

# A PÓS-MODERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA E A TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO<sup>1</sup>

*POST-MODERNITY AS A NEW PARADIGM AND THE CONSTITUTIONAL THEORY OF THE PROCESS*

*LA POSTMODERNIDAD COMO NUEVO PARADIGMA Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO*

*Ivo Dantas*<sup>2</sup>

*Janini de Araújo Lôbo Silvestre*<sup>3</sup>

*Silvério Souto Maior*<sup>4</sup>

**ÁREA(S) DO DIREITO:** Direito Constitucional. Jurisdição Constitucional.

## Resumo

Paradigmas representam maturidade científica, nos termos apregoados por Thomas Kuhn, residindo a cientificidade dos paradigmas na capacidade de resistência aos sucessivos processos de refutação, sem perda de unidade e substância. Nesse âmbito, a identificação do atual paradigma da Pós-Modernidade e seu significado para a Ciência do Direito, torna-se imperiosa, a fim de possibilitar a compreensão dos subsistemas jurídicos a partir daquilo que representa a revolução das Ciências, isto é, a revolução dos paradigmas. Nesse ínterim, a análise da continuidade ou não entre os paradigmas da Modernidade e Pós-Modernidade se reveste de grande importância, muito embora se trate de difícil tarefa, especialmente tendo em vista a dificuldade em se definir o que consubstancia a própria Pós-Modernidade. Entretanto, certo é que a Pós-Modernidade, em se tratando da Ciência do Direito, e, naquilo que toca à teoria constitucional do processo, evidencia a tendência de

---

<sup>1</sup> Recebido em 19 de janeiro de 2018. Aceite para publicação em 05 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional – UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México). Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia, UNAMA, Belém do Pará. Juiz Federal do Trabalho - (aposentado). Advogado e Parecerista. E-mail: profivodantas@uol.com.br

<sup>3</sup> Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, orientada pelo Prof. Dr. Ivo Dantas. Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: janinisilver@hotmail.com

<sup>4</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. E-mail: silveriosoutomaiorc@gmail.com

constitucionalização das normas processuais, dotando-as de dignidade constitucional, o que acarreta a leitura de ditas previsões constitucionais processuais e processuais constitucionais, a partir das lentes do princípio da dignidade da pessoa humana e, bem ainda, gerando a necessidade de reconstrução de clássicos conceitos constitucionais e processuais. A irradiação da ideologia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico se revela como tendência, fruto da influência do novo paradigma da Pós-Modernidade. Nesse âmbito, o presente artigo intenta demonstrar as projeções desse novo paradigma sobre o Processo, mormente sobre as previsões constitucionais processuais, bem como sobre as próprias normas processuais infraconstitucionais, mediante uma análise crítico-dialética e revisão bibliográfica da doutrina especializada, atentando para a necessidade de que as Constituições estejam em sintonia com os novos paradigmas da Ciência.

**Palavras-chave:** Paradigmas. Pós-modernidade. Constitucionalização. Constituição. Renovação. Processo-Constituição. Constituição-Processo.

### **Abstract**

*Paradigms represent scientific maturity in the terms advocated by Thomas Kuhn, residing the scientificity of the paradigms in the capacity of resistance to the successive processes of refutation, without loss of unity and substance. In this context, the identification of the current paradigm of Post-Modernity, and its meaning for the Science of Law, becomes imperative, in order to enable the understanding of the legal subsystems from what represents the revolution of Sciences, that is, the revolution of paradigms. In the meantime, the analysis of the continuity or not between the paradigms of Modernity and Post-Modernity has a great importance, even though it is a difficult task, especially having in mind the difficulty in defining what constitutes Post-Modernity itself. However, it is certain that Post-Modernity, when it comes to the Science of Law, and, as regards the constitutional theory of the process, evidences the tendency of constitutionalisation of procedural norms, endowing them with constitutional dignity, which entails reading of such procedural constitutional provisions and constitutional procedural provisions, from the lens of the principle of the dignity of the human person and, as well, generating the need to reconstruct classic constitutional and procedural concepts. The irradiation of the constitutional ideology on the whole juridical order reveals itself as a tendency, fruit of the influence of the new paradigm of Post-Modernity. In this respect, the present article aims to demonstrate the projections of this new paradigm on the Process, especially on procedural constitutional predictions, as well as on the infra-constitutional procedural norms themselves, through a critical-dialectical analysis and bibliographical revision of the specialized doctrine, in view of the need for the Constitutions to be in tune with the new paradigms of Science.*

**Keywords:** Paradigms. Post-Modernity. Constitutionalisation. Constitution. Renovation. Process-Constitution. Constitution-Process.

### **Resumen**

*Los paradigmas representan madurez científica, en los términos pregonados por Thomas Kuhn, residiendo la científicidad de los paradigmas en la capacidad de resistencia a los sucesivos procesos de refutación, sin pérdida de unidad y sustancia. En este ámbito, la identificación del actual paradigma de la posmodernidad, y su significado para la ciencia del derecho, se vuelve imperiosa, a fin de posibilitar la comprensión de los subsistemas jurídicos a partir de lo que representa la revolución de las ciencias, es decir, revolución de los paradigmas. En el ínterin, el análisis de la continuidad o no entre los paradigmas de la Modernidad y Posmodernidad se reviste de gran importancia, aunque trate de difícil tarea, especialmente teniendo en vista la dificultad en definir lo que consubstancia la propia Posmodernidad. Sin embargo, es cierto que la posmodernidad, en lo que se refiere a la*

*ciencia del derecho, y, en lo que toca a la teoría constitucional del proceso, evidencia la tendencia de constitucionalización de las normas procesales, dotándolas de dignidad constitucional, lo que acarrea la lectura de las previsiones constitucionales procesales, y de los procedimientos constitucionales, a partir de las lentes del principio de la dignidad de la persona humana y, además, generando la necesidad de reconstrucción de clásicos conceptos constitucionales y procesales. La irradiación de la ideología constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico se revela como tendencia fruto de la influencia del nuevo paradigma de la posmodernidad. En este ámbito, el presente artículo intenta demostrar las proyecciones de este nuevo paradigma sobre el Proceso, principalmente sobre las previsiones constitucionales procesales, así como sobre las propias normas procesales infraconstitucionales, mediante un análisis crítico-dialéctico y revisión bibliográfica de la doctrina especializada, atentando para la necesidad de que las Constituciones estén en sintonía con los nuevos paradigmas de la Ciencia.*

**Palabras clave:** Paradigmas. Posmodernidad. Constitucionalización. Constitución. Renovación. Proceso-Constitución. Constitución-Proceso.

**SUMÁRIO:** 1. Pós-Modernidade: algumas noções prévias. 1.1. O Sistema Jurídico na Pós-Modernidade. 2. A Teoria Constitucional do Processo como integrante de um novo paradigma: Constituição, Processo e Direitos Individuais. 2.1. A Ideologia Constitucional e a Ideologia Processual. 3. Conclusões ainda que provisórias. 4. Referências.

**SUMMARY:** 1. Post-Modernity: some previous notions. 1.1. The Legal System in Post-Modernity. 2. The Constitutional Theory of Process as part of a new paradigm: Constitution, Process and Individual Rights. 2.1. The Constitutional Ideology and the Procedural Ideology. 3. Conclusions although provisional. 4. References.

**SUMARIO:** 1. Posmodernidad: algunas nociones previas. 1.1. El Sistema Jurídico en la Posmodernidad. 2. La Teoría Constitucional del Proceso como integrante de un nuevo paradigma: Constitución, Proceso y Derechos Individuales. 2.1. La ideología constitucional y la ideología procesal. 3. Conclusiones, aunque provisionales. Referencias.

## 1. PÓS-MODERNIDADE: ALGUMAS NOÇÕES PRÉVIAS

Embora no seu início, vivemos em um século que poderíamos qualificar de ímpar, e no qual a ciência alcançou níveis jamais imaginados, não havendo setor do conhecimento que não tenha passado por verdadeira revolução de conteúdo, a ponto de June Goodfield chegar a escrever livro intitulado “Brincando de Deus: a Engenharia Genética e a manipulação da vida”<sup>5</sup>.

Maria Garcia (2004, p. 33-34), por sua vez, nos brinda com posição muito mais de acordo com o que defenderemos ao longo destas páginas, quando escreve que:

o problema do conhecimento, da ciência – demonstra-se, portanto, uma questão filosófica (a necessidade humana do saber), uma questão política

<sup>5</sup> A referência completa é a seguinte: GOODFIELD, June. Brincando de Deus: a Engenharia Genética e a manipulação da vida. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Limitada, 1998.

(o fenômeno do poder, de dominação da realidade) e, por certo, uma questão jurídica: a liberdade do homem e suas limitações.

Neste clima, em que o futuro já chegou, podemos fazer uso da expressão “a estrutura das revoluções científicas”<sup>6</sup> usada por Thomas S. Kuhn como título de sua conhecida obra e na qual se sobressai o conceito de paradigma, o qual é usado por muitos, para aplicá-lo em diferentes áreas do conhecimento, inclusive no Direito, do que é exemplo mais recente o estudo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, intitulado “Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados”<sup>7</sup>.

Não temos dúvidas de que, sendo o vocábulo paradigma o ponto de onde partirão nossas observações (com a substituição de um modelo por outro), e antes de enfrentar objetivamente o seu conceito, cumpre-nos destacar, como o faz Thomas S. Kuhn (2003, p. 209), o que a aceitação de um novo paradigma provoca na ciência:

Quando a comunidade científica repudia um antigo paradigma, renuncia simultaneamente à maioria dos livros e artigos que o corporificam, deixando de considerá-los como objeto adequado ao escrutínio científico.

Por enquanto, a questão central é esta: que significa paradigma<sup>8</sup>?

<sup>6</sup> São Paulo: 7ª edição, Editora Perspectiva S. A, 2003.

<sup>7</sup> A referência completa é a seguinte: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>8</sup> Há, sem dúvida alguma, uma variedade de conceitos sobre Paradigma. Exatamente por isto, trazemos à colação uma pequena bibliografia que aborda o tema sob variados aspectos, relacionando de forma separada os livros e artigos:

#### LIVROS

AA.VV., A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999; GUSTAVO BINENBOJM, Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; DÊNIS M. S. BRANDÃO, e ROBERTO CREMA, O Novo Paradigma Holístico. Ciência, Filosofia, Arte e Mística. São Paulo: Summus editorial, 1991; PEDRO TEIXEIRA CAVALCANTE, Epistemologia e Epistemologias. Madrid: EDUFAL, 1979; DESCARTES - Discurso do Método. São Paulo: Editora Ícone, 2006; DURVAL DUARTE JÚNIOR, – Paradigmas em mutação. A Evolução do Conhecimento humano. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2004; ISAAC EPSTEIN, Revoluções Científicas. São Paulo: Editora Ática, 1988; MARCO TÚLIO CALDEIRA FIGUEIREDO, Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; BRUNO GALINDO, Teoria Intercultural da Constituição. A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; JOHN HORGAN, O fim da ciência. Uma discussão sobre os limites do conhecimento científico. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; THOMAS S. KUHN, A Estrutura das Revoluções Científicas. 7ª edição, São Paulo: Editora Perspectiva, 2003; LAURO AUGUSTO MOREIRA MAIA, Novos Paradigmas do Direito Civil. Curitiba: Juruá Editora, 2007; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008; M. L. PELIZZOLI, A Emergência do

Novamente, é Thomas S. Kuhn (2003, p. 219) quem ensina que “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.”.

Pierre Weil (1991, p. 14-15), analisando o significado do termo “paradigma”, escreve que:

Em grego, paradigma significa exemplo ou, melhor ainda, modelo ou padrão. Na filosofia platônica, era o mundo das idéias, protótipo do mundo invisível em que vivemos. Na sua República, Platão usa o termo na seguinte sentença: ‘Talvez se encontre no céu um paradigma para este que, tendo-o percebido, quer lá se estabelecer’. Na sua origem, o termo foi usado mais especialmente em linguística, para designar em gramática um exemplo tipo. Parece que só recentemente o paradigma foi introduzido como conceito de ciência.

---

Paradigma Ecológico. Reflexões ético-filosóficas para o século XXI. 2ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2004; ANA ROSA PÉREZ RANSANZ, Kuhn y el cambio científico. México: Fondo de Cultura Económica, 1999; VERA PORTO CARRERO (Org.), Filosofia, História e Sociologia das Ciências - I. Abordagens Contemporâneas. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1994; LUIZ PINGUELLI ROSA, Tecnociências e Humanidades. Novos paradigmas, velhas questões. O determinismo newtoniano na visão de mundo moderna – vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2005; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez Editora, 2000; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, Introdução a uma Ciência Pós-Moderna. Porto: Edições Afrontamento, 1989; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (Org.), Conhecimento Prudente para uma Vida Decente. Um Discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez Editora, 2004; ALAIN TOURAINE, Um Novo Paradigma, Para compreender o mundo de hoje. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2006; DIAMANTINO FERNANDES TRINDADE, O Ponto de Mutação no ensino das ciências. São Paulo: Madras, 2005.

#### ARTIGOS:

ALUÍZIO ALVES FILHO, A Crise dos Paradigmas dissensuais da Sociologia. Disponível em: [http://achegas.net/numero/vinteetres/aluizio\\_alves\\_23.htm](http://achegas.net/numero/vinteetres/aluizio_alves_23.htm). Acesso em 14.6.2006; VIVINA ASENSI-ARTIGA; ANTONIO PARRA-PUJANTE, El método científico y la nueva Filosofía de la Ciencia. In Anales de Documentación. 2002, n. 5, p. 9-19; MARIVALDE MOACIR FRANCELIN, Ciência, senso comum e revoluções científicas: ressonâncias e paradoxos. Disponível em: [http://www.csielo.php?script=sci\\_arttex&pid=S0100-19652004000300004](http://www.csielo.php?script=sci_arttex&pid=S0100-19652004000300004). Acesso em 15.6.2006; ROBERTO LÓPEZ SÁNCHEZ, Nuevos paradigmas para el siglo XXI. Disponível em: [http://www.csielo.org/ve/scielo.php?pid=S1012-15872003000200006&script=sci\\_arttex&tlng=es](http://www.csielo.org/ve/scielo.php?pid=S1012-15872003000200006&script=sci_arttex&tlng=es). Acesso em 15.6.2006; JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI, Paradigmas Bioéticos: relações com os grandes paradigmas de Direito Constitucional. Disponível em: <http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=1840>. Acesso em 17/02/2006; ELIANE SEBEIKA RAPCHAN, Relativismo Epistêmico, relativismo antropológico: reflexões sobre a produção do pensamento no âmbito das contribuições da antropologia. In Acta Scientiarum, Maringá: 2002, v. 24, n. 1, p. 261-270; ROBERTO ROMANO, A crise dos paradigmas e a emergência da reflexão ética, hoje. Disponível em: [http://www.csielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=S0101-73301998000400003](http://www.csielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0101-73301998000400003) Acesso em 13.6.2006; FERMIN ROLAND SCHRAMM; MIGUEL KOTTOW LANG, Bioética y Biotecnología: Lo humano entre dos paradigmas. In Acta Bioethica 2001; año VII, n. 2; ANGEL VÁZQUEZ ALONSO; JOSE ANTONIO ACEVEDO DIAZ; MARIA ANTONIA MANASSERO MAS Y PILAR ACEVEDO ROMERO, Cuatro paradigmas básicos sobre la naturaleza de la ciencia. Disponível em: <http://www.campus-oei.org/salactsi/acevedo20.htm> Acesso em 13.6.2006.

Em seguida, o autor traz um texto de leitura imprescindível, até porque trabalha com conceitos oriundos dos ensinamentos de Kuhn. Assim, diz que (WEIL, 1991, p. 15):

Foi Thomas S. Kuhn que fez uso sistemático e consciente do termo 'paradigma' em ciência. 'Ao escolhe-lo', afirma Kuhn, 'pretendo sugerir que certos exemplos da prática científica atual – exemplos que lei, teoria, aplicação e instrumentação – provêm modelos dos quais surgem certas tradições coerentes de pesquisa científica. São estas tradições que a história descreve sob certas rubricas, tais como astronomia ptolemaica (ou copernicana), a 'dinâmica aristotélica' (ou newtoniana), a 'ótica corpuscular' (ou ótica ondulatória), e assim por diante. O estudo de paradigmas, incluindo muitos dos que estão mais especializados do que os acima mencionados, é o que prepara principalmente o estudante para se tornar membro de uma comunidade científica particular na qual ele vai mais tarde praticar... Homens cuja pesquisa é fundamentada em paradigmas comuns se submetem às mesmas regras e padrões de prática científica. Este comprometimento, assim como o consenso aparente que ele produz, constitui pré-requisito para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma pesquisa tradicional particular". A força de um paradigma reside justamente neste consenso de determinada comunidade científica, em certa época. Kuhn nos dá exemplo dos diferentes paradigmas que se sucederam através do tempo e que se referem à natureza da luz. O autor reconhece [- continua PIERRE WEIL -] que pode haver certo tipo de pesquisa científica sem explicitação do paradigma, mas afirma peremptoriamente que 'a aquisição de um paradigma (...) é um sinal de maturidade no desenvolvimento de qualquer campo científico conhecido'.

Deste texto, que já se vai bem longo, cabe ainda ser trazido à colação o seguinte (WEIL, 1991, p. 15):

Uma revolução científica é, antes de tudo, uma revolução de paradigma. Quando uma geração de cientistas produz uma nova síntese, a antiga geração se extingue e dá lugar a uma nova geração, que adere ao novo paradigma. Alguns teimam em se agarrar a alguns aspectos ultrapassados do antigo paradigma; são fatalmente erradicados do novo meio ou da nova comunidade científica, e, às vezes, se agrupam para constituir grupos 'ortodoxos'. A respeitabilidade de um cientista é uma consequência direta de sua adesão ao novo paradigma.

Considerando-se a provisoriedade do conteúdo de uma ciência e/ou dos paradigmas (o que hoje é científico, ontem pode não ter sido e amanhã poderá não ser!) <sup>9</sup> cabe a qualquer ramo do conhecimento científico, fazer com que se entenda a realidade, e por isto, é ela o ponto central de todas as preocupações, inclusive, daquelas que possuem um conteúdo político-jurídico, o que significa dizer que o exercício do Poder Político e o sistema jurídico nacional (com a Constituição escrita

<sup>9</sup> Essa provisoriedade é mais notada nas denominadas ciências da natureza, nas quais, conclusões científicas são sempre cumulativas, ou seja, o conhecimento de hoje soma-se ou adiciona-se ao de ontem, e o de amanhã somar-se-á ao de hoje, sempre caracterizando ao lado da provisoriedade um caráter cumulativo da ciência, nunca destrutivo.

em seu ápice) não poderão fugir às suas influências, visto que ambas as realidades recepcionam o novo mapa cultural.

Em outras palavras: em qualquer de seus modelos escritos, a Constituição contemporânea deverá necessariamente se voltar no sentido de apreensão desta nova estrutura social, sob pena de estarmos diante de uma superlei não inspirada na própria realidade para a qual será destinada. Vale ressaltar que neste caso, ao passar o tempo, este divórcio entre a Constituição escrita e a realidade, provocará um Hiato Constitucional e, em consequência, a necessidade de convocação de uma Assembleia Constituinte, a qual, no exercício do Poder Constituinte elaborará novo texto, agora representativo dos valores sociais existentes.

Esta mudança do antigo modelo constitucional por um novo significará uma mudança de paradigma constitucional!

Neste momento, podemos chamar a atenção para um fato importante: sob o ângulo da Filosofia Crítica da História, ao pensarmos na periodização da História como processo, e apesar da observação de que o Direito enquanto sistema jurídico não quebra, radicalmente, com os modelos anteriores (passados, portanto), a Pós-Modernidade, também denominada Idade Pós-Moderna e Pós-Modernismo, segundo alguns, deve ser encarada como uma nova fase, que rompeu com a Modernidade enquanto modelo histórico, muito embora se possa adiantar que encarar uma definição de Pós-Modernidade é o início das dificuldades de nosso tema.

Em texto intitulado “Posmodernismo”, Ramón Maiz e Marta Lois (2006, p. 479), ao estudarem o tema, logo chamam a atenção para o fato de que:

[...] la posmodernidad quizás sea uno de los términos más polémicos e imprecisos que han circulado en los debates de las últimas décadas. Ha levantado suspicacias tanto por su capacidad para abrir espacios nuevos de reflexión cuanto por la distancia crítica mostrada frente a la modernidad. El intento mismo de establecer un rótulo periodizador no está exento de polémica. La distinción entre modernidad y posmodernidad ocupa numerosos volúmenes e informa numerosos volúmenes e informa numerosos proyectos literarios, arquitectónicos o políticos, y hoy en día, su interés clarificador se sitúa en el corazón mismo de la producción del pensamiento posmoderno. Lo cierto es que la posmodernidad es de por si lo suficientemente heterogénea y abierta como para resultar complejo el establecer unos presupuestos firmes y delimitadores.

Segundo lição de Mike Featherstone (1995, p. 17-18), ao estudar a interpretação e as definições de moderno e pós-moderno:

[...] qualquer referência ao termo ‘pós-modernismo’ imediatamente nos expõe ao risco de sermos acusados de perpetuar uma moda intelectual

passageira, fútil e sem importância. Um dos problemas é que o termo está em moda e, ao mesmo tempo, é irritantemente difícil de definir. Segundo o Dicionário Contemporâneo das Idéias Assimiladas, 'essa palavra não tem sentido; use-a sempre que for possível' (Independent, 24 de dezembro de 1987). Há duas décadas, em agosto de 1975, outro jornal anunciou que 'o pós-modernismo está morto' e 'a onda agora é o pós-modernismo' (Palmer, 1977: 364). Caso o pós-modernismo seja uma moda efêmera, alguns críticos estão seguros sobre quais são os responsáveis pela sua proeminência: 'os teóricos atuais, pagos para observar o mundo a partir de seus estudos livrescos, nas universidades e politécnicas, são obrigados a inventar movimentos porque suas carreiras profissionais – assim como a dos mineiros e pescadores – dependem disso. Quanto mais movimentos batizarem, mais bem-sucedidos serão' (Pawley, 1986). Para outros críticos, essas estratégias não são apenas movimentos internos dos campos intelectuais e acadêmicos; são barômetros e indicadores nítidos do 'mal-estar no coração da cultura contemporânea. Assim, 'não é difícil compreender esse filão cultural e estéticos atualmente conhecido como pós-modernismo – na arte e arquitetura, música e cinema, drama e ficção – como um reflexo da (...) atual onda de reacionarismo político que varre o mundo ocidental' (Gott, 1986).<sup>10</sup>

Logo em seguida, o autor prossegue em seu raciocínio, afirmando que (FEATHERSTONE, 1995, p. 18):

[...] ora, é muito confortável ver o pós-modernismo como um reflexo mecânico e reacionário das mudanças sociais e pôr a culpa nos acadêmicos e intelectuais por cunharem o termo, como parte de seus jogos de distinção. Embora certos críticos de jornais e paraintelectuais usem o termo de forma cínica ou depreciativa, eles confirmam que o pós-modernismo tem apelo suficiente para interessar a um público mais amplo de classe média. Poucos termos acadêmicos recentes desfrutaram tamanha popularidade. Não se trata, porém, simplesmente de um termo acadêmico, pois foi impulsionado por movimentos artísticos e atraiu um interesse público mais amplo também por sua capacidade de dizer algo sobre algumas das mudanças culturais pelas quais estamos passando. Antes de olharmos para os meios de transmissão e disseminação do conceito, é preciso ter em mente uma noção mais clara do leque de fenômenos geralmente incluídos sob o guarda-chuva conceitual do pós-modernismo. Assim é preciso levar em conta o grande interesse e até o entusiasmo que o termo despertou, dentro e fora da academia, e perguntar pela série de objetos culturais, experiências e práticas que os teóricos estão apresentando e rotulando como pós-modernos antes de podermos tomar uma decisão a respeito de seu pedigree político, ou de desprezá-lo como apenas mais uma breve oscilação do pêndulo.

Trouxemos à colação o texto de Mike Featherstone para demonstrar as dificuldades com que se defrontarão todos os que pretendam definir o Pós-Modernismo, até porque, como foi visto, enquanto uns dizem que 'o pós-modernismo está morto', outros o apontam como 'bem vivo', sendo responsável pelas mudanças de vários paradigmas nas diversas áreas do conhecimento humano.

Desta forma, na lição de Krishan Kumar (1997, p. 78-79):

<sup>10</sup> Vale esclarecer que os parêntesis e a reticência (...) estão no original.

[...] tal como o pós-industrialismo e o pós-fordismo, o pós-modernismo é basicamente um 'conceito de contrastes'. Tira seu significado tanto do que exclui ou alega substituir quanto do que inclui ou afirma em qualquer sentido positivo. O significado fundamental, ou pelo menos inicial, do pós-modernismo, tem que ser que não há modernismo, não há modernidade. A modernidade acabou. Isso não quer dizer, apressam-se a indicar numerosos pós-modernistas, que ultrapassamos a modernidade, que estamos vivendo em uma era inteiramente nova. O 'pós' de pós-modernidade é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o post de post-mortem: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver. O fim da modernidade é, segundo essa opinião, a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade é esse estado de reflexão. Neste caso não há uma percepção necessária de um novo começo, mas apenas um senso algo melancólico de fim.

Em seguida, o mesmo autor (KUMAR, 1997, p. 79-80), tratando do antigo, do medieval e do moderno, escreve que:

'Modernidade' e 'modernismo' são dois termos às vezes usados um pelo outro, mas que ocasionalmente recebem significados diferentes. Seguirei aqui o segundo curso. Entendo por 'modernidade' uma designação abrangente de todas as mudanças – intelectuais, sociais e políticas – que criaram no mundo moderno. 'Modernismo' é um movimento cultural que surgiu no ocidente em fins de século XIX e, para complicar ainda mais a questão constituiu, em alguns aspectos, uma reação crítica à modernidade. Os dois termos, mesmo nesses sentidos distintos, estão com certeza ligados e nem sempre é possível ser inteiramente coerente mantendo-os separados (o mesmo se aplica ainda mais aos termos paralelos – pós-modernidade' e 'pós-modernismo'). Isso acontece em parte porque não há consenso sobre seus significados. Mas parece útil tentar manter a distinção. Vamos começar, como devemos, com a própria palavra. *Modernus*, derivado de modo ('recentemente', 'há pouco'), uma palavra de formação tardia na língua latina, seguiu o modelo de *hodiernus* (derivada de *hodie*, 'hoje'). Foi usada inicialmente, em fins do século V d.C, como antônimo de *antiquus*. Mais tarde, termos como *modernitas* ('tempos modernos') e *moderni* ('homens de nosso tempo') tornaram-se também comuns, sobretudo, após o século X. A modernidade, por conseguinte, é uma invenção da Idade Média cristã. Esse fato deveria, em princípio, ter estabelecido um contraste tão nítido quanto fosse possível imaginar com o mundo antigo. O mundo antigo era pagão, o moderno, cristão. Isto é, o primeiro estava envolvido em trevas, o último fora transformado pelo aparecimento de Deus entre os homens, sob a forma de seu filho, Jesus Cristo. Com Cristo, todo o significado da história humana foi alterado – ou melhor, deveríamos dizer, pela primeira vez se atribuiu um significado à história.

Terry Eagleton (1998, p. 7), logo no prefácio de seu livro intitulado "As ilusões do pós-modernismo", escreve que:

[...] a palavra pós-modernismo refere-se em geral a uma forma de cultura contemporânea, enquanto o termo pós-modernidade alude a um período histórico específico. Pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação.

Contrariando essas normas do iluminismo, vê o mundo como contingente, gratuito, diverso, instável, imprevisível, um conjunto de culturas ou interpretações desunificadas gerando um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiosincrasias e a coerência de identidades. Essa maneira de ver, como sustentam alguns, baseia-se em circunstâncias concretas: ela emerge da mudança histórica ocorrida no Ocidente para uma nova forma de capitalismo – para o mundo efêmero e descentralizado da tecnologia, do consumismo e da indústria cultural, no qual as indústrias de serviços, finanças e informação triunfam sobre a produção tradicional, e a política clássica de classes cede terreno a uma série difusa de “políticas de identidade”. Pós-modernismo é um estilo de cultura que reflete um pouco essa mudança memorável por meio de uma arte superficial, descentrada, infundada, auto-reflexiva, divertida, caudatária, eclética e pluralista, que obscurece as fronteiras entre a cultura ‘elitista’ e a cultura ‘popular’, bem como entre a arte e a experiência cotidiana. O quão dominante ou disseminada se mostra essa cultura – se tem acolhimento geral ou constitui apenas um campo restrito da vida contemporânea – é objeto de controvérsia. Embora essa distinção entre pós-modernismo e pós-modernidade me pareça útil, não lhe dediquei especial atenção neste livro. Optei por adotar o termo mais trivial ‘pós-modernismo’ para abranger as duas coisas, dada a evidente e estreita relação entre elas.

Agnes Heller e Ferenc Feher (1998, p. 11) entendem que:

[...] a pós-modernidade não é nem um período histórico nem uma tendência cultural ou política de características bem definidas. Pode-se em vez disso entendê-la como o tempo e o espaço privado-coletivos, dentro do tempo e espaço mais amplos da modernidade, delineados pelos que têm problemas com ela e interrogações a ela relativas, pelos que querem criticá-la e pelos que fazem um inventário de suas conquistas, assim como de seus dilemas não resolvidos. Os que preferiram habitar na pós-modernidade ainda assim vivem entre modernos e pré-modernos. Pois a própria fundação da pós-modernidade consiste em ver o mundo como uma pluralidade de espaços e temporalidades heterogêneos. A pós-modernidade, portanto, só pode definir-se dentro dessa pluralidade, comparada com esses outros heterogêneos.

E prosseguem, de forma direta (HELLER; FEHER, 1998, p. 12-13):

Nossa outra preocupação política, ao optarmos por chamarmos de pós-modernos, é o processo pelo qual a Europa vai aos poucos se tornando um museu<sup>11</sup>. O projeto chamado ‘Europa’ sempre foi a cultura hermenêutica par excellence. Esse caráter hermenêutico inerente criou uma tensão interna peculiar no projeto desde tempos imemoriais. Por outro lado, a ‘Europa’ sempre foi mais expansiva e expressamente universalista que outros projetos culturais<sup>12</sup>. Os europeus não apenas entendiam sua cultura como superior às outras, e essas outras, estranhas, como inferiores a eles. Também achavam que a ‘verdade’ da cultura européia é na mesma medida a verdade (e o telos) ainda oculta de outras culturas, mas que ainda não

<sup>11</sup> Sobre a Europa, além de livros sobre a Comunidade Europeia, recomendamos a leitura das seguintes obras: LUCIEN FEBVRE, *A Europa: Gênese de uma Civilização*. Bauru: EDUSC, 2004; MAURICE DUVERGER, *A Europa dos Cidadãos*. Lisboa: Edições ASA, 1994; ROBERT KAGAN, *Do Paraíso e do Poder. Os Estados Unidos e a Europa na nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. Mais recentemente, TONY JUDT, *Pós-Guerra. Uma História da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

<sup>12</sup> Sintomático neste sentido é a evolução dos Direitos Individuais, ou seja, enquanto, os diversos documentos referiam-se apenas aos nacionais, a Declaração Francesa de 1789 falava em “Todos os homens...”.

chegara a hora de as últimas compreenderem isso. Por outro lado, os europeus vinham sujeitando regularmente sua própria cultura a indagações sobre suas proposições universais, para denunciá-las como outras tantas proposições particulares com falsa pretensão a universalidade. O significado do conceito de 'ideologia' aparecera nessa cultura avant la lettre. Ao denunciar a particularidade de todas as proposições universais e daí passar para a criação da mais universal das proposições universais, Marx só provou que foi o último europeu..

Paulo Fagundes Vizentini, quando, após descrever o Sistema Internacional em Transição, conclui afirmando (2002, p. 12):

As turbulências financeiras na Ásia Oriental e a guerra na Ásia Central representam, neste sentido, o primeiro embate do novo conflito em torno da ordem mundial, e não necessariamente um 'choque de civilizações'. Assim, os anos 90 e o início do século XXI significam também o princípio de uma época de crise e transição rumo a um novo período histórico, com o declínio do ciclo de expansão ocidental, iniciado há cinco séculos. Os atentados de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos constituem, neste sentido, o marco inicial deste novo período histórico, cujos contornos ainda não estão muito claros <sup>13</sup>.

Jair Ferreira dos Santos (2000, p.7-8) escreve que:

Pós-modernismo é o nome aplicado às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades avançadas desde 1950, quando, por convenção, se encerra o modernismo (1900-1950). Ele nasce com a arquitetura e a computação nos anos 50. Toma corpo com a arte Pop nos anos 60. Cresce ao entrar pela filosofia, durante os anos 70, como crítica da cultura ocidental. E amadurece hoje, alastrando-se na moda, no cinema, na música e no cotidiano programado pela tecnociência (ciência + tecnologia invadindo o cotidiano com desde alimentos processados até microcomputadores), sem que ninguém saiba se é decadência ou renascimento cultural.

Perry Anderson (1999, p. 9-10) nos dá importantes informações sobre a expressão, ao escrever:

'Pós-Modernismo', como termo e idéia, supõe o uso corrente de 'modernismo'. Ao contrário da expectativa convencional, ambos nasceram numa periferia distante e não no centro do sistema cultural da época: não vêm da Europa ou dos Estados Unidos, mas da América hispânica. Devemos a criação do termo 'modernismo' para designar um movimento estético a um poeta nicaraguense que escrevia num periódico guatemalteco sobre um embate literário no Peru. O início por Ruben Dario, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de modernismo inspirou-se em várias escolas francesas – romântica, parnasiana, simbolista – para fazer uma 'declaração de independência cultural' face à Espanha, que desencadeou naquela década um movimento de emancipação das próprias letras espanholas em relação ao passado. Enquanto em inglês a noção de 'modernismo' só passou ao uso geral meio século depois, em espanhol já integrava o cânone da geração anterior. Nisso os retardatários ditaram os

---

<sup>13</sup> Vale lembrar que a expressão choque de civilizações refere-se ao livro de SAMUEL HUNTINGTON **O Choque de civilizações e a recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996. A bibliografia sobre o Atentado às Torres Gêmeas é bastante ampla, sendo que com relação ao Muro de Berlim, sugerimos a leitura de FLAVIA BANCHER intitulado A Queda do Muro de Berlim e a Presentificação da História. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

termos do desenvolvimento metropolitano – assim como no século XIX ‘liberalismo’ foi uma invenção do levante espanhol contra a ocupação francesa na época de Napoleão, uma exótica expressão de Cádiz que só muito depois se tornaria corrente nos salões de Paris ou Londres. Assim, também a idéia de um ‘pós-modernismo’ [- continua ANDERSON -] surgiu pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra e ou nos Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Frederico de Onís, que imprimiu o termo postmodernismo. Usou-a para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra o seu formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico, em surdina, cuja principal característica foi a nova expressão autêntica que concedeu às mulheres. Onís contrastava esse modelo – de vida curta, pensava – com sua seqüela, um ultramodernismo que levou os impulsos radicais do modernismo a uma nova intensidade numa série de vanguardas que criavam então uma ‘poesia rigorosamente contemporânea’ de alcance universal.

Mais adiante, é taxativo: “Só uns vinte anos depois o termo surgiu no mundo anglófono, num contexto bem diferente – como categoria de época e não estética” (ANDERSON, 1999, p. 10).

A dificuldade de que se reveste o tema inspirou a produção de uma enorme bibliografia, sob as mais variadas perspectivas<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> A bibliografia sobre o tema é de amplidão incalculável. Trazemos aqui à colação alguns exemplos de autores que o trataram sob variadas perspectivas, demonstrando, desta forma, a dificuldade que ainda hoje se tem para definir a realidade de forma pacificamente aceita: MALU ALMEIDA, Pós-Modernidade & Ciência: por uma história escatológica? Campinas, SP: Alínea Editora, 2003; JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES, Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade. São Paulo: Perspectiva, 2005; PERRY ANDERSON, As Origens da Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999; F. R. ANKERSMIT, Historia y Tropolgia. Acenso y caída de la metáfora. México: FCE, 2004 (especialmente, p. 315 e segs); EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR, Direito e Século XXI. Conflito e Ordem na onda neoliberal pós-moderna: ensaios de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Luam, 1997; PIETRO BARCELONA, Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social. Madrid: Editorial Trotta, 1992; MODESTO BERCIANO VILLALIBRE, Debate en torno a la Posmodernidad. Madrid: Editorial Síntesis, 1998; PHILIPPE J. BERNARD, Perversões da utopia moderna. Bauru (SP): EDUSC, 2000; EDUARDO C. B. BITTAR, O Direito na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005; SÍLVIO CÉSAR CAMARGO, Modernidade e dominação. Theodor Adorno e a teoria social contemporânea. São Paulo: FAPESP, 2006; PAULO SÉRGIO DO CARMO, Sociologia e Sociedade pós-industrial. Uma Introdução. São Paulo: Paulinas, 2007; CONCEPCIÓN MARTINEZ CARRASCO PIGNATELLI, Postmodernidad y Derecho Público. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002; JORGE PINHEIRO CASTELO, O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-Modernidade. A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil. São Paulo: Editora LTr, 2003; NICOLAS CASULLO; RICARDO FORSTER; ALEJANDRO KAUFMAN, Itinerários de la Modernidad. Corrientes del pensamiento y tradiciones intelectuales desde la ilustración hasta la posmodernidad. Buenos Aires: EUDEBA, 2006; SÉBASTIEN CHARLES, Da Pós-Modernidade à Hipermodernidade. In Philosophica, Revista Filosófica de História Moderna. São Cristóvão, março de 2004, n 5, p. 91-114. COELHO, Teixeira – Moderno Pós-Moderno. Modos & Versões. São Paulo: Iluminuras, 2005; STEVEN CONNOR, Cultura Pós-Moderna. Introdução às Teorias do Contemporâneo. 4ª edição, São Paulo: Edições Loyola, 2000; DE TRAZEGNIES GRANDA, Postmodernidad y Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1993; ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA DINIZ, Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado. Uma abordagem Moderna e Pós-Moderna. São Paulo: Editora Landy, 2006; JOSÉ MAURÍCIO DOMINGUES, Interpretando a Modernidade. Imaginário e Instituições. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2002; TERRY EAGLETON, As Ilusões do Pós-Modernismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1998; RICARDO MARCELO FONSECA (Org.), Crítica da Modernidade. Diálogos com o Direito. Florianópolis:

Fundação Boiteux, 2005; LUIZ CARLOS DE FREITAS, Uma Pós-Modernidade de Libertação. Reconstruindo as Esperanças. Campinas (SP): Autores Associados, 2005; SILVIA GERSCHMAN; MARIA LUCIA WERNECK VIANNA, A Miragem da Pós-modernidade. Democracia e políticas sociais no contexto da globalização. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997; ANTHONY GIDDENS, As Conseqüências da Modernidade. São Paulo: Editora UNESP, 1991; ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY, O Pós-Modernismo Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005; PEDRO GOERGEN, Pós-Modernidade, Ética e Educação. Campinas (SP): Autores Associados, 2001; MOISÉS GONZÁLEZ, Introducción al pensamiento filosófico. Filosofía y Modernidad. 5ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2005; PAOLO GROSSI, Mitología Jurídica de la Modernidad. Madrid: Editorial Trotta, 2003; J. GUINSBURG e ANA MÃE BARBOSA, O Pós-Modernismo. São Paulo: Perspectiva, 2005; JÜRGEN HABERMAS, O Discurso Filosófico da Modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2002; STUART HALL, A identidade cultural na pós-modernidade. 10ª edição, Rio de Janeiro: DP&A editora, 2005; DAVID HARVEY, Condição Pós-Moderna. Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. 7ª edição, São Paulo: Edições Loyola, 1998; AGNES HELLER, E FERENC FEHÉR, A Condição Moderna da Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998; FREDERIC JAMESON, A Virada Cultural. Reflexões sobre o pós-moderno. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006; FREDRIC JAMESON, Modernidade Singular. Ensaio sobre a ontologia do presente. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; FREDRIC JAMESON, Pós-Modernismo. A Lógica Cultural do Capitalismo Tardio. 2ª edição, 4ª impressão, São Paulo: Editora Ática, 2004; JUAN JOSÉ IPAR, Ciencia y Sujeto en la Modernidad. Buenos Aires: Editorial Salerno, 1996; GILBERTO DE MELLO KUJAWSKI, A Crise do Século XX. São Paulo: Editora Ática, 1988; ERNANI LAMPERT (Org.), Pós-Modernidade e Conhecimento. Educação, sociedade, ambiente e comportamento humano. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; DOMINIQUE LECOURT, Humano pós-humano. A Técnica e a Vida. São Paulo: Edições Loyola, 2005; DAVID LYON, Pós-Modernidade. 2ª edição, São Paulo: Paulus, 2005; JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, A Condição Pós-Moderna. 3ª edição, Lisboa: Gradiva, 2003; MICHEL MAFFESOLI, Notas sobre a pós-modernidade. O lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 2004; MAGALHÃES, Fernando – Tempos Pós-Modernos. A Globalização e as sociedades pós-industriais. São Paulo: Cortez Editora, 2004; ISTVÁN MÉSZARO, O Poder da Ideologia. São Paulo: Boitempo editorial, 2004; GILLES MIPOVETSKY e SEBASTIEN CHARLES, Os Tempos Hipermodernos. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004; ROBERTO CARDOSO DE OLIVEIRA e outros, Pós-Modernidade. 5ª edição, Editora da UNICAMP, 1995; LEDA PAULANI, Modernidade e Discurso Econômico. São Paulo: Boitempo, 2005; ROSSANO PECORARO, Niilismo e (pós)modernidade. Introdução ao 'pensamento fraco' de Gianni Vattimo. São Paulo: Edições Loyola, 2005; JOÃO CARLOS PETRINI, Pós-Modernidade e Família. Um itinerário de compreensão. Bauru (SP): EDUSC, 2003; RICARDO DIP (Org.), Tradição, Revolução e Pós-Modernidade. Campinas (SP): Millennium Editora, 2001; LUIZ PINGUELLI ROSA, Tecnociências e Humanidades. Novos paradigmas, velhas questões. O determinismo na visão de mundo moderna. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2005; SERGIO PAULO ROUANET, As razões do iluminismo. 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2005; SERGIO PAULO ROUANET, Mal-estar na Modernidade. Ensaio. 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2003; BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, Para uma concepção pós-moderna do direito (A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática – 1. São Paulo: Cortez editora, 2000; JAIR FERREIRA DOS SANTOS, O Que é Pós-Moderno. São Paulo: Brasiliense, 2000; FRANKLIN LEOPOLDO E SILVA, Descartes: A metafísica da modernidade. 2ª edição, São Paulo: Moderna, 2005; JAQUELINE MIELKE SILVA, O Direito Processual Civil como Instrumento de realização de Direitos. Porto Alegre: Editora Verbo, 2006; JESSÉ SOUZA, Patologias da modernidade. Um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997; JOSÉ CARLOS AGUIAR DE SOUZA, O Projeto da Modernidade. Autonomia, secularização e novas perspectivas. Brasília: CES/JF, 2005; NELSON MELLO E SOUZA, Modernidade. Campinas (SP): Editora UNICAMP, 1999; EVILÁZIO BORGES TEIXEIRA, Aventura Pós-Moderna e sua Sombra. São Paulo: Paulus, 2005; ALVIN Y HEIDI TOFFLER, La Creación de una Nueva Civilización. La política de la tercera ola. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 1995; ALAIN TOURAINE, Um Novo Paradigma. Para compreender o mundo de hoje. Petrópolis (Rj): Editora Vozes, 2006; FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, Postmodernidad y Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1993; TOMÁS VALLADOLID BUENO, Por una Justicia Posttotalitaria. Buenos Aires: Anthropos, 2005; GABRIEL VALLE, Modernidade e Direito. Porto Alegre: Síntese, 2001; GIANNI VATTIMO, O Fim da Modernidade. Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2002; GIANNI VATTIMO (Comp.), La secularización de la filosofía. Hermenêutica y posmodernidad. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001; EURÍPEDES FALCÃO VIEIRA; MARCELO MILANO FALCÃO VIEIRA, A Dialética da Pós-

Apesar de tudo o que se disse, há um aspecto que, a nosso ver, não pode ser olvidado, sobretudo quando se põe lado a lado as expressões modernismo e pós-modernismo, mesmo que estejamos sabedores de que, sob cada uma delas, outros elementos estejam que caracterizam as duas realidades.

Dizendo de forma direta, enquanto o modernismo é local, o pós-moderno elege o mundial, o global. Neste sentido, o moderno valoriza o nacional, e com isto cria a figura do nacionalismo, sendo prova maior as manifestações literárias, por exemplo, no Brasil, com o modernismo se iniciando através do romantismo e suas fases. Doutro lado, o pós-moderno elege o além-fronteiras, a mundialização, a globalização, nas só nas técnicas, como nas artes, além de aceitar a existências de ciências sociais, estas com um padrão ou paradigma hermenêutico diferenciado daquele que caracteriza as ciências naturais e físicas.

### **1.1. O SISTEMA JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE**

Ficou claro neste breve inventário bibliográfico que trouxemos ao texto, o que já anunciávamos logo no início: não há entendimento uniforme sobre o que seja Pós-Modernidade, porém, existem reflexos dos quais os estudiosos, de qualquer setor do conhecimento, não poderão eximir-se de enfrentar.

Desta forma, considerando-se as observações anteriores sobre o sentido dos vocábulos Pós-Modernidade, Idade Pós-Moderna e Pós-Modernismo, podemos afirmar (diante da flexibilidade terminológica existente nas Ciências Sociais) que decorrido mais algum tempo e será necessário identificarmos uma nova idade, provavelmente chamada de neo-contemporânea, sobretudo tendo como marco divisório a conquista da Lua pelo Homem ou a Queda do Muro de Berlim ou, ainda, o atentado às torres gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2002.

Neste ambiente histórico-cultural, estaremos voltados para a Pós-Modernidade como novo paradigma e seus reflexos na Teoria Constitucional do Processo, o que se justifica não só pelo próprio objeto da ciência do Processo, mas, igualmente, pelo tratamento jurídico de temas que foram elevados ao nível de matéria constitucional – Processo Constitucional<sup>15</sup>.

---

Modernidade. A Sociedade em Transformação. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004; SÉRGIO RIBEIRO DA COSTA WERLANG, A Descoberta da Liberdade. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004.

<sup>15</sup> Cumpre observar que além de obras genéricas que tratam da Pós-Modernidade e Direito, o tema vem sendo objeto de estudos setoriais ou capítulos de livros que tratam de temas específicos, inclusive no Brasil, podendo-se citar, a título de exemplos, ELTON VENTURI, Processo Civil Coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas

Fernando de Trazegnies Granda (1993, p. 9)<sup>16</sup> escreve que:

[...] en vísperas del cambio de milenio, todos nos preguntamos sobre el mundo del futuro: ¿cómo será la vida más allá del año 2000? ¿Cómo estará organizada la sociedad de la postmodernidad? El término 'postmodernidad' fue lanzado por los críticos literarios y luego retomado unas veces con curiosidad, otras con sarcasmo y otras con entusiasmo por los filósofos, los arquitectos y los politólogos. Pero su contenido nos es de fácil aprehensión: ¿cómo puede hablarse válidamente de postmodernidad? ¿Acaso la modernidad no es lo último, el *modus hodiernus*, como decían los antiguos, el modo de hoy? El 'hoy' se desplaza a lo largo de los tiempos y nunca puede ser sustituido por un 'post-hoy' que inevitablemente se convierten un 'hoy' cuando sucede.

E prossegue Trazegnies Granda (1993, p. 9):

Ciertamente, si adoptamos el sentido literal de 'moderno', no cabe una postmodernidad. Pero lo 'moderno' ha recibido una definición histórica más rigurosa, para referirse a ese tipo de sociedad que empieza a asumir un papel protagónico a partir de los siglos XV o XVI y que se caracteriza por una profanización de la cultura y un reordenamiento de la acción económica y política de los hombres bajo la orientación del racionalismo y con miras a obtener ciertos fines u objetivos que más tarde fueron agrupados bajo la nueva categoría de 'progreso'<sup>17</sup>.

Neste cenário pós-moderno (ou da pós-modernidade) e dentre dezenas de outros exemplos que passaram a preocupar os juristas, destaquemos uma profunda questão que se apresenta ao Constitucionalista que esteja ao mesmo tempo preocupado com questões relacionadas à Ética (enquanto Filosofia Teórica) e à Bioética (enquanto Filosofia Prática), e que pode ser apresentada sob a forma

---

de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007; FÁBIO LUIZ GOMES, Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela. A Superação do paradigma da modernidade. São Paulo: Editora RT, 2006; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; GERMAN J. BIDART CAMPOS, Las Transformaciones Constitucionales en la Postmodernidad (Pensando el presente al 2001 desde el presente y el futuro). Buenos Aires: EDIAR, 1999; GUSTAVO BINENBOJM, Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; PAULO FERREIRA DA CUNHA CUNHA, Pensar o Direito. II – Da Modernidade à Postmodernidade. Coimbra: Livraria Almedina, 1991; MARIA TEREZA FONSECA DIAS, Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003; MIKE FEATHERSTONE, Cultura de Consumo e Pós-Modernismo. 1ª reimpressão, São Paulo: Studio Nobel, 2007; RICARDO MAURÍCIO FREIRE, Devido Processo Legal. Uma Visão Pós-Moderna. Salvador: Editora Podivm, 2008; HANS-GEORG GADAMER, Hermenêutica de la Modernidad. Madrid: Editorial Trotta, 2004; AGNES HELLER, / FERENC FEHÉR, Políticas de la postmodernidad. Ensayos de crítica social. Barcelona: Ediciones Península, 1989; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008; Antonio NEGRI; Michael HARDT, O Trabalho de Dioniso. Para a crítica do Estado pós-moderno. Juiz de Fora (MG): Editora UFJF – Pazulin, 2004; PAULO FERREIRA DA CUNHA, Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>16</sup> Bogotá: Editorial Temis S/A, 1993, p. IX – Prefácio.

<sup>17</sup> Idem, p. IX.

interrogativa, a saber: há uma crise de valores constitucionais, em razão das mudanças ônticas pelas quais vem passando a sociedade contemporânea?

A questão, a partir do próprio clima em que surge, não é apenas jurídica, pois a partir do instante em que se reconhece a existência de valores constitucionais, estes se espraiam em todas as direções, tais como no Biodireito, na Bioética e na Deontologia Médica, valendo lembrar que a área abrangida pelo Biodireito alcança, inclusive, as questões ambientais. O mesmo acontece com os denominados Direito Econômico e Direito Processual.

Toda esta realidade se explica em função de um dos pontos reconhecidos pacificamente, tanto em Teoria do Direito como em Filosofia do Direito, a saber: Historicidade dos Sistemas Jurídicos, consequência de que a norma jurídica regula fatos sociais que não são imutáveis, mas, sim, variáveis de sociedade para sociedade e mutáveis historicamente<sup>18</sup>. Ademais, o Direito, em si mesmo, é igualmente, um fato social,<sup>19</sup> pelo que terá de acompanhar as transformações sociais, isto porque, e em última análise, se não há norma jurídica que não esteja inserida em um contexto histórico e político, disto não poderia se furtar a Constituição, entendida, pelo Direito Constitucional Clássico, como a Lei Maior de cada Estado (soberano).

Dizendo um pouco diferente: as transformações econômicas e sociais pelas quais vem passando o mundo contemporâneo impõem, de um lado, (a) modificações nos conteúdos do Direito Constitucional (enquanto processo ou sistema), ao mesmo tempo em que (b) os fundamentos do Direito Constitucional oriundos da Teoria Constitucional do séc. XIX reconhecem a necessidade de modificar alguns de seus tradicionais conceitos e/ou incluir outros. Nesta perspectiva, trata-se do Direito Constitucional enquanto conhecimento.

Em outras palavras: na seara do Direito Constitucional, os fenômenos da Globalização e da Regionalização (Comunidade Europeia e Mercosul), bem como a Internacionalização dos Direitos Humanos, têm dado novos contornos aos conceitos (clássicos) de Soberania, Poder Constituinte, Estado como instituição

---

<sup>18</sup> Em razão desta característica, uma completa análise de qualquer sistema jurídico terá de levar em conta seus condicionamentos históricos, o que já vem sendo feito até pelo ensino da Filosofia. Neste sentido, veja-se Alfonso Ruiz Miguel: *Una filosofía del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo* (Madrid: Editorial Trotta, 2002). A propósito, justificando sua metodologia, afirma o autor que “ese enfoque (histórico)... reside, sencillamente, en la convicción de la importancia de la perspectiva histórica para una cabal comprensión de los problemas de los que se ha ocupado siempre la Filosofía del Derecho” (Ob. cit., Presentación, p. 11).

<sup>19</sup> Algumas posições filosóficas apontam (como é o caso de Miguel Reale), para um Tridimensionalismo do Direito, vendo-o como fato, valor e norma.

monopolizadora da produção das normas jurídicas e, até mesmo, o de Constituição, vista esta como *Lex Magna* portadora de uma supralegalidade que a fazia se impor sobre todo e qualquer tipo de norma jurídica integrante do sistema jurídico (nacional).

Dissemos fazia impor-se, tendo em vista que nos dias atuais o denominado Direito Humanitário se sobrepõe a qualquer sistema nacional, razão pela qual se chega a uma conclusão inevitável: os conceitos tidos como clássicos já não representam a realidade constitucional do momento.

Esta constatação significa dizer-se que, com base nos conceitos referidos algumas situações concretas do mundo Pós-Moderno, já não são passíveis de compreensão quando analisados à luz daqueles, denotando, desta forma, um fosso ou um Hiato entre a realidade dos fatos e a explicação científica que se lhe pretenda dar, sendo um exemplo fundamental, a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não só à vida, mas também à morte.

Entenda-se bem: os temas que integravam o denominado Direito Constitucional clássico, não desapareceram, mas apenas carecem de uma redefinição, a ser feita sob a óptica de um novo mundo que não poderá ser ignorado,<sup>20</sup> como reconhece José Sabater (1998, p. 215), ao observar que:

[...] el conjunto de datos que venimos analizando conducen a la conclusión bien obvia de que nos encontramos en medio de una profunda transformación de las coordenadas constitucionales, en el centro de un giro constitucional.

Em seguida, escreve (SABATER, 1998, p. 215-216):

¿Cuál será desde ahora la función de las reglas constitucionales que trataban de asegurar el contorno y la estructura del estado, proporcionando al estado su propia estabilidad? ¿Cómo asegurar, mediante un conjunto de reglas constitutivas, no ya lo perdurable del estado (su esquema mismo), sino, simplemente, la apertura de un proceso más incierto, menos definido, más abierto, donde desaparecen los sujetos colectivos, los momentos constituyentes? ¿Cuáles son los centros de los nuevos poderes en contacto y al margen de los poderes que en contacto y al margen de los poderes

<sup>20</sup> Veja-se, a propósito, o texto de OSCAR VILHENA VIEIRA, Realinhamento Constitucional, in CARLOS ARI SUNDFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA (Coord), Direito Global. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 15-48. Igualmente, SÍLVIO DOBROWOLSKI (Org), A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000 e ADROALDO LEÃO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (Coord), Globalização e Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002; AA.VV, La Globalización y el Orden Jurídico. Reflexiones contextuales. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia; ÍNIGO DE MIGUEL BERIAIN, El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis. Granada: Editorial Comares, 2008; IVO DANTAS, Direito Constitucional Econômico Brasileiro. Constitucionalismo & Globalização. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

estatales aparecen en ese entramado de transformaciones del nuevo escenario crítico del fin de la guerra fría, del exceso nacionalista, del desbordamiento de las fronteras políticas, de la inestabilidad que se aprecia en los bordes y en el interior del viejo sistema europeo de estados? ¿Qué reglas los deben y pueden concernir?

Repita-se: em verdade, todas as transformações referidas não de criar uma Teoria Constitucional, que deverá encontrar-se calcada na realidade (e não nos gabinetes), sobretudo, quando se trata de analisar a eficácia de sua principal fonte, a Constituição, tomada no sentido jurídico-político.

Neste sentido, o mesmo Sabater (1998, p. 216), depois de falar da ausência de uma 'respuesta tranquilizadora' para o problema, conclui no sentido de que:

[...] lo único que parece claro es la necesidad de avanzar hacia la elaboración de una teoría constitucional a la altura de los tiempos, una teoría que habrá de ser en todo caso de tipo proyectual, que trate de comprender el cambio de las sociedades. Una teoría capaz de enfrentarse a los problemas de la sociedad y de los ciudadanos y no un mero 'derecho de profesores' (Zagrebelski). Una teoría, en fin, que esté a la altura de los problemas que se plantean en las sociedades democráticas actuales.

Tratando dos fatores que estão determinando um realinhamento constitucional, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 15-17):

[...] três movimentos distintos que vêm rearticulando o constitucionalismo contemporâneo: a regionalização, representada pela união de Estados, com fins específicos; o cosmopolitanismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos; e a globalização econômica, que busca estabelecer um hábitat ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o globo.

E prossegue:

O primeiro desses movimentos que têm causado uma reconfiguração dos sistemas constitucionais decorre da formação de blocos regionais, onde, em função de uma integração econômica, surge a necessidade de uma integração de ordem política e jurídica [...] O segundo movimento [...] decorre do desenvolvimento de um sistema internacional de direitos humanos a partir do final da Segunda Guerra [...] O terceiro movimento, reconhecido como globalização econômica, não decorre de uma ação deliberada de estadistas, com objetivos éticos, como no caso dos direitos humanos, ou político-econômicos aqui no sentido do fortalecimento coletivo das economias de uma determinada região, como no caso da União Europeia, mas de uma retórica voltada a justificar a expansão e os interesses do capital dos países de economia central, especialmente os Estados Unidos. Essa expansão tem sido legitimada ideologicamente pelo neoliberalismo. Embora essa onda já se encontre em refluxo, ela continua exercendo uma forte pressão sobre os sistemas constitucionais, especialmente aqueles que reconhecem direitos de caráter social.

Antonio Del Cabo (2000, p. 23) afirma que:

[...] desde su gestación, a mediados de la década de los 80, y, sobre todo, con su creciente difusión a partir del desplome de los regímenes burocráticos del Este y del fin del mundo bipolar de la posguerra, el

concepto de 'globalización' ha pasado a constituir un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretenda dar cuenta acabada de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo. En ese marco, ha supuesto también un desafío central al paradigma constitucional entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas.

Logo em seguida, em nota de pé de página, observa o mesmo autor que “a pesar de la relevancia del tema, son más bien escasos los trabajos que han enfrentado directamente las aporías derivadas de la relación entre constitucionalismo y globalización” (CABO, 2000, p. 23-24).

Não há dúvidas de que neste período denominado de Pós-Modernidade e que coincide com a Globalização tem sido objeto de análises sob as perspectivas econômica e/ou sociológica, sendo poucos os autores que, apesar de sua importância e das relações que mantém com o Constitucionalismo, têm se preocupado por estudar tais relações, sob o ponto de vista jurídico.

Este vazio é, justamente, o que pretendemos suprir, tratando, pois, os problemas aqui apenas levantados (em razão do espaço) sob o ângulo jurídico, em respeito à importância que o mesmo desempenha em um mundo denominado de pós-moderno e globalizado <sup>21</sup>, pois, como o disse Paulo Borba Casella (2000, p. 11): “o fenômeno, antes percebido pela economia, bateu às nossas portas e foi vivido pela política e pela nação, doravante também o haverá de ser pelo direito”.

Como se viu, não é fácil fixarem-se os pilares que norteiam e seguram o conceito e conteúdo do Pós-Modernismo ou Pós-Modernidade.

Em decorrência, esta dificuldade se multiplica quando a tentativa é a de explicar o sistema jurídico com as características deste período, até porque uma aparente contradição se faz presente quando olhamos os modelos constitucionais da atualidade.

Referimo-nos ao fato de que novos ramos e novas ciências jurídicas setoriais têm se desligado da árvore constitucional.

Entretanto, ao invés de reduzir o seu tamanho, a elevação de novas matérias para serem amparadas no bojo da Lei Maior fazem desaparecer, dia após dia, a possibilidade das antigas constituições sintéticas, as quais estão sendo substituídas por constituições analíticas, nas quais qualquer matéria que as

---

<sup>21</sup> Em agosto de 2000, o Instituto Pernambucano de Direito Comparado, sob nossa Presidência, realizou em Recife, o Iº Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Comparado, tendo como tema central, Constitucionalismo & Globalização.

componha estará portando as características da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa.

Este aumento da árvore constitucional leva-nos a possibilidade de afirmar que a Constituição, como documento político-jurídico e sob o ponto de vista material, é formada por diversos subsistemas constitucionais que, após devidamente inter-relacionados entre si, formam a Constituição em seu sentido material-total, a qual, por sua vez, se encontra inserida em uma determinada realidade histórica, geográfica, sociológica, etc..., da qual não poderá ser abstraída.

Neste sentido, escreve Paulo de Barros Carvalho (1991, p. 88-89):

Se é correto mencionarmos a Constituição brasileira como sistema de proposições normativas integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente, podemos, é claro, analisar os subconjuntos que nele existem. O que nos interessa agora é a subclasse, o subconjunto ou o subsistema constitucional tributário, formado pelo quadro orgânico das normas que versam matéria tributária, em nível constitucional. A homogeneidade desse grupamento de regras está determinada, assim pela natureza lógica das entidades normativas, que pelo assunto sobre que dispõem. Atribuem-lhe unidade duas circunstâncias: estarem todas elas legitimadas pela mesma fonte - a norma hipotética fundamental - e consubstanciarem o ponto de confluência do direito positivo, no que concerne à matéria que lhes dá conteúdo.

Este quadro não ocorre apenas na área da Constituição Tributária.

Arnaldo Godoy (2005, p. 16-17) destaca um ponto por demais oportuno para nossos objetivos quando afirma que:

[...] o pós-modernismo vem sendo apropriado e estudado por muitas disciplinas, da filosofia aos estudos culturais, da geografia à história da arte, da política ao direito. No entanto, o que o pós-modernismo significa em uma disciplina não é exatamente o que pode significar em outra disciplina. Pode se perceber até incompatibilidade de significados. Embora circulando em âmbito de cultura popular o pós-modernismo permanece tema e controvérsia em círculos culturais elevados, sofisticados e acadêmicos. O termo é muito flexível.

Na segunda parte de seu livro, na qual o autor se volta à análise do tema que inspirou o nome da obra, Godoy (2005, p. 117-118) escreve que:

[...] porém, decididamente, não há direito pós-moderno. Há, sim, reflexão jusfilosófica pós-moderna, questionadora dos paradigmas do direito moderno, mas incapaz ou desinteressada em apresentar modelo alternativo, real, factível. Quando muito, poderia se duvidar da cindibilidade justinianéia entre direito público e direito privado, questionando interesses públicos e demonstrando a primariedade suposta de alguns deles, que não se confundem simplesmente com os projetos que animam os governantes, detentores da máquina propulsora da inflação legislativa e de elefantíase judicial pela qual passamos.

Esta afirmativa feita por Moraes Godoy é de uma impressionante validade, sobretudo porque chama a atenção para o fato de que o Direito (= sistema jurídico) não quebrou radicalmente com os modelos passados, mas apenas evoluiu para receber, sem dúvida, alguns inúmeros assuntos que, até o surgimento do denominado constitucionalismo social oriundo do México de 1917 e Weimar de 1919, encontravam-se apenas regulados pela legislação infraconstitucional, enquanto que nos dias presentes foram elevados à categoria de matérias constitucionais, tal como analisaremos nas páginas seguintes, com destaque para 3 (três) áreas: a biotecnologia, a economia e o processo judicial, este último merecendo maior consideração em razão dos objetivos fixados neste trabalho.

Andreya Navarro (2007, p. 2-3) tem lição-síntese que merece ser trazida à colação *ipsis litteris*:

Atualmente, desempenhada pela tecnologia, particularmente pela biotecnologia que está fazendo com que uma civilização radicalmente nova seja possível. Estamos no amanhecer de novas atribuições e responsabilidades com a espécie, momento único desde o início da evolução do homem que foi, até então, biologicamente protagonista de papéis escolhidos por forças externas à consciência. A troca de papéis de ator para autor de novos ensaios na odisséia humana traz consigo a ansiedade natural dos principiantes. Questões jurídicas, filosóficas e éticas destes novos horizontes vêm sendo discutidas para amenizar o medo do desconhecido e do próprio homem com sua inigualável capacidade de destruição. Inseminação artificial, congestionamento de sêmen e seleção de espécies, são técnicas de há muito dominadas pelo homem na agropecuária, sem despertar preocupação da sociedade por tratar-se de um meio para melhorar a própria condição de vida. A utilização de meios artificiais para promover a seleção de raças humanas, tais como: a experiência nazista, sua busca pela supremacia da raça ariana e os métodos de seleção do sexo masculino empregados por povos do oriente, desencadeavam o início de uma análise das mudanças de valores pelas quais a humanidade vem atravessando. Conceitos como fertilização in vitro (FIV) - continua SCHERER NAVARRO – doação de sêmen, aluguel de útero, beneficiamento de espermatozoides, paternidade identificada por DNA, destino de embriões congelados, terapias genéticas, doações de órgãos, cirurgia para tratamento de doenças do feto, clonagem de criaturas trouxeram o material básico e os mecanismos da vida biológica do homem para os consultórios, tribunais e para os planos estratégicos das indústrias. O cerne do debate ético a respeito dos avanços biotecnológicos inclui questões referentes à privacidade genética, à disparidade de acesso a novas terapias e do registro de patente genérica. Utilizaremos a terapia genética estritamente para curar doenças graves do deveríamos estender as tecnologias para aperfeiçoar os seres humanos? A revolução biotecnológica é o foco principal de preocupação entre os cientistas, médicos e advogados, apreensivos com a eficácia e avanço das novas tecnologias, a perda da biodiversidade, a alteração da cadeia genética humana e com as imprevisíveis conseqüências da manipulação genética.

O que foi trazido à colação, irradia-se, evidentemente, na esfera da infraconstitucionalidade, fazendo com que ocorra a presença cada vez maior de

diplomas legislativos envolvendo temas dos denominados biodireito, do direito econômico, do direito à cultura, etc., podendo destacar em relação ao primeiro (Biodireito) os seguintes diplomas legislativos, o que justifica a autonomia cada vez maior deste novo ramo do conhecimento jurídico<sup>22</sup>.

Toda esta legislação e o novo enfoque com que se vem tratando o tema têm gerado questões jurídicas de profundas indagações, tanto que no exercício da Jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar sobre a possível Inconstitucionalidade (ADIN 3.510-0 DF) do art. 5º da Lei Federal nº 11.105 (24.3.05), “Lei da Biossegurança”, em ação que foi impetrada pelo então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, e que trouxe, ao órgão máximo do Judiciário Brasileiro, várias experiências processuais novas, inclusive a realização de Audiência Pública, por iniciativa do Relator, Min. Carlos Ayres de Brito.

Neste quadro, independentemente de se falar em ciências naturais e ciências humanas ou sociais, vale ressaltar, sobretudo, que as denominadas Ciências do Direito e das Ciências da Saúde tiveram seus pilares sendo objeto de dúvidas, muitas das quais representando a existência de lacunas que, com urgência, necessitam ser preenchidas. Esta realidade significa sublinhar que o conhecimento científico se vê diante de uma mudança de paradigma, passando do denominado paradigma cartesiano<sup>23</sup> para um outro, mais conhecido como paradigma holístico.<sup>24</sup>

As palavras trazidas à colação pelo conceituado tributarista e os exemplos que mencionamos aplicam-se a qualquer subsistema constitucional, como sejam, aqueles referentes à ordem social (educação e cultura), aos direitos dos trabalhadores, à ordem econômica, à saúde e previdência, às garantias do processo

---

<sup>22</sup> Decreto nº 6.041, de 8 de fevereiro de 2007 – Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências; Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; Lei nº 10.814, de 16 de dezembro de 2003 – Estabelece normas para a comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2004, e dá outras providências; Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. – Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências; Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 – Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

<sup>23</sup> Vale referir-se ao fato de que em razão desta mudança de paradigmas, os autores costumam fazer sérias críticas ao modelo cartesiano, sem que nenhuma voz se levante em sua defesa, ou seja, pelo menos à primeira vista, esquecem a contribuição dada pelo referido autor à evolução da Metodologia e da Epistemologia.

<sup>24</sup> A propósito, sobre o tema, ver: WEIL, Pierre. **O novo paradigma holístico: ondas à procura do mar.** In: BRANDÃO, Dênis M. S.; CREMA, Roberto. **O novo paradigma holístico: ciência, filosofia, arte e mística.** São Paulo: Summus, 1991.

(aplicáveis a qualquer ramo deste) todos decorrentes de uma evolução pela qual passaram as referidas matérias em nível constitucional.

Objetivamente, nesta evolução podemos destacar três aspectos que moldam a Constituição atual, a saber:

1) - modificou consideravelmente o discurso constitucional, que, desde então, não mais se resume aos tradicionais conceitos de Formas de Governo, Formas de Estado, Direitos e Garantias Individuais, Competência, Separação de Funções etc., mas, ao contrário, a esta terminologia juntaram-se vocábulos que não têm uma explicação jurídica, como por exemplo, juro real, pleno emprego, dignidade da pessoa humana, eficiência da administração e da prestação jurisdicional, ordem social justa, e centenas de outros. Tal fato refletir-se-á não apenas na já referida dimensão dos textos constitucionais, mas exige do seu estudioso um conhecimento quase enciclopédico, pois abrange os denominados "ramos da ciência jurídica" como, igualmente, as demais Ciências Sociais: desde a História à Economia e à própria Antropologia Cultural (ex: Constituição Federal de 1988, art. 231), para não falarmos de uma irrenunciável compreensão dos fatos regulamentados à luz da Sociologia;

2) - autorizou a Doutrina falar em Constituição Cultural, Constituição Tributária, Constituição Social, Constituição Econômica, Constituição da Saúde, Constituição do Processo (ou Teoria Constitucional do Processo) cada uma representativa de um dos subsistemas constitucionais, embora só "isoláveis" para efeitos didáticos e/ou de análises;

3) – esta incorporação de novos temas à Constituição, faz com que o constitucionalista passe de uma análise à luz do modelo descartiano (realidade fragmentada) para uma análise holística (ou total da realidade), a ser feita em duplo sentido.

Evidentemente, que estamos em simples constatação de uma realidade e não pretendemos analisar todos estes subsistemas constitucionais na visão da Pós-modernidade, mas apenas aquele que por enquanto nos interesse, ou seja, o Processo como integrante de um novo paradigma<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre o Biodireito Constitucional como subsistema, veja-se capítulo em nosso livro *Constituição & Processo Introdução ao Direito Processual Constitucional*. 2ª edição ampliada, revista e atualizada pelas Leis nº 11.417, de 19.12.2006 e nº 11.418, de 19.12.2006 (Repercussão geral no Recurso Extraordinário e Súmula Vinculante), Curitiba: Juruá Editora, 2007. Em relação ao subsistema econômico, estamos preparando uma nova edição de nosso livro **Direito Constitucional Econômico Brasileiro: Constitucionalismo & Globalização**. Curitiba: Juruá Editora, 1999. Sob a forma de artigo, *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 9, n. 1, p.25-75, jan./abr. 2018.

## 2. A TEORIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO COMO INTEGRANTE DE UM NOVO PARADIGMA: CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E DIREITOS INDIVIDUAIS

Se o estudo da Pós-Modernidade é tema por demais complexo e amplo, imagine-se quando se pretende buscar características que marquem um novo paradigma jurídico representativo desse momento histórico, e dentro dele, tentar-se isolar os elementos que identificariam um determinado ramo do Direito.

No nosso caso, a Teoria Constitucional do Processo (ou Constitucionalização do Processo) como integrante de um novo paradigma é o que por ora nos interessa e será nossa proposta apresentada de maneira bem esquemática, sob a forma de primeiras reflexões que deverão ser ampliadas, modificadas ou negadas com o passar do tempo, ou melhor, à medida que esta análise for se desenvolvendo.

Partamos de uma constatação, qual seja, nas palavras de Trazegnies Granda (1993, p. 11), a de que:

[...] postmodernidad [...] no será socialista. Tampoco será, como algunos piensan, un regreso a algunas de las formas que ha asumido la sociedad liberal a lo largo de su desarrollo histórico: ni la romántica competencia absoluta predicada en los primeros tiempos, ni el endiosamiento de la libertad al punto de que, en su nombre, no se permita controlar las posibilidades de explotación del hombre por los hombres o de los poderosos grupos económicos sobre los pueblos y sobre los individuos como en su fase de expansión capitalista, parecen satisfacer las necesidades de un mundo ávido de libertad y de prosperidad para todos. Es probable que ese mundo de la postmodernidad sea, ante todo, realista.

Mais adiante, aborda o autor um ponto que nos parece de suma importância e que foi objeto de nossas reflexões no livro *Teoria do Estado Contemporâneo*<sup>26</sup>, ou seja, o fenômeno da Globalização, expressão que Trazegnies não utiliza, mas que fica clara nas entrelinhas de sua lição (GRANDA, 1993, p. 11-12):

Por otra parte – continua -, la intensidad de las comunicaciones, el intercambio permanente y generalizado de información y la posibilidad continua de comparación, así como la movilidad extraordinaria del capital y de la población, llevarían probablemente a una mayor igualdad tanto en el marco interno de cada país, como a nivel mundial: un mundo que será también cultural y racialmente más homogéneo. Es probable que, como consecuencia de los primeros factores, las fronteras y las soberanías, baluartes del Estado liberal moderno, tiendan a atenuarse, mientras que se expandirán las nuevas formas asociativas supracionales que han

---

veja-se O Econômico e o Constitucional “Revista de Direito Administrativo”, Editora Renovar, janeiro-março, 1995, vol. 200.

<sup>26</sup>A referência completa é a seguinte: DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

comenzado a aparecer bajo la forma de mercados comunes, uniones regionales, zonas de libre comercio etc.

Prova maior das influências das interrelações entre os sistemas jurídicos, é o importante tema da Recepção Legislativa ou Circulação de Sistemas, por nós minuciosamente estudado no livro “Direito Constitucional Comparado: Introdução. Teoria e Metodologia”<sup>27</sup>, e no qual temos destacado a impossibilidade atual da antiga divisão das Famílias Jurídicas em Common Law e Civil Law, o que fica mais evidenciado quando se trata da análise do Controle de Constitucionalidade em ambos os modelos.

Feitas estas observações, poderemos apontar os seguintes elementos caracterizadores da Teoria Constitucional do Processo como integrante de um novo paradigma. Assim sendo, teríamos:

a) – De início cumpre indicar o surgimento da preocupação com o estudo constitucional do processo. Neste sentido, o processo não é mais regido, unicamente, por códigos e/ou leis, mas sim, diretamente pela Constituição, na qual estarão os princípios norteadores que mapearão todo o sistema processual.

De objeto material bastante amplo, temos como primeiro desafio a necessidade de estabelecer-se a diferenciação entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, o que não é de fácil solução, sobretudo, por se tratar de assunto de cunho epistemológico<sup>28</sup>. Por sua natureza, portanto, seja qual for a proposta apresentada, sempre encontrará concordâncias e/ou discordâncias.

Em nosso entender, poderíamos afirmar que o Direito Processual Constitucional traz consigo dois objetos de análise, a saber:

1) - preocupa-se com a denominada Jurisdição Constitucional e os órgãos que a exercem, isto é, o Tribunal Constitucional (composição, mandato, formas de indicação de seus membros) e com as ações que visam a integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje formam o Controle de Constitucionalidade (concentrado e difuso)<sup>29</sup>;

2) – consagração de ações tipicamente constitucionais e que dizem respeito à Jurisdição constitucional das liberdades - denominadas de Ações ou Remédios

<sup>27</sup> A referência completa é a seguinte: DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

<sup>28</sup> Por ser análise filosófica, está marcada por juízos de valor, variáveis, portanto, de autor para autor.

<sup>29</sup> A propósito, veja-se DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

Constitucionais – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os Direitos Individuais e Coletivos, constitucionalmente assegurados. Aqui, encontramos como exemplos históricos, o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, devemos acrescentar os institutos do Habeas Data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos.

O Direito Constitucional Processual volta-se para o estudo das Garantias principiológicas do processo e do procedimento, ou seja, à análise do *Due process of Law*.

Pode-se ainda fazer referência ao Direito Constitucional Judicial, tendo como objeto o Poder Judiciário e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do Ministério Público, e as Funções Essenciais à Justiça.

Todo este quadro será desenvolvido ao longo da enumeração que caracteriza este nosso

b) – A elevação do Processo ao nível constitucional, trará, em consequência, tornar efetivo o Princípio da DIGNIDADE HUMANA, a qual, no mundo pós-moderno, é visto como ponto central (e daí ser além de Valor, um Princípio Fundamental) na concepção deste novo constitucionalismo em que a Pessoa assuma a posição antes ocupada pelo Poder do Estado. Assim, por exemplo, o Direito Administrativo deixa de ser o Direito da Administração, para ser o Direito do Administrado (Ver CF, Títulos I, II e III e o sentido da colocação topográfica).

Esta mencionada valorização das normas processuais transforma alguns princípios, antes conhecidos e justificados apenas historicamente e em nível de infraconstitucionalidade, agora em matéria sujeita à proteção especial, isto é, com as características que lhe dão um status diferenciado no ordenamento jurídico positivo, ou seja, uma Supremacia, assegurada pela Supralegalidade e pela Imutabilidade Relativa;

c) – Visando tornar realidade os Direitos Individuais e Coletivos assegurados nas Constituições Contemporâneas, em especial na nossa, todo o conjunto de normas e princípios garantidores que os asseguram se voltam para uma maior efetividade da prestação jurisdicional eficiente, o que estaria assegurada independentemente de enumeração expressa.

Cabe aqui chamarmos a atenção para uma importante mudança substancial, qual seja, predominância do devido processo justo sobre o devido processo legal.

Esta alteração, em última análise, obedece a um comando constitucional, exatamente aquele contido no Preâmbulo da Constituição, ao afirmar que por esta se institui um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”.

d) – No caso específico do Brasil, em razão do modelo constitucional de 1988, por tratar ele de Garantias Individuais e/ou coletivas, todos os seus elementos são inalcançáveis pela via do Poder de Reforma, sob pena de inconstitucionalidade material;

e) – Neste sentido, dá-se ampla cobertura aos denominados Processos Coletivos, com a presença cada vez maior da Substituição Processual, cujo uso cada vez mais presente visa desafogar o Judiciário, evitar decisões contraditórias sobre os mesmos assuntos e valorizar a economia processual;

f) – Neste quadro, e desde que não comprometam as Garantias Processuais Constitucionais, estão sendo criadas figuras processuais que aparentemente e à primeira vista, desprezam o formalismo processual. É o caso, por exemplo, do princípio da fungibilidade, admitido, sobretudo, nas hipóteses de Tutela Antecipada ou Liminares;

g) – Ainda em busca de uma verdadeira Efetividade da Prestação Jurisdicional (ver letra c acima), visando a um processo justo, têm sido aprovados institutos como Súmulas Impeditivas e Súmulas Vinculantes, estas últimas, mormente em matéria constitucional, com previsão de punição àqueles que recorrem de decisões com objetivos meramente procrastinatórios (Ver CPC, art. 285-A – sentenças paradigmas; Lei nº 11.672, de 8.5.2008 – acrescenta o art. 543-C ao CPC – recursos repetitivos no âmbito do STJ; Resolução STJ, nº 8, de 7.8.2008);

h) – Aplicação de uma Tecnologia Informática aplicada ao Processo Judicial – Lei nº 11.419, de 19.12.2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – CPC e dá outras providências)<sup>30</sup>.

i) – O próprio acesso aos denominados Tribunais Constitucionais (ou àqueles que lhes façam às vezes) tem sofrido limitações através de institutos que

<sup>30</sup> Sobre o tema, ver: BENUCCI, Renato Luis. **A Tecnologia Aplicada ao Processo Judicial**. Campinas (SP): Millenium Editora, 2007; PETRÔNIO CALMON. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial: lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

permitam apenas e tão somente a subida de ações que realmente tenha um interesse geral e não apenas entre as partes;

j) – A consagração, cada vez maior, do princípio da Igualdade Processual, ou seja, através dela os elementos da relação processual deverão ser tratados igualmente, sem discriminação alguma por parte de Magistrados e/ou servidores, sobretudo porque, onde a Lei quer um tratamento desigual, já o menciona. Isto é válido, sobretudo, para o denominado processo trabalhista.

k) – De suma importância neste quadro de aspectos e de elementos que caracterizam este novo paradigma, podemos apontar uma acentuada importância dada aos estudos de jurisprudência constitucional, principalmente tendo-se em vista a reciprocidade de influências entre os dois clássicos sistemas de controle de constitucionalidade, a saber, o modelo difuso (ou americano) e o modelo concentrado (ou austríaco). Em outras palavras, visando-se cada vez mais conferir efeitos *erga omnes* às decisões, a jurisprudência constitucional (vista como precedente) há de ser utilizada, por exemplo, para a caracterização, entre nós, da Repercussão Geral ou para cabimento do Recurso Extraordinário. Ou mais: para demonstração do caráter de subsidiariedade exigido pelo art. 4º, § 1º da Lei 9.882/99, nos seguintes termos:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Evidencia-se aí, sem maiores esforços, o caráter de subsidiariedade da Lei, o que será demonstrado pela via da Jurisprudência ou dos Precedentes, visto que, se possível a impetração de qualquer outra das espécies normativas previstas em nosso sistema para o controle de constitucionalidade, incabível será a Ação de Descumprimento.

Ao longo desse artigo, em uma visão de conjunto, deixaremos claro que o atual paradigma constitucional-processual não admite privilégios sob quaisquer pretextos, nem prestação jurisdicional que se exaure no simples processo de conhecimento. Em outras palavras: se se busca o tratamento igualitário das partes, busca-se muito mais do que simples preenchimento de formalidades, a efetividade

do processo, o que implica que a prestação jurisdicional não se exaure em simples dizer o direito, mas entrega-lo a quem, realmente, é seu titular.

Por tudo o que foi dito, chega-se a falar, inclusive, em uma relação existente entre o Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, título, aliás, de trabalho escrito por Eduardo Cambi, no início do qual afirma o autor o seguinte (CAMBI, p. 139):

A Constituição, como Lei Fundamental, estabelece, explícita ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico. A relação entre a Constituição e o processo – prossegue – pode ser feita de maneira direta, quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser indireta, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.

E conclui (CAMBI, p. 139): “não se podendo compreender o processo, sem antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental”.

Não resta dúvida alguma de que a maior função do processo é a tutela de direitos. Entretanto, como ensina Eduardo Couture (1993, p. 148):

[...] lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela de proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales.

Razão tem Couture (1993, p.151), sobretudo quando observa que:

[...] las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora.

Giuseppe Bettiol (1977, p. 222-223) referindo-se à instabilidade dos Códigos e a necessidade de que as normas processuais se encontrem consagradas constitucionalmente, afirma:

Un Código procesal que no encuentre su fundamento racional, político y jurídico, en el articulado de una Constitución que ‘reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre’ (art. 2) se encuentra expuesto a todas las posibilidades de reformas vinculadas a mayorías político-parlamentares

ocasionales, con grave perjuicio de las libertades públicas y privadas. La Constitución es así una garantía y un límite insalvable hasta el momento de su reforma.<sup>31</sup>

A presença de normas processuais nas Constituições, funcionando, de início, como Garantias Constitucionais Individuais e do Processo<sup>32</sup>, é parte integrante do fenômeno que se vem chamando de Constitucionalização do Direito, causa e consequência do caráter analítico das Constituições contemporâneas, as quais conferem um *status* de supralegalidade constitucional àquelas matérias antes tratadas, exclusivamente, em nível infraconstitucional<sup>33</sup>.

Este *status*, entretanto, de nada valerá se não houver um Judiciário composto por Juizes que tenham a independência e a coragem de fazê-las efetivas frente à vontade momentânea do poder, sobretudo, do Executivo, que muitas vezes

---

<sup>31</sup> É preciso lembrar que o fato de constar da Constituição, não significa, por si só, encontrar-se a norma a salvo de maiorias político-parlamentares ocasionales como se refere BETTIOL, tendo em vista que o procedimento de reforma, mesmo nas Constituições Rígidas, pode ficar flexibilizado por determinada corrente política que possua, no Parlamento, o quorum necessário à reforma. Reconhecemos, contudo, que dificulta. Por isto, entendemos que a Constituição Brasileira de 1988 andou de forma acertada ao inserir os direitos e garantias individuais como limites materiais ao exercício do Poder de Reforma (art. 60, § 4º, inciso IV), ou seja, como Cláusulas Pétreas, tal como expusemos no capítulo anterior. Sobre Processo e Democracia, clássico é o livro de PIERO CALAMANDREI, com o mesmo título (Proceso y Democracia), que reproduz conferências feitas pelo autor na Faculdade de Direito na universidade Autônoma do México (Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960). Ver ainda no campo do processo penal: GERALDO PRADO, Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 29 e segs; JOSÉ CIRILO VARGAS, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002; JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO, Processo Penal – Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá Editora, 2003; GILSON BONATO, Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003; PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS e THALES CEZAR DE OLIVEIRA, Princípios Constitucionais no Inquérito e no Processo Penal. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001; LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Processo Penal e (em face da) Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 3ª edição reescrita e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004; JAMES GOLDSCHMIDT, Princípios Gerais do Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002; PAULO CLÁUDIO e JOÃO BATISTA TOVO, Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em Face da Nova Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989; ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora RT, 1999; FAUZI HASSAN CHOUKR, Processo Penal à luz da Constituição. Temas Escolhidos. Bauru (SP): Edipro, 1999; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

<sup>32</sup> Veja-se ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, Normas Processuais Civis Interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.

<sup>33</sup> Veja-se, a propósito, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, A Constitucionalização do Direito. A constitucionalização do Direito processual. Processo Civil e direito constitucional. Direito processual comunitário. In “JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG”. Belo Horizonte, abril de 2000. Ano 2, Nº 11. Ainda: JUAN MONTERO AROCA, El Derecho Procesal en el siglo XX. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

(no caso do Brasil, milhares de vezes!) tenta transformar em letra morta direitos e garantias constitucionalmente assegurado<sup>34</sup>.

Neste ponto, não temos dúvida em afirmar que fundamental é a difusão de um sentimento ou patriotismo constitucional<sup>35</sup>, o qual, em última análise, poderá fundamentar até mesmo a Desobediência Civil, visto que, nas corretas palavras de Luigi Ferrajoli (1999, p. 53): “la violación (de los derechos fundamentales) por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistência.”<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Como exemplos, citem-se, em primeiro lugar, o número cada vez maior de Medidas Provisórias restritivas de Direitos e Garantias Individuais e, portanto, de conteúdo constitucionalmente duvidoso. Em segundo lugar, o mesmo se diga em relação ao cumprimento, pelo Poder Executivo, dos Precatórios Judiciais que, na prática, se transformaram em letra morta, podendo ser traduzidos dentro do velho aforismo “ganha, mas não leva”, enquanto o Judiciário assiste passivamente ao descumprimento de suas decisões, visto que, no fundo, não contam os Tribunais com o apoio do STF que argumenta com a “situação econômica dos Estados”, como se examinar este aspecto fosse mais importante do que defender o valor da decisão da decisão proferida. No mesmo sentido de nossa opinião, têm sido vários pronunciamentos do Min. Carlos Ayres de Brito no Pleno daquele Tribunal, sempre que se põe em discussão a matéria.

<sup>35</sup> O tema vem sendo objeto de amplas análises, podendo-se mencionar, dentre outras, as seguintes: JUAN FRANCISCO CARMONA Y CHOUSAT, *Constituciones: Interpretación Histórica y Sentimiento Constitucional. Cuatro ensayos sobre la organización política*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004; MARCELO CATTONI, *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006; JÜRGEN HABERMAS, *Conciencia Histórica e Identidad Postradicional*. In *Identidades Nacionales y Potnacionales*. Segunda Edición, Madrid: Tecnos, 2002, p. 83-109; MIGUEL HERRERO DE MIÑON, *Patriotismo Constitucional o Constitucionalismo Útil*. In *El Valor de la Constitución*. Barcelona: Editorial Crítica, 2003, p. 394-420; PABLO LUCAS VERDU, *El sentimiento constitucional*. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid: Reus, S. A, 1985; PABLO LUCAS VERDU, *O Sentimento Constitucional*. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; DOLF STERNBERGER, *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; ANTONIO CAVALCANTI MAIA, *Patriotismo Constitucional e Patriotismo Republicano*. In *Virtù – Revista Virtual de Filosofia Jurídica Teoria Constitucional*. Salvador: Nº 1, março-abril-maio, 2007; JUAN CARLOS VELASCO, *Patriotismo Constitucional: una Forma Republicana de Identidad Colectiva*. In *Virtù – Revista Virtual de Filosofia Jurídica Teoria Constitucional*. Salvador: Nº 1, março-abril-maio, 2007; MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, *Patriotismo Constitucional Contra Fraude à Constituição*. In *Virtù – Revista Virtual de Filosofia Jurídica Teoria Constitucional*. Salvador: Nº 1, março-abril-maio, 2007.

<sup>36</sup> Sobre Desobediência Social, vejam-se: CLÁUDIA DE REZENDE MACHADO DE ARAÚJO, *O Direito Constitucional de Resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; JOSÉ CARLOS BUZANELLO, *Direito de Resistência Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; NELSON NERY COSTA, *Teoria e Realidade da Desobediência Civil*. 2ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000; MARIA DA ASSUNÇÃO ANDRADE ESTEVES, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*. Lisboa: Associação Acadêmica de Direito, 1989; MARIA GARCIA, *Desobediência Civil – Direito Fundamental*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2004; MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO, *O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003; A. MACHADO PAUPÉRIO, *O Direito Político de Resistência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978; MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLÊS, *Habermas e a Desobediência Social*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003; FERNANDO ARMANDO RIBEIRO, *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Por uma Compreensão Jurídica da Desobediência Civil. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004; GEOVANI DE OLIVEIRA TAVARES, *Desobediência Civil e Direito Político de Resistência*. Campinas: Edicamp, 2003; HENRY DAVID THOREAU, *A Desobediência Civil e outros Escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

Ao lado deste aspecto, cumpre reconhecer a necessidade de um Judiciário devidamente aparelhado, tanto materialmente quanto em relação a pessoal, com independência financeira não apenas prevista na Constituição, mas concretamente real, onde não haja a necessidade, sobretudo, nas comarcas do interior, de ajuda das Prefeituras, muitas delas emprestando o prédio para o funcionamento das Varas, além de residências para Magistrados e Promotores, os quais, por mais que sejam desvinculados de laços políticos, em tais situações são devedores das benesses do Poder Executivo Municipal.

Vale ainda destacar que o conteúdo daquelas (normas processuais) varia de acordo com a ideologia constitucionalmente consagrada, a qual (e não poderia ser diferente), por sua vez, se refletirá na regulamentação feita pelas normas infraconstitucionais em matéria de processo e procedimento. Em outras palavras: o modelo constitucional determinará o modelo de sistema processual em uma dada sociedade.

Alexandre Vaz (1998, p. 128), tratando do tema, chega a escrever que “[...] cumpre definir o processo como garantia da liberdade individual e dos direitos fundamentais dos cidadãos perante a lei nos modernos sistemas do Estado de Direito e do Estado Social de Direito.”.

Em seguida, depois de identificar uma “[...] linha evolutiva dos sistemas processuais dos últimos séculos, encarados precisamente sob o prisma do progressivo aumento das garantias judiciárias fundamentais dos cidadãos [...],” menciona nada menos de 4 (quatro) modelos, a saber (VAZ, p. 128 e segs)<sup>37</sup>:

a) – Sistema do processo comum europeu medieval (dominante até fins do séc. XVIII); b) – Sistema do processo liberal (introduzido pela Revolução Francesa); c) – Sistema do processo social (expressão do socialismo europeu do séc. XIX, consagrado na Ordenação Processual Austríaca de 1895 de FRANZ KLEIN); d) – Sistema dos processos socialistas (resultante da Revolução Russa e que dominou nos países de influência soviética da Europa Oriental).

Para cada um desses sistemas, Vaz apresenta os seguintes caracteres:

a) - Sistema do processo comum europeu medieval: assenta em privilégios de classe de tipo feudal (justiça privilegiada, desigualitária e patrimonial); reveste natureza secreta, escrita, mediata, descontínua e de grande duração, consagra o regime da prova legal (verdade formal) e das sentenças imotivadas; constituindo como tal um sistema de justiça autoritária, opressiva e arbitrária; b) - Sistema do processo liberal: assenta

<sup>37</sup> Embora não fale, expressamente, em Constituição, notar-se-á que cada modelo corresponde à compreensão constitucional vigente à época.

na supressão das jurisdições privilegiadas e no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e os tribunais – mas cria uma igualdade puramente formal, inspirada no princípio individualístico do ‘laissez faire, laissez passer’, - reveste natureza pública, oral, imediata e concentrada; - consagra os princípios da livre convicção do juiz na apreciação da prova, da garantia do segundo grau de jurisdição (apelação), da documentação da prova e da motivação das sentenças: - adopta o conceito do juiz passivo (princípio dispositivo), pelo que reveste carácter essencialmente privatístico, e apenas atinge a verdade formal, traçando do processo um conceito duelístico, agonístico ou desportivo: (Sporting Theory ou Adversary System entre os anglo-saxónicos); sendo de salientar que os princípios da oralidade, da imediação e da publicidade, instituídos pelas leis revolucionárias (Lei de 16-24, de Agosto de 1790 e outras não foram respeitados pelo Code de Procédure Civile de 1806); c) – Sistema do processo social: consagra de maneira rigorosa e efectiva os princípios da oralidade, da imediação, da concentração e da publicidade, assenta no princípio da livre apreciação da prova, e concede as garantias do recurso de apelação (com renovação da prova oral em 2ª instância), da motivação exaustiva das sentenças, da rigorosa documentação da prova, do juiz activo, responsável e assistencial (que visa criar entre as partes uma igualdade real e efectiva e não meramente formal – pelo auxílio que o juiz concede à parte económica e culturalmente mais débil e desfavorecida) construindo assim uma estrutura processual com carácter acentuadamente publicístico, dominado pelo princípio da investigação oficiosa da verdade material pelo juiz (princípio inquisitório ou de investigação ‘Forschungsprinzip’): estrutura essa que o próprio KLEIN qualificou como ‘um instituto de bem estar social’- Wohlfahrtseinrichtung. d) – Sistema dos processos socialistas: este sistema tem fundamentalmente as mesmas características técnicas e sociais do sistema antecedente (nomeadamente no tocante à oralidade-imediação e concentração); mas confere ainda maior força e acentuação aos princípios do juiz activo e assistencial, da igualdade efectiva das partes, da descoberta da verdade material ou objectiva (consagrada até explicitamente no art. 103º da Constituição Checoslovaca), da fiel documentação da prova oral produzida em 1ª instância, da motivação exaustiva das decisões de facto e de direito e da máxima publicidade das audiências: - tendo de específico o carácter eletivo dos juizes e a participação de dois assessores populares nos tribunais de 1ª instância com vista à democratização da justiça ou à sua aproximação do poder popular e fazendo do processo, através daquela larga publicidade e da motivação exaustiva das sentenças, um potente meio de educação jurídica e política dos cidadãos em geral e de prevenção e defesa do princípio da legalidade socialista – sendo de salientar a este propósito que 40% dos juizes russos e 60% dos juizes polacos eram indivíduos do sexo feminino, e que o estímulo à larga participação do público nas audiências é criado, entre outros factores, pelo horário e local em que essas audiências por vezes se realizam (fábricas, empresas e outras entidades colectivas)<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> A propósito de alguns temas referidos pelo autor luso, consultem-se IVO DANTAS, Constituição & Processo Introdução ao Direito Processual Constitucional. 2ª edição ampliada, revista e atualizada pelas Leis nº 11.417, de 19.12.2006 e nº 11.418, de 19.12.2006 (Repercussão geral no Recurso Extraordinário e Súmula Vinculante), Curitiba: Juruá Editora, 2007; Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional. Coisa Julgada Inconstitucional (em colocação com Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda). São Paulo: Editora LTr, 2007; Dos Princípios Processuais na Ciência Processual Contemporânea, in “Anuário do Mestrado em Direito”, Faculdade de Direito do Recife, nº 6, 1993 e Verdades Formal e Material no Processo Trabalhista, in Revista da Amatra VI, Recife, ano 1, vol. 2, julho, 1997. Importante análise é feita por MAURO CAPPELLETTI no livro El Proceso Civil en el Derecho Comparado – Las Grandes Tendencias Evolutivas (Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1973, p. 3-20), onde o A. demonstra a dificuldade de identificar os princípios processuais consagrados nas diversas legislações.

Antônio Scarande Fernandes (1999, p. 14-15), com base em Jorge de Figueiredo Dias, analisa:

[...] o modo como as orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram na estrutura e caracterização do processo penal: a) – Numa concepção autoritária do Estado, o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vector processualmente relevante. O argüido, por seu turno, é visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito o processo, mas que nele não participa ativamente; b) – No Estado liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é de uma oposição de interesse (portanto, de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja 'fair', supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso, o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro sujeito do processo, armado, com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais; c) – No Estado-de-direito social,<sup>39</sup> a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; onde no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio uma parte da ordenação comunitária. No processo penal se trata primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso<sup>40</sup>.

Em seguida, Fernandes arremata (1999, p. 15):

Desses entendimentos extrai-se que o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país.

A propósito, escreve Joan Pico i Junoy (1997, p. 17-18), que:

<sup>39</sup> Para uma visão do Estado nos dias de hoje, veja-se IVO DANTAS, *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

<sup>40</sup> Consulte-se SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª edición revisada, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. Atualmente, se encontra muito em voga a chamada Teoria do Garantismo, cujo expoente máximo é LUIGI FERRAJOLI, sobretudo, em seus livros *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal* (São Paulo: Editora RT, 2002) e *Derechos y Garantías – La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 1999). No primeiro, o autor, dentre outros temas, trata das Garantias Penais e Processuais e da Tipologia dos Sistemas Punitivos (p. 73-82), enquanto que no segundo, analisa a *Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica*. El modelo garantista, oportunidade em que aponta a *Crisis de la legalidade*, a *Crisis del Estado social* e a *Crisis del Estado nacional* como os três aspectos desta crise. Ainda: *Los Fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2001). Ver ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material* (Florianópolis: Habitus Editora, 2002), no qual, sobretudo no capítulo 3, o autor analisa interessantes temas como O crime de Porte de Arma apreendida na residência do agente; O Aborto por má formação do Feto e A Concessão de Liminares contra o Estado e o Direito à Saúde; EDIHERMES MARQUES COELHO, *Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o Garantismo como Referência Jurídica Necessária* (São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003), principalmente, o capítulo 5, *O Garantismo como Teoria Jurídica Adequada à Efetivação dos Direitos Humanos*.

[...] tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndoles, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución – como destaca TROCKER – aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la postguerra.

Na mesma linha de raciocínio, observa José Nosete (1984, p. 156) que:

[...] tradicionalmente, las normas de Derecho constitucional procesal no eran numerosas. Bastaba con señalar las líneas de organización del poder judicial y fijar algunas garantías sobre el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, la experiencia de las dictaduras y regímenes totalitarios, con lo que suponían de manipulación de la Justicia, extorsión de garantías procesales y sustracción de campos jurídicos a la justiciabilidad, motivaron que los redactores de las Constituciones de la postguerra, subsiguiente a la II Guerra Mundial, tomaran precauciones, en orden a la fijación expresa en las cartas constitucionales, de reglas que impidieran abusos legislativos y gubernamentales en estas materias. Ha surgido así el fenómeno de la obligada 'constitucionalización' de normas procesales, consideradas indispensables para el mantenimiento del imperio de la ley en las sociedades democráticas.

Destacando o maior interesse dos processualistas pelas normas infraconstitucionais em detrimento da perspectiva constitucional, doutrina José Ovalle Favela (1994, p. 28), que:

[...] hasta hace poco tiempo los estudiosos del proceso civil se ocuparon en lo fundamental de las normas y los principios contenidos en los códigos procesales civiles, con descuido del análisis de las normas y los principios que establece la Constitución acerca de esta materia. Fueron las obras del gran maestro del procesalismo iberoamericano, Eduardo J. Couture, los que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clásico, acerca de "Las garantías constitucionales del proceso civil", Couture se propuso 'mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementares son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución'. Con este designio, Couture destacó los aspectos constitucionales de la acción y la excepción, los actos procesales y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción. [prosegue FAVELA com considerações mais detalhadas acerca de COUTURE, FIX-ZAMUDIO e, inclusive, com referências ao constitucionalismo mexicano].

Um fato, sobretudo diante do que inicialmente foi dito pelo autor referido, merece destaque, ou seja, se havia omissão na Doutrina processual no sentido de analisar os aspectos e princípios inscritos nas Constituições, aquela (omissão) se dava em consequência das escassas referências feitas pelas Constituições à matéria processual. Mesmo assim, não se pode levar a omissão referida à

unanimidade da Doutrina, visto que, por parte de alguns, estas preocupações eram objeto de análises, inclusive entre os autores brasileiros do séc. XIX, como é o caso de Pimenta Bueno.

Dito de outra forma: mesmo que a ênfase constitucional do processo seja algo relativamente recente, não se pode olvidar que, a partir do Constitucionalismo Liberal, como consequência do fato de a Constituição ser encarada como Lei Maior,<sup>41</sup> entendia-se que esta teria o dever de tratar das linhas mestras referentes ao processo como meio de solucionar litígios, visto que tal providência seria privativa da Função Jurisdicional como forma de manifestar-se do Poder Político<sup>42</sup>.

Sobre esta superioridade da Constituição frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo, escrevem Rogério Lauria e José Rogério Cruz e Tucci (1989, p. 1)<sup>43</sup>:

Mostra-se, a cada instante, notória e grande a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre todas as demais normas jurídicas à luz delas, necessariamente editadas. E isso, de modo destacado, no tocante às normas processuais. Com efeito, lei suprema que é a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, em seus textos repousam numerosos dispositivos e institutos de direito processual. Justifica-se essa metodologia, como lembra Renzo Provinciali, sobretudo em época de transição, pelo escopo de conferir maior garantia de perenidade a normas reputadas fundamentais.

Todo o direito processual, como ramo do direito público, escrevem Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (1999, p. 78-79), tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da Justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários; em virtude deles, o processo apresenta certos

<sup>41</sup> Veja-se em nosso livro *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro* (2ª edição revista e aumentada, Curitiba: Juruá Editora, 2001), o capítulo intitulado *Constituição Formal: Teoria Geral*.

<sup>42</sup> Apesar de propostas que hoje são apresentadas, como, por exemplo, a Arbitragem e outras formas, especialmente, no processo trabalhista, a afirmativa permanece válida. Este posicionamento – é bom que se diga – permanece até hoje, apesar da mudança ôntica ocorrida no atual conceito de Constituição, no sentido de enxugá-la (como querem alguns).

<sup>43</sup> Constituição de 1988 e Processo. Regramentos e Garantias constitucionais do processo. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 1.

aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária<sup>44</sup>.

Cabe aqui uma observação importante: as prerrogativas dos indivíduos, no sentido de poderem contestar as providências tomadas pelo Estado, formam uma relação a que identificaríamos como dialética.

Assim, por exemplo, se ao Estado é dado o direito de desapropriação, de executar seus créditos, de criar tributos, enfim, de impor comportamentos, por outro lado é assegurado ao indivíduo contestar tais atos do Poder Público quando estes atinjam, de forma ilegal, direitos a ele pertencentes.

Um ponto deve ser ressaltado: se as Declarações de Direitos Individuais enumeram, positivando, aqueles que são próprios do homem, isto tudo seria em vão se, em última análise, não estivessem constitucionalmente consagrados os meios de fazê-los respeitados, pelo que podemos recordar que o atual sistema constitucional brasileiro, com tal finalidade, consagra os Remédios Constitucionais do Mandado de Segurança Individual, Plúrimo ou Coletivo; do Habeas Data e Habeas Corpus; do Mandado de Injunção, Ação Civil Pública e do Controle da Inconstitucionalidade das Leis e Atos Administrativos. Mencione-se, ainda, a possibilidade que tem o cidadão (depois da CF/88 não mais no sentido político-eleitoral, mas sim, no do art. 1º, inciso II) para, através da Ação Popular, fiscalizar a aplicação do erário público, isto em defesa dos interesses maiores da coletividade<sup>45</sup>.

Destacando a importância das relações existentes entre Direitos Individuais e Garantias Constitucionais, Rui Barbosa (1934, p. 278) era taxativo:

O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão freqüentemente se apossa dos governantes. Para isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das

<sup>44</sup> A presença do que se poderia denominar de presença dos aspectos processuais na Constituição, fez surgir, no âmbito da Ciência Processual, a defesa da Unidade da Ciência Processual, dando origem à Teoria Geral do Processo. A propósito, veja-se CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVAR, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 15ª edição, São Paulo: Editora RT, 1999, p. 49.

<sup>45</sup> Ver IVO DANTAS, O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional (2ª edição revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001); Instituições de Direito Constitucional Brasileiro (2ª edição revista e aumentada, Curitiba: Editora Juruá, 2001); Constituição Federal - Teoria e Prática - vol. I (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995); idem, Mandado de Injunção - Guia Teórico e Prático (2ª edição Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994).

garantias que protegerão os referidos direitos, enunciado este que a Constituição formaliza.

Em seguida, o clássico e sempre atual Rui Barbosa (1934, p. 278-279) conceitua as Garantias Constitucionais em dois sentidos – lato e estrito. No primeiro:

[...] vêm a ser acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então Garantias Constitucionais no sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição”. Já “em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana.

Jesus González Pérez (1980, p. 50) escreve que:

[...] si en las Constituciones existen normas referentes a los distintos procesos – a fin de consagrar elementales garantías procesales – es obvio que contendrán normas sobre aquellos procesos instituidos, precisamente, para conocer pretensiones fundadas en la propia Constitución. Es más, son las Constituciones las que regulan básicamente estos procesos, siendo complemento de los preceptos constitucionales las correspondientes leyes orgánicas. Esta doble circunstancia – normas reguladoras y normas que constituyen la materia litigiosa – ha dado lugar a que su estudio se haya hecho, principalmente, no por los procesalistas, sino por los constitucionalistas, de espaldas a la técnica procesal.

Luis Prieto Sanchis (p. 369-370), na linha que viemos desenvolvendo nosso raciocínio, escreve:

Para que el derecho fundamental sea un derecho subjetivo en sentido riguroso, es decir, para que exista verdaderamente, es necesario que el ordenamiento reconozca a su titular la posibilidad de exigir ante un órgano jurisdiccional la satisfacción de la obligación incumplida; esto es, que autorice la puesta en marcha de un proceso tendente a obtener la reacción jurídica adecuada frente a la inobservancia de la obligación, frente a la violación del derecho reflejo. En realidad, esa obtención de tutela supone concurrir a la creación de normas jurídicas individuales (v. gr. de sentencias) que tienen por objeto sancionar la conducta contraria a Derecho. Pero, como en el caso de los derechos fundamentales la obligación que se trata de hacer valer constituye un límite a la actuación del poder, esa norma individual puede implicar la anulación, por ejemplo, de una decisión administrativa, la inaplicación de una norma general –sistema norteamericano de justicia constitucional – e incluso su expulsión del ordenamiento – sistema europeo o kelseniano -. Este es el fundamento del recurso de amparo, pues cuando la sentencia estimatoria declara la ilegitimidad de la decisión que haya impedido el pleno ejercicio de un derecho fundamental, lo que está haciendo es crear una norma individual que, si carece de cobertura legal, tendrá por objeto sencillamente declarar la nulidad o anular otra norma individual en razón de su inconstitucionalidad; pero si el acto impugnado se apoya en una ley inconstitucional, entonces la norma individual supondrá la derogación singular de la norma general, que podrá culminar en su definitiva expulsión del ordenamiento si el Tribunal Constitucional sigue el procedimiento establecido en el artículo 55, 2º de su Ley Orgánica.

A lição exposta traz consigo um importante enfoque: para Rui, a Divisão de Função aparece como uma Garantia Constitucional, na medida em que evitará a concentração de poderes nas mãos de um ou de poucos. Contudo, aqui nos interessa a perspectiva segundo a qual se oferecem aos indivíduos meios para fazer valer os direitos assegurados, em tese, no texto maior. Ressalte-se que no denominado Estado de Direito, cada vez mais, procura-se o aperfeiçoamento destas prerrogativas, do que é exemplo, o Mandado de Injunção <sup>46</sup> (art. 5º, LXXI) a ser concedido “[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” <sup>47</sup>.

Esta íntima relação entre os Direitos e as Garantias, torna-os um conjunto indissociável, até mesmo no instante de serem conceituados e entendidos.

Amancio Alcorta, citado por Pinto Ferreira (1971, p. 8), entende os direitos individuais como:

[...] todos aqueles que constituem a personalidade do homem e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente, sem outra extrema que o limite do direito recíproco... Os direitos individuais, se bem sejam elementos da personalidade do homem, manifestam-se na própria pessoa, nas coisas e nas ações. Na pessoa, em todos os atos referíveis à liberdade individual. Nas coisas, com respeito ao seu uso e disposições exclusivas, propriamente meios de adquiri-las, de existência e de bem-estar. Enquanto às ações, com respeito a manifestações orais ou escritas da palavra e a todo exercício que com ela se relaciona.

Nicola Matteucci (1986, p. 314) escrevendo o verbete "Diritti Dell Uomo", no conceituado Dizionario di Política, doutrina em feliz síntese:

Infine questi diritti possono essere classificati in civil, politici e sociali. I primi sono quelli che attengono alla personalità dell'individuo (libertà personale, di pensiero, di religione, di riunione, libertà economica), per cui all'individuo è garantita una sfera di arbitrio o di licità, perché il suo comportamento non violi il diritto degli altri. I diritti civili obbligano lo Stato a un atteggiamento di non impedimento, a una astensione (sono una libertà da). I diritti politici (libertà di associazione nei partiti, diritti elettorali) sono collegati alla formazione dello Stato democratico rappresentativo e implicano una libertà attiva, una partecipazione dei cittadini nel determinare l'indirizzo político dello Stato (sono una libertà di). I diritti sociali (diritto al lavoro, all'assistenza, allo studio, tutela della salute, libertà dalla miseria e dalla paura) maturati dalle nuove esigenze società industriale, invece, implicano un comportamento

<sup>46</sup> Infelizmente, o STF não deu a este instituto o seu verdadeiro sentido, confundindo-o, de forma errônea, com a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. O Projeto de Reforma Judiciária, contudo, pretendeu corrigir a interpretação que lhe vem sendo dada, determinando, de forma expressa, que sua função é suprir a lacuna da norma com efeitos inter-partes, tal como sempre defendemos em nosso livro Mandado de Injunção – Guia Teórico e Prático (2ª edição, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994). Recentemente, o STF tem tomado outro comportamento em relação ao instituto.

<sup>47</sup> Por todos, consulte-se o livro-tese de ANDRÉ VICENTE PIRES ROSA, Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006).

attivo da parte dello Stato en garantire ai cittadini una situazione di certezza (sono ancora libertà da).

Para nós, os direitos e garantias individuais formam aquele conjunto de preceitos jurídicos que, por sua natureza mesma, são inalienáveis ao homem como tal, fundamentados em seu sentimento de justiça; são manifestações de um resguardar-se frente à Organização Política e aos quais só se conhece, como limites, os mesmos direitos pertencentes a outro indivíduo, tal como no imperativo kantiano: o direito de um termina onde começa o direito do outro.

Tal conceito chama a atenção para os limites socioeconômicos - elevados à categoria de direitos reconhecidos jurídico-positivamente - que são impostos, sobretudo, após o constitucionalismo oriundo da 1ª Grande Guerra Mundial (México e Weimar), e que comprovam a não imutabilidade da tábua de Direito Individuais. Vale insistir de forma direta que a análise do processo à luz da Constituição, só ocorreu com a consagração ostensiva de garantias processuais pela própria Lei Maior, após a IIª Grande Guerra Mundial.

## 2.1 A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL E A IDEOLOGIA PROCESSUAL

Antes de penetrarmos nas relações existentes entre Ideologia Constitucional e a Ideologia Processual, permitimo-nos trazer à colação o que escrevemos em nosso livro Instituições de Direito Constitucional Brasileiro. Dissemos naquela oportunidade (DANTAS, 2001, p. 100-102):

Pacífico nos dias atuais é o entendimento segundo o qual o Direito (= processo ou ordenamento, sistema) está condicionado e relacionado com a História (também = processo) do tempo em que é legislado. Neste sentido é que se justifica o avanço, cada vez maior, dos estudos de História e/ou Sociologia do Direito, dos quais, evidentemente, não poderia fugir o Direito Constitucional, sem dúvida, o que mais sente de perto estes condicionamentos, em consequência do fato de que, como norma essencialmente de natureza política, nela se manifesta - mais do que em qualquer outra - o conteúdo ideológico do momento histórico-político, dando origem ao estudo da denominada Ideologia Constitucional.<sup>48</sup>

Como se não bastasse esta constatação, hoje verificável e comprovável empiricamente, o conhecimento da evolução histórica de determinado ramo do Direito oferece condições e elementos para que se possa conhecer e compreender o sistema jurídico vigente, o qual sempre recebe influências dos modelos anteriores,

<sup>48</sup> Nesta linha de análises, veja-se PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, História Constitucional do Brasil. Brasília: Editora Paz e Terra, 1988.

disto não escapando as Constituições, mesmo quando originadas de um Poder Constituinte.

Oportunas são, nesta direção, as palavras de José Asensi Sabater (1996, p. 16), quando doutrina que:

[...] adoptar una perspectiva histórica es imprescindible a la hora de precisar el significado normativo de la Constitución; o lo que es lo mismo, nos parece que sin acudir a la enseñanza de la historia no se puede explicar adecuadamente las transformaciones que han afectado al movimiento constitucional, a esa herencia a que nos hemos referido, hasta llegar a consagrarse los principios de la constitución democrática.

O raciocínio até aqui desenvolvido, apesar de sociológico, é profundamente indispensável – repetimos – para uma correta compreensão do conteúdo do Direito Constitucional em suas diversas fases de evolução histórica.<sup>49</sup> Em outras palavras: só através de tais análises, poder-se-á identificar a ideologia constitucional e sua presença no conceito material de Constituição (já que este deve representar a ordem social total (incluam-se aí os princípios econômicos, culturais, políticos, etc), consagrados pelo grupo.

Antes, porém, cabe lembrar, como o faz Jean-Marie Demquin (1985, p. 193), que, em sua *Science Politique*, afirma o seguinte:

[...] peu de mots, en science politique, ont un contenu aussi large et aussi vague que le mot 'ideologie'. Selon les auteurs, selon les contextes, il désigne non seulement des réalités différentes, mais même des notions incompatibles. Son utilisation est parfois neutre, parfois laudative, parfois péjorative.

Inicialmente, vale lembrar que ao ser criada a expressão pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy, nos seus *Elements d' Ideologie*, durante a Revolução Francesa, o termo ideologia trazia consigo a significação de Ciência das Ideias, ou seja, estudo das origens, evolução e natureza das ideias, tendo sido formada pela raiz grega *eidos* (= ideia) com *logos* (= estudo, conhecimento, teoria).

No evoluir da História, contudo, o termo assumiu outros sentidos, indo desde (I) aquele identificado no pensamento epistemológico marxista, ou seja, o condicionamento inconsciente a que estão sujeitos os homens na análise do social, e que levaria a uma distorção do conhecimento verdadeiro (a este fenômeno a Sociologia Americana identifica com o nome de *bias*), até aquele outro (II) utilizado neste trabalho, isto é, como conjunto de ideias que formam um programa, uma

<sup>49</sup> A propósito, veja-se BENJAMIN N. CARDOZO, *Evolução do Direito*. Belo Horizonte: Editora Lider, 2004.

estratégia relacionada com a ordem política e social, visando defendê-la ou modificá-la.

Nesta segunda perspectiva, portanto, é que se fala em Ideologia Constitucional significando opção frente a vários modelos políticos, econômicos e sociais disponíveis para reger os destinos da sociedade.<sup>50</sup>

Inegável é o fato – e já o dissemos – de que o Direito Constitucional é, nada mais, nada menos, que a consagração jurídico-positiva de uma determinada Ideologia, aquela socialmente aceita.

Em consequência, cada período ou ciclo em que se possa dividir a História do Constitucionalismo Ocidental (e ficamos adstrito a este por ser mais acessível) representa o predomínio de determinada forma de idealizar a realidade, sem que com isto pretendamos afirmar que o constitucional seja algo passivo na relação bipolar existente entre o jurídico e o social, onde se enquadram o econômico, o cultural, o histórico e o geográfico. Existe, isto sim, uma interrelação, com predominância destes sobre aquele e conforme o posicionamento quase unânime da “Sociologia Jurídica Contemporânea” – concluímos naquela oportunidade.

Insista-se: a relação de que se falou, ou seja, entre a Ideologia Constitucional e Processo, não é apenas teórica, mas se reflete na necessidade de que as normas processuais, além de serem produzidas de acordo com o determinado na Constituição, sejam interpretadas à luz desta, de forma irrenunciável.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2004, p. 238), ao discorrer sobre a relação entre regime político e processo, escreve:

Cumpra, antes, porém, examinar o problema da influência do regime político sobre a lei processual, aspecto preambular do tema de que ora nos ocupamos. O Processo Civil, como ramo do direito que timbra em buscar soluções técnicas para disciplinar de modo mais adequado o exercício da jurisdição, estaria imune aos fatores políticos? Ou seria sensível à sua influência, notadamente nos regimes autoritários? É sabido que o Código de Processo Civil de 1939, editado por meio de Decreto-Lei, em pleno regime ditatorial do Estado Novo, sofreu tentativas no sentido de amoldá-lo às claves daquele regime. O próprio Ministro da Justiça que o referendou, o eminente jurista Francisco Campos, fez questão de acentuar-lhe a ‘concepção autoritária’ que se traduziria no reforço de poderes do juiz, cujo papel na direção do processo decorreria, a um tempo, do caráter ideológico do Estado e da adoção da doutrina publicista do processo, formulada por Chiovenda. Como, 20 anos depois observou o Prof. Moacyr Amaral Santos,

<sup>50</sup> Para Karl Mannheim, em livro intitulado *Ideologia e Utopia* (há uma tradução brasileira, Zahar, 1968), as funções referidas de defesa e modificação da realidade corresponderiam, respectivamente, à Ideologia (visando estabilizar e reproduzir a ordem estabelecida), e à Utopia (constituindo forma de pensamento das classes oprimidas, objetivaria transformar a realidade que é, noutra que esteja moldada sobre seus valores).

em aula inaugural da Faculdade de Direito da USP, o intento, na verdade, era o de ir mais longe, perfilhando soluções típicas do processo inquisitório, como a que dava ao juiz, até mesmo, a faculdade de servir-se 'do eventual conhecimento particular de fatos, ou haurido de fontes estranhas ao processo, e capazes de influir na decisão'. Mas, felizmente, emenda sugerida por ilustres processualistas, com o apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, salvou o texto do Código, em tempo, de semelhante excrecência. Assim, dos rasgos de autoritarismo que a Exposição de Motivos do Código tanto blasonou, ficou, apenas, a retórica. Ou como diria o eminente Min. Xavier de Albuquerque, restou, somente, o eco de um 'tom solene e enérgico', da 'voz grossa e firme' - 'vozeirão' tipicamente autoritário -, 'que, como trombeta anunciadora de novos editos, caracterizam a apresentação, pelo governo estadonovista, dos nossos Códigos de Processo, aos quais fez de conta que imprimia o timbre de sua autoridade incontrastável e incontrastada, dando-lhe uma conotação política que fora, são na verdade, marcadamente científica'.

Em seguida, Gouvêa Medina (2004, p. 239), referindo-se ao CPC de 1973, afirma:

Também o Código de Processo Civil de 1973, em vigor, foi promulgado em regime de poder fechado, fortemente concentrado nas mãos do Presidente da República, na vigência do Ato Institucional n. 5, posto que o Congresso Nacional, que o aprovou mediante lei, estivesse em funcionamento. Mas, diversamente de seu antecessor do Estado Novo, o Ministro da Justiça – e autor do anteprojeto originário da lei promulgada -, o eminente Prof. Alfredo Buzaid, não adotou na Exposição de Motivos, o mesmo tom autoritário, timbrando ao revés, em observar que 'o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito,' e esses meios ou essas fórmulas devem ser buscados nos modelos mais avançados de outros países, sem a preocupação de saber se correspondem à tradição do povo que os procura, dado o seu caráter eminentemente técnico da lei processual.

E finaliza o autor (MEDINA, 2004, p. 240):

Para o Prof. Buzaid, portanto, não haveria correlação necessária entre o Processo Civil e o regime político sob a égide do qual fosse a respectiva lei concebida. De fato, a circunstância de o Processo Civil ter sua fonte primeira na Constituição não implica subordinação desse ramo do direito às inspirações políticas do regime. Pode-se ter, assim, um Código de Processo Civil que proporcione meios para a justa composição das lides, em consonância com as doutrinas e os modelos mais adiantados, ainda que promulgado seja ele em regime político autoritário. O estatuto processual civil brasileiro é, sem dúvida, exemplo eloqüente dessa assertiva.

Quer-nos parecer que, em uma visão concreta da realidade e em decorrência da Constitucionalização do Processo, o fato de este ter sua fonte primeira na Constituição há de implicar subordinação desse ramo do direito às inspirações políticas do regime. Neste sentido, observem-se as limitações sempre constantes que o sistema brasileiro vem impondo ao Mandado de Segurança, inclusive proibindo a concessão de liminares contra o Poder Público. E mais: a Emenda Constitucional dando nova redação ao art. 100 do texto originário de 1988,

na verdade, tornou o Magistrado e o Processo de Execução contra a Fazenda Pública, reféns do calote oficial hoje constitucionalizado, sem que nada seja feito em sentido contrário, nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras: o regime político tal como configurado nos últimos anos no Brasil, tem impedido que o processo, sobretudo civil, seja, realmente, o meio de eficácia da norma constitucional...<sup>51</sup>

A propósito, mais uma vez, demos a palavra a Couture (1993, p. 149-150), quando, referindo-se à expressão Garantia Constitucional, escreve:

En su desenvolvimiento lógico, las premisas de este tema son las siguientes: a) – la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) – la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) – pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución; d) – si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) – en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes.

Neste sentido, Moacyr Caram Junior (2001, p. 67) escreve que:

[...] as regras processuais e constitucionais estão estreitamente interligadas. Estabelecem estas o comando geral para a criação de todos os demais preceitos que ordenam o convívio social. O Código Processual Civil também foi, naturalmente, instituído com observância nos mandamentos previstos na Constituição Federal. A atenção às previsões constitucionais pelo hermeneuta vai além dos limites da mera necessidade de estar em consonância com as suas previsões, adentrando nos limites da moral e da ética; isso porque os preceitos de ordem Constitucional trazem em seu bojo não simples regras de condutas, mas verdadeiros conceitos, dogmas ou posicionamentos axiológicos.

Na mesma linha de Caram Junior, Rogério Lauria Tucci (2002, p. 195-196) doutrina que:

[...] torna-se relevante, outrossim, no estudo ora desenvolvido, a verificação dos regramentos constitucionais do processo penal, tidos, em generalizada e equivocada aceção, como 'princípios constitucionais do processo penal'. A atual Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expreso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal. Assim também implicitamente, ao estatuir, no § 2º do art. 5º, que: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

---

<sup>51</sup> No momento em que escrevemos este texto, o CPC tem sido tão modificado que já estão sendo numeradas, hoje se falando em Terceira Fase das Reformas.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte<sup>52</sup>.

Integram-se, destarte, uns e outros, na formação do sistema em que se consubstancia o ordenamento jurídico brasileiro, postos todos com a finalidade de plasmar as diversificadas instituições jurídicas que o compõem, e, correlata e especificamente, estabelecer, por inteiro e com científica índole, a normatividade do Direito Processual Penal.

Essas regras, na sua essencialidade, de Direito Processual Constitucional, firmando direitos subjetivos individuais e as correspondentes garantias, são, exatamente, as por nós denominados regramentos constitucionais do processo penal, que podem ser alinhados a partir da concepção de Direito Processual como 'expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei'.

Oportuna é a observação feita por Teori Zavascki ao tratar do fundamento constitucional da tutela provisória (1997, p. 60):

[...] é imprescindível que os institutos de direito processual, ainda quando tenham semelhança com os do direito estrangeiro, recebam aqui, não necessariamente as vestes que a doutrina e a jurisprudência estrangeira lhes dão, mas a roupagem própria e adequada ao nosso sistema constitucional. É preciso que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais aos quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora.<sup>53</sup>

Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 81), estudando a ideologia no processo civil, depois de afirmar que “[...] a doutrina do processo civil, na sua pretensão de construir uma ciência neutra, tentou isolar o processo civil da realidade social [...]”<sup>54</sup> e prossegue:

Essa tentativa de isolamento não apenas facilitou a ação de grupos mais organizados, que pressionaram para que seus direitos fossem protegidos mediante procedimentos diferenciados, como impediu estudos críticos sobre a performance do procedimento ordinário, ou melhor, a respeito da tese da

<sup>52</sup> Vale lembrar que a EC 45/2004, em seu art. 5º, § 3º determina que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>53</sup> A propósito, escreve Eduardo Couture que “a Constituição nos oferece, pois, uma primeira estrutura basilar da ordem processual. Ocorre, apenas, que, em virtude da característica das normas constitucionais, consistente na sua generalidade, veremos aparecer diante de nós o maior campo possível no ordenamento normativo, o mais vasto panorama de aplicação de um preceito adjetivo”. In: *Interpretação das Leis Processuais*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 37):

<sup>54</sup> Em que pese o respeito que temos pelo citado autor, cremos que o mesmo confunde o Direito Processual enquanto ciência, com a Política Processual, da qual surge o Direito Processual enquanto sistema, tal como analisamos no item 1.2. deste capítulo. Feita esta ressalva, concordamos, no mais, com o raciocínio exposto, sobretudo, no que diz respeito aos valores da Constituição Federal.

uniformidade procedimental. Quem ganhou com isso, evidentemente, foram os que puderam patrocinar o lobby, pois os que não tinham poder político foram obrigados a se contentar com o procedimento comum.

Mais adiante, e agora relacionando a Constituição com o Processo, escreve Marinoni (2004, p. 82-83):

Nessa linha, o CPC brasileiro até a reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal. Uma Constituição que se baseia na 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5º, X) e o direito de acesso à justiça diante de 'ameaça de direito' (art. 5º, XXXV), exige a estruturação de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF – obviamente corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A ação inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na 'dignidade da pessoa humana' e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade. Isso quer dizer que, se a propriedade pode ser protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar tutela preventiva, não há como negar igual formato aos direitos da personalidade, sob pena de desconsideração dos próprios valores constitucionais.

Por tudo o que até aqui foi dito, cumpre-nos observar que o direito processual visa, antes de tudo, tornar eficaz (nos sistemas de Constituição escrita) os valores contidos na Lei Maior. No caso do Brasil, e como temos defendido em diversas oportunidades, todo o sistema constitucional e infraconstitucional deverá girar em torno dos Princípios Fundamentais, dentre os quais há de destacar-se a dignidade da pessoa humana.<sup>55</sup>

Neste sentido, é correta a lição de José Augusto Delgado, que, citado por Djanira Ribeiro (1991, p. 33-34), doutrina o seguinte:

[...] a função do processo brasileiro, no momento, é de servir como meio e fim operantes para garantir aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a aplicação dos dogmas jurídicos concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concebido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Mauro Cappelletti (1981, p. 17), em fundamental artigo sobre o assunto<sup>56</sup>, depois de fazer breves considerações sobre o sentimento na sentença,<sup>57</sup> apontando as dificuldades para a sua análise, escreve:

<sup>55</sup> Dentre outros trabalhos, veja-se Instituições de Direito Constitucional Brasileiro. 2ª edição revista e ampliada, Curitiba: Juruá Editora, 2001, Cap. 12, p. 361-388.

<sup>56</sup> Veja-se do mesmo Mauro Cappelletti o clássico livro *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

<sup>57</sup> Sobre o tema, veja-se PIERO CALAMANDREI, no livro *Proceso y Democracia* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960) o capítulo II, intitulado *Justicia y Política: Sentencia y*

Uma das primeiras e mais elementares noções, pelas quais costumamos iniciar o ensino do direito processual, é a relativa a seu caráter instrumental: a 'instrumentalidade' do processo em geral, e do processo civil em espécie. O direito processual não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento volvido ao objetivo da tutela do direito substancial, público e privado; está, por assim dizer, 'ao serviço' do direito substancial, do qual tende a garantir a efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração.

E prossegue um pouco abaixo (CAPPELLETTI, 1981, p. 17-18):

Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade. É realmente esta a primeira 'porta' e, direi mesmo, a grande porta, através da qual as ideologias penetram no processo. Refiro-me evidentemente às ideologias que fundamentam o direito substancial, público e privado, e seus institutos.

Mais adiante, depois de citar exemplos com relação ao estudo dos sistemas feudais, o autor destaca que (CAPPELLETTI, 1981, p. 18):

[...] os institutos do direito substancial refletiam evidentemente uma concepção ou ideologia diferenciada, hierarquizada, antiigualitária da sociedade. Esta ideologia antiigualitária penetrava no processo sob formas várias e múltiplas. Basta recordar o sistema de provas judiciárias, nas quais aquela concepção ideológica significava, por exemplo, o prevalecimento do testemunho do nobre sobre o do não nobre ou do menos nobre, do eclesiástico sobre o leigo, do rico sobre o pobre, do homem sobre o da mulher, do velho sobre o do jovem, etc [...] A ideologia apriorística e formalista, a escolástica abstrata da época, encontravam em suma no processo medieval e, especialmente (embora não apenas) no seu sistema probatório (legal, numérico, apriorístico, formal), o espelho mais impressionante e mais fiel<sup>58</sup>.

### 3. CONCLUSÕES AINDA QUE PROVISÓRIAS

Pode parecer um tanto negativista o título deste item, mas só à primeira vista, sobretudo por 2 (dois) motivos:

a) – Em primeiro lugar porque toda conclusão em matéria de ciência é sempre provisória, tendo, pois, razão Karl Popper ao defender que o progresso de uma ciência se encontra na relação direta da contestabilidade de suas conclusões. Em outras palavras: quanto maior o grau de refutabilidade das conclusões de uma

---

Sentimiento (p. 57-83). No Brasil, a matéria foi muito bem tratada por RUI PORTANOVA, no livro *Motivações Ideológicas da Sentença*. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Ainda: OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Processo e Ideologia*. São Paulo: Revista de Processo, nº 110, ano 28, abril-junho 2003, p. 18-36.

<sup>58</sup> No Brasil, sobre o tema, merecem referência: RUBENS R. R. CASARA, *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; J. M. OTHON SIDOU, *Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997) e CÉSAR FIUZA (Coord.), *Direito Processual na História* (Belo Horizonte: Mandamentos, 2002). Na literatura estrangeira, vale a leitura de ENRIQUE VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 25-49), capítulo *História y Derecho Comparado*.

ciência, maior é o seu progresso, pelo que o epistemólogo se põe no sentido da inexistência de conclusões verdadeiras e permanentes, em qualquer conhecimento científico. Toda a verdade científica é válida para determinado tempo, e isto em razão de que o conhecimento científico é cumulativo, ou seja, as conclusões de hoje tiveram como ponto de partida as conclusões anteriores e, por sua vez, servirão de largada para novas pesquisas e novas verdades. Este fato há de se repetir em uma relação dialética hegeliana, a saber: tese, antítese, síntese;

b) – Em segundo lugar, tal característica fica muito mais identificável no mundo contemporâneo em consequência da Globalização e da facilidade com que as ideias, proposições e conclusões circulam por veículos como a internet, em tempo real.

Neste quadro, e diante de tudo o que foi escrito neste artigo, podemos trazer à colação duas lições importantes, uma de Paulo Ferreira da Cunha e outra de Teixeira Coelho.

Para o primeiro, (CUNHA, 1991, p. 17):

[...] ao reflectir sobre a hipótese de uma Nova Idade, de um novo período-outro na cronologia, na História, no quadro epocal da civilização, importa antes de mais estar precavido contra os ares dos tempos. Vivemos actualmente momento de grande aceleração histórica, e a febre das novidades, microscópicas mas também macroscópicas, pode muito bem conduzir-nos a erros de avaliação que nos custariam caro. Parece que a reflexão sobre o Tempo e a Época é, na linha da História Universal, um segmento relativamente curto e muito chegado a nós. Seria mau que, culminando essa reflexão, mercê de um 'cronocentrismo' putulante, viéssemos a dar como novidade e a considerar como marco de novas eras o que é apenas continuidade, e nem sequer constitui um salto qualitativo.

Para o segundo (COELHO, 2005, p. 7), independentemente do momento em que teve início o período da denominada pós-modernidade, a verdade é que:

[...] há agora uma razoável concordância pelo menos quanto à impossibilidade de ignorar ou, mesmo, de não se usar o rótulo pós-moderno – quer para aceitá-lo, apenas refletir sobre ele ou rechaçá-lo.

#### 4. REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição. Vol VI**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934.

CABO, Antonio Del; PISARELLO, Gerardo (editores). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa**. Universidad de Alicante, 2000.

- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm.
- CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Porto Alegre: **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano VIII, 1981, nº 23, p. 16-33.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASELLA, Paulo Borba. **Direito Internacional: vertente jurídica da globalização**. São Paulo: Editora Síntese, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVAR, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15ª edição, São Paulo: Editora RT, 1999.
- COELHO, Teixeira. **Pós Moderno: Modos & Versões**. São Paulo: 3ª edição, Editora Iluminuras Ltda., 2005.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Tercera edición (póstuma). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.
- CUNHA, Paulo Ferreira. **Pensar o Direito. II – Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2001.
- DENQUIN, Jean-Marie. **Science Politique**. Paris: PuF, 1985.
- EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- FAVELA, José Ovalle. Tendências actuales en el proceso civil. In: SOBERANES, José Luís (org.). **Tendencias Actuales del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernidade**. São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- FERNANDES, Antônio Scarande. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora RT, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías, la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5ª edição, São Paulo: Editora RT, 1971, vol. II.
- GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana e a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora RT, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1977.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Pós-modernismo jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- GRANDA, Fernando Trazegnies. **Postmodernidad y derecho**. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

HELLER, Agnes; FEHER, Ferenc. **A condição política pós-moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JUNIOR, Moacyr Caram. **O julgamento antecipado da lide: o direito à ampla defesa e ao contraditório**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

JUNOY, Joan Pico. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva S. A, 2003.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MAIZ, Ramón; LOIS, Marta. **Posmodernismo**. In: MELLON, Joan Antón (editor). **Ideologías y movimientos políticos contemporáneos**. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Editora RT, 2004.

MATTEUCCI, Nicola; BOBBIO, Noberto. **Dizionario di politica**. - Editrice Torinese (UTET – 1986).

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Processo civil e Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, nº 3, janeiro/junho de 2004, p. 238-239.

NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

NOSETE, José Almagro. **Constitución y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1984.

PÉREZ, Jesus González. **Derecho procesal constitucional**. Madri: Civitas S.A, 1980.

RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

SABATER, José Asensi. **Constitucionalismo y derecho constitucional: materiales para una introducción**. Valencia: Tirant lo Blanch Livros, 1996.

SABATER, Jose Asensi. **La época constitucional**. Barcelona: Tirant lo blanch, 1998.

SANCHIS, LUIS PRIETO. **El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española**. In: Anuario de derechos humanos 2. Madri: Facultad de Derecho – Universidad Complutense.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 195-196.

VAZ, Alexandre Mario. **Direito processual civil: do antigo ao novo código**. Coimbra, Almedina, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Realinhamento Constitucional**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **Da crise do socialismo à guerra do terrorismo: dez anos que abalaram o século XX**. Porto Alegre: Editora Leitura XXI, 2002.

WEIL, Pierre. **O novo paradigma holístico: ondas à procura do mar**. In: BRANDÃO, Dênis M. S.; CREMA, Roberto. **O novo paradigma holístico: ciência, filosofia, arte e mística**. São Paulo: Summus, 1991.

ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.