

RESENHA

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO, ANÁLISE DE TEXTO DE WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Márcia Regina Pitta Lopes Aquino*

RESUMO

Análise da relação entre constituição e processo a partir da obra *Teoria processual da Constituição* de Willis Santiago Guerra Filho. Afirma o autor que há, na atualidade, um forte vínculo a unir constituição e processo. A constituição tem natureza de lei processual da mesma forma que institutos fundamentais do direito processual têm “também” natureza material. O processo não é apenas instrumento, mas uma dimensão do próprio direito.

Palavras-Chave: Constituição e Processo. Teoria Processual da Constituição. Análise de Texto de Willis Santiago Guerra Filho.

CONSTITUTION AND PROCESS: PROCEDURAL THEORY OF THE CONSTITUTION, ANALYSIS OF TEXT OF WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

ABSTRACT

This research analyses the relation between Federal Constitution and Process using as bearer the work *Constitution Process Theory* of Willis Santiago Guerra Filho. Asseverate the author that exists, in present times, a strong bond that join Constitution and Process. The Constitution has a process nature in the same way that process institutes have also a substantial nature. Process is not only an instrument, but a dimension of the right itself.

Keywords: Constitution and Process. Constitution Process Theory. Analysis of a Willis Santiago Guerra Filho's Text.

1 INTRODUÇÃO

O título da obra de Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 9-10) que serve de base para o estudo aqui proposto - *Teoria processual da Constituição* - já anuncia a importância do tema. De acordo com a apresentação, sua origem é o resultado de estudos elaborados pelo autor entre 1988 e 1989, por ocasião de sua estada na Alemanha para o doutoramento em Direito. É uma “continuação natural” de outra obra do autor: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. O problema que desencadeou a elaboração daquele trabalho foi o “modo específico de interpretar a constituição”.

Passados mais de dezesseis anos, a obra se mantém atual. A *Teoria Processual da Constituição* proposta pelo autor é uma possibilidade de enfrentamento da “eterna” discussão sobre a atuação do Judiciário. A Constituição não seria apenas um corpo estático de normas. Haveria também uma “dimensão processual” capaz de proporcionar a possibilidade de realização dos objetivos fixados pela própria Constituição.

Em pós-fácio da edição (2ª) cujos capítulos serão analisados, Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 215) destaca algumas das intenções fundamentais da obra. Parece oportuno

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. - e-mail: magut@sercomtel.com.br



transcrever uma delas: “não foi intenção do Autor, com a proposta de uma teoria processual, oferecer uma alternativa à teoria material da Constituição, mas antes uma espécie de complementação, enfatizando um aspecto aplicativo, concretizador, da ordem material de valores éticos e políticos, enfeixados na fórmula política do Estado Democrático de Direito, com o elenco de direitos e garantias fundamentais que lhe é inerente”.

O que será exposto, a seguir, refere-se apenas aos quatro primeiros capítulos da segunda edição da *Teoria Processual da Constituição* de Willis Santiago Guerra Filho. O objetivo é apresentar a idéia fundamental da obra.

2 PRINCÍPIOS, REGRAS E PROCEDIMENTOS NO DIREITO

Segundo o autor, o que vem a ser a Lei Fundamental de uma ordem jurídica, numa ambiência social complexa como a atual, é questão que exige perspectiva renovada. A constituição não é mais o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política, considerados individualmente, diante do poder estatal, conferindo a eles direitos fundamentais e organizando aquele poder. O que se espera de uma constituição não é mais o retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, mas, sim, o estabelecimento de “linhas gerais para guiar a atividade

estatal e social, no sentido de promover o bem-estar¹ individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece” (GUERRA FILHO, 2002, p. 16)

Explica ainda o autor que, na atualidade, é outra a função das constituições e do próprio Estado que se reflete no plano jurídico. A regulação que se requisita do Direito “assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas” (GUERRA FILHO, 2002, p. 16). Já não é possível utilizar-se do esquema de simples subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior. Diante daquela imprevisibilidade, é necessário que as normas determinem objetivos a serem alcançados. As normas distinguem-se, então, em regras e princípios.

Willis Santiago faz a distinção entre regras e princípios². As regras referem-se a um fato específico. Já os princípios fundamentais, geralmente estabelecidos na constituição, “devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, aintinômicos entre si”³ (GUERRA FILHO, 2002, p. 17).

Os princípios fundamentais são a diretriz⁴ a ser seguida para tratar qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor quando ele “não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente” (GUERRA FILHO, 2002, p. 18).

1 A referência feita pelo autor parece corresponder à passagem do Estado Liberal ao Estado Social. O retraimento do Estado frente à Sociedade Civil é característica do Estado Liberal de fins do século XVIII, de todo o século XIX e de parte do século XX. Os direitos e garantias constitucionais do Estado Liberal tinham teor individualista. As garantias constitucionais eram “uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado. (...) Tomou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados”. BONAVIDES, (2004, p. 16). O Estado Social representa uma transformação por que passou o Estado Liberal. O Estado Social subtrai das garantias constitucionais o caráter estritamente individualista de proteção de liberdades e direitos individuais. Os direitos passam a gravitar na órbita social e as garantias constitucionais não se referem apenas aos indivíduos isoladamente. (BONAVIDES, 2004, p. 185)

2 A distinção entre regras e princípios pode ser estudada, entre outros, em: ALEXY, Robert.. **El concepto y la validez del derecho.**, para quem, “tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas”. Também: Canotilho (2004, p. 1159). Afirma esse autor: “O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios”.

3 O conflito entre princípios é resolvido, na concepção de Willis Santiago Guerra Filho e também para os autores citados em nota anterior, através do princípio da proporcionalidade. Em outro capítulo da obra *Teoria processual da constituição*, Guerra Filho (2002, p. 194), afirma que o referido princípio está “implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas”.

4 São também de Willis Santiago Guerra Filho as seguintes afirmações: “justifica-se que consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um sistema de regras e princípios”. (GUERRA FILHO, 1995, n. 32, p. 256) “A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode ser concebida como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção”. (GUERRA FILHO, RT 719. p. 57).



Explica ainda o autor que, para aplicar regras, é preciso um procedimento para comprovar a identidade entre o fato ocorrido e aquele previsto por alguma delas. Todavia aplicar princípios requer um esforço maior. Nesse caso, “a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores”. E, à medida que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce de importância o Direito Processual, justamente por ser o ramo do Direito que disciplina os procedimentos (GUERRA FILHO, 2002, p. 18-19).

Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 19-20) define procedimentos como: “séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis”. Para o autor, o Direito define diversos procedimentos e podem ser destacados “aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório” aos quais se reserva a denominação de processo⁵.

3 A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO

Willis Santiago Guerra Filho apresenta neste capítulo algumas considerações sobre a forma que já foi concebida a relação entre direito material e processual. Afirma, então, que o aspecto procedimental do Direito já foi considerado possuidor de uma função apenas subsidiária em relação às normas materiais. Estas, vistas como portadoras de valorações e modelos de conduta, restando às normas procedimentais o problema meramente técnico da realização daquelas. O procedimento assume maior importância na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen que propõe não só o estudo da estática jurídica, mas também, da dinâmica jurídica que está relacionada com o processo de aplicação e (auto) produção do Direito. Segundo Willis Santiago, o caráter procedimentalista da doutrina de Kelsen é referido por Luhmann em sua obra: *Legitimação pelo procedimento*.

142

No final dos anos sessenta e início da década de setenta do século passado, houve uma renovação do estudo do direito processual, e passa a ser enfatizada a origem constitucional dos institutos processuais básicos. A Corte Constitucional alemã chega a encarar o direito processual como “direito constitucional aplicado” (GUERRA FILHO, 2002, p. 25). Todavia essas análises limitaram-se à adaptação da dogmática processual aos ditames constitucionais relacionados com o processo, ou seja, as garantias do devido processo legal. De acordo com o autor, “inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático” (GUERRA FILHO, 2002, p. 25).

4 A NATUREZA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO

Não é a relação do processo com a constituição o objeto de estudo do autor, mas “o que leva à estreita associação entre constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela”. Há segundo o autor, uma “materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias” (GUERRA FILHO, 2002, p. 27).

A proposta sustentada pelo autor é de que a Constituição tem natureza de lei processual da mesma forma que institutos fundamentais do direito processual têm “também” natureza material. O direito tem, portanto, dois aspectos: o material e o processual. Não se trata de ramos da matéria jurídica ou mesmo de uma divisão como se faz com direito público e privado. A proposta

⁵ Semelhante é a definição de processo de Elio Fazzalari, apresentada por Willis Santiago Guerra Filho em outro capítulo (5; p. 42) da mesma obra: processo é ‘procedimento caracterizado pela presença do contraditório’.



do autor não é essa. Para ele, trata-se de “noções relacionais que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente”. As normas são materiais “**quando** (grifo nosso) fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito”. As normas processuais “se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente” (GUERRA FILHO, 2002, p. 28).

Diante dessas definições, fica mais fácil entender a proposta do autor de que a Constituição tem, **também**, natureza de lei processual. Para ele, normas “por natureza” constitucionais são processuais. O “aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais” presentes na constituição têm um caráter processual, pois “não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política”, mas determinam como se elaboram e identificam outras normas da ordem jurídica.

Fica, assim, demonstrado o aspecto processual das normas constitucionais, mas, como se afirmou, o autor refere-se às dimensões materiais e processuais como relacionais. É que também é tipicamente constitucional “a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais”, e tais modelos servem de “orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”. Trata-se do aspecto relacional referido pelo autor.

Esse vínculo tão forte a unir constituição e processo, segundo o autor, decorre do momento histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico. Diante da falência da autoridade baseada no divino e desaparecida também a confiança na “naturalidade” do direito, a constituição representa o fundamento último do ordenamento jurídico. “Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno” (GUERRA FILHO, 2002, p. 30-31).

5 A RELEVÂNCIA TEÓRICA DO PROCEDIMENTO NO DIREITO

A tese apresentada por Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 33) “revela a feição, eminentemente ‘autopoiética’ do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura”⁶. Explica o autor que, diante da complexidade da sociedade contemporânea, não se pode esperar encontrar, no ordenamento jurídico, soluções pré-escritas. Não se deve, ainda, voltar a atenção predominantemente para os textos legais. “O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução”. É justamente aí que surge a relevância das normas procedimentais,

6 Para compreensão da “feição ‘autopoiética’ cite-se o próprio Willis Santiago Guerra Filho. “O conceito de ‘autopoiese’ foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (De maquinas y seres vivos, 1973) para caracterizar os seres vivos, como sistemas que produzem a si próprios (*to autón poéin*). A extensão do conceito à teoria sociológica deve-se a Niklas Luhmann”. O artifício básico empregado pela teoria é a diferenciação entre “sistema” e “ambiente”. Tal diferenciação é trazida para dentro do sistema. Dessa forma, a sociedade é o sistema total sendo também ambiente para sistemas parciais que se diferenciam entre si e da sociedade (sistema total). A diferenciação ocorre porque os sistemas têm certos elementos ligados por relações formando uma unidade. E uma unidade, “além de diferenciada no ‘ambiente’, também pode aparecer como ‘meio’ para outras ‘unidades’, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos grande de vezes, a diferença sistema/ambiente, sem com isso perder sua *organização*”. A organização qualifica um sistema como unidade e “a unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na *estrutura* do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a organização. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação (recorrente) entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, elementos esses que podem ser fornecidos pelo meio ao sistema sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais para que se tenham ‘sistemas autopoiéticos’: a *autonomia* e a *clausura* do sistema. Sistema autopoiético é aquele dotado de organização autopoiética, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos”. Dessa forma, o sistema é fechado do ponto de vista de sua organização, pois não há entradas ou saídas para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele. (GUERRA FILHO, 2001, p. 181-182)



à medida que disciplinam o modo de atender os interesses em conflito, “sem pretender de antemão a solução a ser dada” (GUERRA FILHO, 2002, p. 35-36).

Dessa forma, a ordem constitucional é entendida como um processo. Não está dada de forma absoluta. O legislador constituinte de 1988 buscou regulamentar diversos setores da vida social, mas cabe ao legislador ordinário “viabilizar uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares.

Não se espere, porém, do incremento da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito Constitucional, às vezes, no limite, *contra legem*”.⁷.

Para encerrar este estudo e na tentativa de colaborar com o entendimento do que foi exposto, faz-se uso das palavras de Norberto Bobbio (2003, p. 33): “toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, sua meta não é outra senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação”.

A Constituição e o papel desempenhado pelo Judiciário ainda reclamam compreensão num Estado Democrático de Direito o que requer estudo e debate de idéias, de teorias. Quanto mais em um Estado como o brasileiro onde a democracia tem sido apenas episódica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. (Trad.) Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. (Trad.) Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. n. 32, 1995.

_____. **Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade**. RT, 719.

_____. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.