais e direito privado. Cit.*, p. 138.

<sup>52</sup> *Direitos fundamentais e direito privado. Cit.*, p. 138.

<sup>53</sup> *Direitos fundamentais e direito privado. Cit.*, pp. 138, 139.

<sup>54</sup> Por exemplo, a Constituição de 1988 garante aos empregados urbanos e rurais remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal (art. 7º, XVI). Isto significa que, caso não haja nenhuma lei trabalhista infraconstitucional que regule a remuneração das horas-extras de trabalho, ou haja uma lei que estabeleça valores remuneratórios inferiores a cinquenta por cento, cabe ao Poder Judiciário reconhecer a insuficiência da proteção legal do trabalhador e assegurar o mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido – remuneração da hora-extra com cinquenta por cento a mais do que a hora normal. Nada mais, nada menos. Não pode o judiciário, por exemplo, determinar, na ausência de norma infraconstitucional, que o pagamento deva ser setenta por cento superior. Não cabe aos juízes dar aquela proteção que eles considerem ser a melhor para o trabalho extraordinário, mas apenas garantir o mínimo de proteção determinado pela Constituição. A situação é diferente, porém, no que toca ao legislador. Este pode ampliar a proteção constitucional, desde que não atinja o extremo da intervenção excessiva.

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

a concretização do desejo instituído no direito fundamental. Tal imprescindibilidade, ao definir o mínimo imprescindível ou essencial, também aponta para o núcleo essencial do direito fundamental.

De qualquer forma, ainda que seja possível estabelecer critérios objetivadores da atuação judicial na compreensão do significado dos direitos fundamentais, certamente não há como garantir que as decisões judiciais que neles se fundam sejam uniformes – no sistema de controle difuso da constitucionalidade – ou que o juiz, para decidir a partir deles, possa deixar de argumentar.

Na verdade, o juiz, para definir o conteúdo substancial de um direito fundamental, deve argumentar de modo racional com o objetivo de convencer. A inevitabilidade da racionalização da decisão através da argumentação, porém, não quer dizer que a legitimidade da decisão derive apenas da argumentação, e não do conteúdo dos direitos fundamentais. Ou melhor, a necessidade de argumentação não deixa de lado o conteúdo da decisão como fator de legitimação da jurisdição.

Não basta qualquer decisão. É preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer.

### **7 A Legitimidade da Decisão a partir dos Direitos Fundamentais, a Otimização da Participação Popular no Procedimento e a Argumentação Judicial**

Quando a legitimidade da decisão depende da identificação judicial do conteúdo material dos direitos fundamentais, deixa-se de lado qualquer forma genuína de procedimentalismo,<sup>55</sup> ou mais precisamente a idéia de que a legitimidade da decisão decorre unicamente da observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento.

Nessa perspectiva, ainda que a participação tenha grande importância, entende-se que a jurisdição deve dar ênfase ao conteúdo material dos direitos fundamentais, aplicando-os de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de fundamento.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> A distinção entre *procedimentalismo genuíno* (*primary proceduralism*), posição para a qual o emprego do processo relevante é tanto indispensável quanto determinante de qualquer resultado que possa ser considerado legítimo, e *procedimentalismo derivado* (*derivative proceduralism*), para o qual os resultados são em última instância determinados e legitimados por algo mais fundamental, ou logicamente antecedente, em relação ao processo relevante, é elaborada por Michel Rosenfeld (“Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory?”). In *Habermas on law and democracy* (Michel Rosenfeld, Andrew Arato (Ed.)), Berkeley: University of California Press, 1998, p. 90).

<sup>56</sup> Enquanto postura teórica, essa tese, que combina o aspecto procedimental da participação com o aspecto substancial da concretização dos valores públicos na compreensão do processo judicial, é característica da chamada “Escola do Processo Legal” (*Legal Process School*), movimento teórico norte-americano que alcançou seu auge nas décadas de 1950 e 1960, mas que até hoje tem enorme influência sobre a literatura

Quando se frisa a observância do procedimento como critério para a legitimidade da decisão, pode-se estar negando a possibilidade de o juiz identificar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Isso ocorre quando a identificação judicial do conteúdo material do direito fundamental é integralmente substituída pela participação no procedimento. Acontece que a participação não deve ser contraposta à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial. A participação não é capaz de permitir que se deixe de lado o poder-dever de o juiz apontar para o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para dar tutela jurisdicional aos direitos ou para proteger a sociedade contra as decisões do parlamento.

A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca. Por outro lado, não há como o juiz exercer isoladamente o ofício de delimitar o conteúdo aberto das normas de direitos fundamentais e dos valores constitucionais. Como adverte Carlos Santiago Nino, “a perspectiva usual de que os juízes estão melhor situados que os parlamentos e que outros funcionários eleitos pelo povo para resolver questões que tenham a ver com direitos, parece ser a consequência de certo tipo de elitismo epistemológico. Este último pressupõe que, para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para se representar e equilibrar imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão”.<sup>57</sup>

O que se pode dizer, na linha de Habermas, é que o juiz deve examinar os conteúdos das normas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático. Lembre-se que, segundo Habermas, a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate.<sup>58</sup>

jurídica dos Estados Unidos. Essa escola de pensamento teve por principal propósito mostrar como o processo constrange a discricionariedade judicial dentro de limites toleráveis sem descuidar da realização das finalidades humanas do direito. A visão do “Processo Legal” trata a vantagem comparativa distintiva da procedimento judicial como sendo a sua capacidade de produzir decisões baseadas em princípios em lugar da discricionariedade ou do julgamento político subjetivo (v. Michael C. Dorf. “Legal Indeterminacy and Institutional Design”. *New York University Law Review*, v. 78, nº 3, 2003, p. 920). Esse tipo de enfoque, que tem sua principal formulação no escrito experimental de Henry Hart e Albert Sacks. *The legal process: Basic problems in the making and application of law*, de 1958, pode ser visto em autores como Herbert Wechsler (“Toward neutral principles of constitutional law”. *Harvard Law Review*, v. 73, nº 1, 1959, pp. 1, 35), Alexander Bickel (*The least dangerous branch*, 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986), Harry Wellington. (*Interpreting the constitution: The supreme court and the process of adjudication*. New Haven: Yale University Press, 1990), Owen Fiss. (“The forms of justice”. *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, pp. 1, 58).

<sup>57</sup> Carlos Santiago Nino. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 260.

<sup>58</sup> Jürgen Habermas. *Faktizität und geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998, p. 320. A razão para tanto é que

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Uma maior possibilidade de participação, ou de uma participação mais vinculada à idéia de formação de um resultado a partir do debate popular, existe no processo de controle abstrato de constitucionalidade, através do que se chama de *amicus curiae*. A Lei n. 9.868/99, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, afirma, em seu art. 7º, §2º, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Essa norma admite a intervenção de um terceiro, qualificado de *amicus curiae*, cuja intervenção é admitida sob o pressuposto de ter ele representatividade e interesse objetivo em relação à controvérsia constitucional.

O fundamento dessa intervenção é a de propiciar a ouvida dos diversos setores de sociedade que têm interesse na controvérsia constitucional. Disse o Supremo Tribunal Federal, na Adin n. 2.130-SC, que “a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.<sup>59</sup>

De modo que a referida norma do art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, ao abrir oportunidade para a intervenção processual do *amicus curiae*, objetiva fundamentalmente pluralizar o debate constitucional, vendo o terceiro como um amigo da Corte, ou melhor, como alguém que possa falar em nome de um setor social cuja palavra tenha importância para a formação do debate em torno da controvérsia constitucional.<sup>60</sup>

Isso, porém, não esgota o problema. É preciso atrelar a legitimidade da decisão a critérios objetivadores da compreensão da questão constitucional e dos

“uma ordem jurídica é legítima na extensão em que assegura igualmente a autonomia privada e política co-original de seus cidadãos” (Jürgen Habermas. “Paradigms of Law”. In *Habermas on law and democracy*. *Cit.*, p. 19). Nesse sentido, portadores de direitos “são autônomos somente na medida em que compreendem a si mesmos como autores da lei a que são submetidos como destinatários. [...] Os direitos podem conferir a homens e mulheres o poder de moldar suas próprias vidas autonomamente somente na extensão em que esses direitos também facilitam a igual participação na prática de autodeterminação cívica, porque apenas as próprias pessoas afetadas podem clarificar os aspectos relevantes – os critérios e *standards* – que definem a igualdade e a desigualdade para uma dada questão” (Jürgen Habermas. “Paradigms of law”. In *Habermas on law and democracy*. *Cit.*, pp. 18, 21).

<sup>59</sup> STF, Rel. Min. Celso de Mello, ADIN 2.130-SC, DJ de 02.02.2001, p. 145.

<sup>60</sup> A intervenção do *amicus curiae*, portanto, constitui uma técnica processual voltada a permitir a maior participação possível no debate e na formação do consenso a respeito das controvérsias constitucionais. Trata-se de uma forma de intervenção implementadora da participação popular e legitimadora das decisões relativas às normas constitucionais e aos direitos fundamentais.

direitos fundamentais, tomando-se em conta determinadas regras, como as do “núcleo essencial” e do “mínimo imprescindível”. E, além disto, exigir do juiz uma justificativa capaz de evidenciar o emprego de tais critérios em seu raciocínio decisório.

Ademais, nas hipóteses em que o juiz nega uma norma infraconstitucional em razão de um direito fundamental, o seu raciocínio decisório, expresso na justificativa, deve ser capaz de convencer que a lei desconsidera o valor social guardado no direito fundamental. Nas palavras de Alexy, a “representação argumentativa”, posta nas mãos do juiz, deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a invalidação da decisão parlamentar assegura que esta não prevaleça sobre o direito fundamental.<sup>61</sup>

### 8 A Argumentação como Fator de Legitimação

Os direitos fundamentais, num sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, necessariamente estabelecem um confronto entre o juiz e o legislador. É certo que a superação da lei pelos direitos fundamentais obriga o juiz a se pautar por critérios objetivadores. Entretanto, tais critérios não são capazes de permitir uma segurança absoluta na delimitação dos conteúdos que devem subordinar a lei.

Não há dúvida que os direitos fundamentais, ao se colocarem acima da vontade posta pela maioria no parlamento, estão fora da disposição do legislativo, e por esta razão deveriam expressar, em tese, o consenso popular. Fala-se “em tese” pelo motivo óbvio de que o consenso popular é formado por concepções particulares, as quais são naturalmente conflitivas e antagônicas, bastando lembrar que enquanto uns são contra o aborto a partir de convicções religiosas, outros o defendem em nome da liberdade.<sup>62</sup>

Alexy busca distinguir uma concepção moral individual ou particular diante de uma concepção moral pública, afirmando que essa última envolve uma representação *comum* sobre as condições justas de cooperação social em um mundo caracterizado pelo *pluralismo*. Para tanto, fundando-se em Rawls<sup>63</sup>, conclui que o conteúdo dos direitos fundamentais está no que os cidadãos racionais com

<sup>61</sup> V. H. Spector. “Judicial review, rights, and democracy”. *law and philosophy*, v. 22, 2003, p. 334: “constitutional constraints express the value of liberty as non-domination. Once constraints are established in the constitution, a morally committed judge ought to invalidate laws that overstep them [...] judicial review is a reasonable interpretation of the moral powers of people to contest the exercise of force in an impartial deliberative setting”.

<sup>62</sup> Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 39.

<sup>63</sup> Segundo Rawls, as concepções individuais racionais, ainda que opostas, podem permitir um consenso. Para explicar a sua idéia, diz Rawls que deve haver um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), o qual seria a única forma de alcançar uma concepção pública de justiça em uma sociedade pluralista (John Rawls. *A theory of justice*. *Cit.*, pp. 132 e ss).

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

concepções pessoais *distintas* consideram como condições de cooperação *social* justas “tão importantes” (*consenso*) que não podem ser deixadas nas mãos do legislador.<sup>64</sup>

Ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição.<sup>65</sup> Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental. Portanto, a afirmação do direito fundamental diante da lei deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo. Trata-se, como diz Alexy, de uma *representação argumentativa* a cargo da jurisdição em face de uma *representação política* concretizada na lei.<sup>66</sup>

Mas a compreensão da existência dessas duas formas de representação não resolve o problema, constituindo apenas um primeiro passo para se chegar à solução. Se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política para que o direito fundamental possa se sobrepor à lei. *Vale dizer que a representação argumentativa deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito fundamental.*<sup>67</sup>

Isso se torna possível quando se compreende que a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão mas também discussão.<sup>68</sup> A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa.<sup>69</sup> A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas.<sup>70</sup> Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as

<sup>64</sup> Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit.*, p. 40.

<sup>65</sup> Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit.*, p. 40.

<sup>66</sup> Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit.*, p. 40; Walter Erman. *Lücken im materialrechtlichen und prozessualen schutz von rechten. JZ*, 1960, 297; C. D. Classen. *Gesetzesvorbehalt und dritte gewalt. JZ*, 2003, 693.

<sup>67</sup> V. H. Spector. “Judicial review, rights, and democracy”. *Law and philosophy*. v. 22 2003, p. 334.

<sup>68</sup> Robert Alexy. “Balancing, constitutional review and representation”. *International journal of constitutional law*. v. 3, nº 4, 2005, p. 579.

<sup>69</sup> Robert Alexy. *Balancing, constitutional review and representation. Cit.*, p. 579.

<sup>70</sup> Robert Alexy. *Balancing, constitutional review and representation. Cit.*, p. 579.

bases da convivência política legítima. O controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todos aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição.

O controle da lei a partir dos direitos fundamentais não significa que a jurisdição tem o poder de dizer o que legislador deve fazer, mas sim que a jurisdição tem o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental.

O controle jurisdicional da lei e dos procedimentos judiciais se mostra plenamente legítimo quando se percebe que a jurisdição possui o dever de lançar mão de uma argumentação racional capaz de convencer a sociedade no caso em que aparece a desconfiança de que a decisão do parlamento toma de assalto a substância identificada em um direito fundamental.

## 9 O Processo como Procedimento Adequado aos Fins do Estado Constitucional

Como está claro, não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual. A relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo. Tal relação jurídica processual pode servir a qualquer Estado e a qualquer fim. Daí a sua evidente inadequação quando se pretende explicar o processo diante do Estado constitucional e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, ainda que o processo seja formado a partir de uma situação jurídica carente de tutela, não é possível limitar a significado do processo a uma ou a várias situações jurídicas, pouco importando se dessas decorrem, ou não, o interesse e a possibilidade da prática de atos no processo.

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É o *conduto* que *garante o acesso de todos* ao Poder Judiciário, e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.

É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas

## DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

finalidades.<sup>71</sup> Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado contemporâneo.

<sup>71</sup> Frise-se, contudo, que os valores que dão conteúdo ao processo não são inteiramente pré-definidos em relação ao próprio processo. Eles tem seu sentido permanentemente construído e reconstruído no interior da mesma prática social a qual servem de fundamento.