

PROCESSO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL A PARTIR DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Rosemiro Pereira Leal*

SUMÁRIO: 1 – O devido processo constitucional; 2 – O anacronismo da hermenêutica pela jurisdição do decisor; 3 – A Concretização do Direito nas Democracias Plenárias; 4 – Devido processo constitucional e conceito de parte na democracia.

1 – O Devido Processo Constitucional

Muito se fala do instituto do **devido processo legal** como garantia constitucional, ora em sentido material (*substantive due process of law*), ora em sentido processual (*procedural due process of law*), sem que se explique claramente de qual LEI decorre o *due process*. A faticidade inesclarecida sobre a qual se apóia a expressão *due process*, como herança da *Magna Charta Libertatum* outorgada por João Sem Terra (1215), e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha¹, é que vem propiciando confusões nefastas na conceituação moderna e pós-moderna do instituto do **devido processo legal**. Na origem histórica dessa expressão (*due process of law*), a concretização do direito pelo “devido processo” (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (**juízes**) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o ameaçado (acusado) ou lesado em direi-

* Doutor em Direito pela UFMG
Professor da Faculdade de Direito da UFMG
Advogado

1 PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro (desde as origens até o advento do novo milênio)*, Editora Renovar, RJ, 2ªed., 1999,p.378.

tos². O pressuposto do exercício e garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus **pares** que viessem a proferir o julgamento, isto é: a paridade definia-se pela condição sócio-econômico-política entre pessoas e **não** por lei escrita e específica que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual.

No sistema de *common law* a LEI que preconizava o *due process* era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases plebiscitarizadas de produção do Direito Democrático. No seu nascedouro, o *due process* era um direito instituído pelo monarca e devido aos **pares** pela judicção dos juízes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição). Note-se que, a partir de 1225, passando pelo direito norte-americano da Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e Constituição dos Estados Unidos (1787) e respectivas Emendas V, VI e XIV, o instituto do *due process* assume feições diferenciadas de sua concretização em países de sistema de *common law*, onde prevalece a jurisdição (instrumentada por um processo como relação jurídica entre pessoas), e em países de sistema de *civil law* em que predomina o princípio da reserva legal (realizado pelo processo constitucionalizado como modelo jurídico-normativo e condicionador procedimental da jurisdição).

Habermas já conceitua o Estado Constitucional como “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei”³. Nas hipóteses conotativas levantadas, percebe-se que a resolução de conflitos e efetivação de direitos na sociedade contemporânea, que ficassem à mercê da Jurisdição salvadora, por uma hermenêutica processual-constitucional aos moldes de João

2 PACHECO, José da Silva. *Ob. cit.*, p.378 e segs.

3 HABERMAS, Jürgen. “O Estado Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização” in *Revista Novos Estudos*, nº43, CEBRAP, SP, nov.95, p.92.

Sem Terra, não refletiria decisões de bases normativas democráticas, mas de bases de conveniência e equidade afirmadas por um homem livre (juiz)⁴ que julga homens excluídos da paridade de fazerem e refazerem, em contraditório permanente (espaço político), as leis pelas quais seriam julgados ou pelas quais tivessem direitos apreciados.

Ora, se assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o **processo** tem, na atualidade, como lugar **devido** de sua criação a LEI CONSTITUCIONAL (o **devido processo constitucional** como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade **super** posta ou *a-latere*, subjacente ou obscôndita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei. Só se admitindo que a lei formulada é muda, não objetiva, fatalmente ininteligível e obstativa de criação e realização de direitos, nada transmitindo em seu discurso léxico-gramatical, e que, ao ser editada, torna-se-ia coisa inerte, inexpressiva, caótica e inútil, é que seria possível dizer que o “sentido” da lei é o invectivado e atribuído pelo intérprete-aplicador do direito. Isto, por certo, resultaria numa interpretação engendrada pela argumentação que, invés de “algo que vai longe da discricionariedade”⁵, seria, ao contrário, algo que se iguala a mais desabrida autocracia interpretativa (personalismo hermenêutico). A **constituição formal**, por conquista histórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete (interpretação conforme a constituição)⁶, como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social)⁷ do aplicador da norma (*logus judicatorum*).

Aliás, a absurda distinção que atualmente se propõe entre princípio jurídico e valor é que tem oportunizado o estéril debate em

4 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Editora Martins Fontes, SP, 1999, ps.17 e 119.

5 GALUPPO, Marcelo Campos. “Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº143, ano 36, Julho/Setembro 1999.

6 FERRAJOLI. *O Direito como Sistema de Garantias*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1957.

7 DIMITRI. *Moralismo, Positivismo e Pragmatismo na Interpretação do Direito Constitucional*, in *Revista dos Tribunais*, SP, ano88, v.769, nov.1999, p.13.

torno da indagação de ser o princípio norma jurídica **ou** norma externa ao direito. Ora, em direito, se o princípio não for norma posta pelo discurso da lei e se a norma, como princípio ou regra, não for inferida do contexto da legalidade, pouco importando se encerra um valor ou um dever (caráter axiológico ou deontológico), a **preferibilidade** de aplicação de um princípio entre outros, por precedência ou hierarquização, como norma ou valor, não pode extravasar o significado do conjunto de princípios adotado no discurso da constitucionalidade vigente. A preferência entre princípios não pode, como quer Alexy⁸, ser assistemática, porque tal redundaria em admitir que o princípio positivado da reserva legal é cambiável pelo intérprete.

Os juízos principiológicos (regentes) e os conteúdos gerais de fundamentação (eferentes), na aplicação do direito criado pela lei, não são inventados ou encontrados **fora** da lei, mas segundo o **proceder** indicado na lei e processualizado pelos **direitos fundamentais** constitucionalizados da ampla defesa, contraditório, isonomia, da atuação do advogado, gratuidade postulatória, como **conquistas históricas** que, transpostas para o discurso constitucional, não mais comportam interpretações de historicidade extra-legal (de fundo axiológico-deontológico supletivo da lei), porque a conquista histórica do direito se faz, no plano do *due process* democrático, pela **conexão normativa** determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e exercício de direitos fundamentais e não pela **super** visão (epoché)⁹ transcendental e primal do juiz (*nous-arché-diké*).

Percebe-se que a fundamentação ética (histórica) ou a fundamentação dita racional (moral-principiológica), em Habermas, está a exigir suporte jurídico-normativo, porque o **agir** só se legitimaria pela universalização do **modelo legal** de produção constitucional plesbiscitária e aplicação do direito e não pela **visão** pessoal das indivi-

8 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps.147 e segs.

9 SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Contemporânea*, Edições 70, Lisboa, 1986, p.205.

dualidades sobre um direito teorizado que suscitasse confirmação ou correção pela sensibilidade ou adequabilidade judicante adjacente aos conteúdos da lei. No direito democrático os princípios concorrentes de atuação do **agir** são conjecturáveis a partir da lei e não apesar da lei, daí a regência do *due process* no eixo construtivo da **constituição formal** de direitos fundamentais. Nenhum sistema jurídico, ao contrário do que imaginam DWORKIN, RAWLS¹⁰ e GÜNTHER¹¹, adquire **integridade, eqüidade ou adequabilidade** pelos conceitos de justiça, igualdade e imparcialidade advindos do julgador, de vez que, no Estado de Direito Democrático, é o POVO que faz e garante as suas próprias conquistas conceituais pelo **processo constitucional** legiferante do que é **devido** (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do POVO. O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do **discurso estrutural** do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado.

Assim, nem Günther, Habermas, Alexy Dworkin ou Rawls, apresentam expressamente, em suas discussões, o tópico da legitimidade de criação e aplicação do direito pelos **marcos** formais do PROCESSO CONSTITUCIONAL (*due process of law*), porquanto, no sistema de *civil law* em que a conduta só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei, não há querer colocar em situações antagônicas as esferas de justificação e aplicação normativa, como se aquela fosse a vontade do **legislador** e esta a vontade do **juiz**, com exclusão da **articulação argumentativa** das **partes** (indivíduos, pessoas) que se faz pela estrutura procedimental constitucionalmente processualizada concretizadora do *due process*. O **devido processo**, como direito-garantia constitucional, rompe com o conceito privatístico de direito sub-

10 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fortes Editora, SP, 1ªed., 1997, ps.61, 63 e segs.

11 KLAUS, Günter. *Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993, ps.139-141.

jetivo pela fidúcia (confiança-recíproca - *trust*)¹² em que o Estado-Juiz é o depositário público da confiança da Sociedade Civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social.

O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de **casos** para revelação da **JUSTIÇA**, mas órgão de exercício judicial segundo o **modelo constitucional do processo**¹³ em sua projeção de *intra* e *infra* expansividade principiológica e regradora. O Devido Processo Constitucional é que é **jurisdicional**, porque o PROCESSO é que cria e rege a **dicção** procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. Mesmo o controle judicial de constitucionalidade há de se fazer pelo **devido processo constitucional**, porque a tutela jurisdicional da constitucionalidade é pela **Jurisdição Constitucional** da **LEI** democrática e **não** da autoridade (poder) judicial (decisória) dos juízes.

2 – O Anacronismo da Hermenêutica pela Jurisdição do Decididor

A derrogação da regra jurídica (norma de valor) ou do princípio jurídico (norma de orientação deontológica) por norma diversa conjecturada pelo julgador no suposto **espaço-vazio**¹⁴ da lei é a mais artificiosa transformação (atraso histórico-jurídico) da judicatura em arauto de uma JUSTIÇA ideal (mítica). A escolha axiológica e personalíssima do **bom** ou deontológica do **correto** a pretexto do que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um dis-

12 FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2ªedl, 1999, p.390-391.

13 ANDOLINA, Ítalo e Vignera, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale de Processo Civile Italiano*. Corso di Lesioni. Torino. Giappichelli, 1990.

14 WARAT, Luiz Alberto. *O Monastério dos Sábios*, 1997.

curso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático, há de ser legífona e não autófona.

Quando se menciona que um melhor “sentido” (proustianamente anfíbio)¹⁵ pode ser alcançado pela judicatura em face da lei retrógrada ou superada ou de lei sem sentido, deslembra-se que, se utilizado qualquer princípio jurídico como balizador hermenêutico, tal não poderia ser *contra-legem*, porque, se o fosse, inaugurar-se-ia uma nova forma legiferante **sobreposta** ao ordenamento em vigor. A **legitimidade** de uma decisão por princípio de livre escolha do intérprete-aplicador da lei só se confirmaria pela observação do **devido processo constitucional** na construção procedimental encaminhadora da **DECI-SÃO JUDICANTE**.

Assim, para manejar princípios (normas), há de se indagar de sua origem: se de uma realidade só vista ou tangível por um julgador, onividente e infalível (juiz-Hércules de Dworkin) ou se de uma existência posta pela LEI em suas múltiplas variações. Resta saber se, numa realidade existencial de princípios lançados pela LEI, há outros só apreensíveis pelo intérprete-julgador. Nesse passo, também se perguntaria da exclusiva possibilidade de um Estado de Direito Democrático pelas cúpulas interpretativas (diálogo de especialistas) e não pela democratização discursiva da produção da lei. Debater-se-ia se ao POVO seria possível transmitir recados pela LEI ou se a democracia não é basicamente concretizável pelo POVO em face de uma fatalidade perversa da inacessibilidade intrínseca e insuperável dos conteúdos (ideologizantes) da LEI, cabendo somente a um privilegiado intérprete-juiz complementar a lei ou idealizar (recriar) uma realidade jurídica melhor e saudável.

Se colocado o problema de acerto da decisão sob crivos principiológicos assistemáticos, como se as sentenças fossem atos iso-

15 PROUST, Marcel. *Nas Trilhas da Crítica*. Marcel Proust - Edusp, SP, 1994, p.20 (Introdução de Aguinaldo José Gonçalves).

lados dos juízes, afasta-se também, nesse contexto, a conquista jurídico-histórica do PROCESSO (**devido processo constitucional**) como instituição regente da estruturação dos procedimentos pelo contraditório, ampla defesa, isonomia das partes, direito ao advogado e à movimentação incondicional da jurisdição. Com efeito, a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de **discussão horizontal**¹⁶ de direitos pelas partes no **espaço-tempo** construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão”¹⁷ das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização de JUSTIÇA. Diga-se o mesmo da atividade construtora da LEI que, no Estado de Direito Democrático (se algum dia alcançado), há de passar, à sua legitimidade, pela principiologia do **Processo Constitucional** procedimentalizado¹⁸, em que maiorias e minorias¹⁹ estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e ampla defesa de suas idéias.

3 – Concretização do Direito nas Democracias Plenárias

Concebendo-se, portanto, o princípio jurídico como **norma** geral de regência, orientação e justificação interpretativa contido no discurso da **lei** e regra jurídica como **norma** específica de aplicação do **direito** com substratos de validade, eficácia e legitimidade pela conformidade constitucional, o que restaria para a reflexão seria a esfera de **elaboração** da lei, cuja fonte, no Estado de Direito Democrático, não estaria na ficção da norma fundamental kelseneana, na onisciência da jurisdição rosseauana ou no hartismo carismático do reconhecimento

16 ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 9ªed, 1999.

17 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Aide Editora, RJ, 1ªedição, 1992,p.103.

18 CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*, Editora Mandamentos, BH, 2000, p.128.

19 CARRIÓ, Genaro. *Sobre los Limites del Lenguaje Normativa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, p.58.

do intérprete, porque o que se tem que dizer em nível de DIREITO DEMOCRÁTICO é que o direito ruim, bom, certo ou errado, há de ser produzido pelo POVO diretamente (espaço político-jurídico continuamente aberto) como óbice ao “delito político”²⁰ dos hermeneutas gramscianos que pretendem salvar o Estado e a sociedade pelo **lado externo** do direito legal, a pretexto de uma possível e radical substituição de um direito ruim por uma **política ideal** não jurídica.

Em direito democrático, o **SER** jurídico concreto (fator de impessoalização hermenêutica) é a **LEI** como produto gráfico-formal popular implantador da realidade entitativa do espaço político democrático e o **DEVER-SER** é a norma (princípio ou regra) que é o sentido posto pelo **SER** aqui considerado totalidade jurídica escritural do espaço político. Não há, nas democracias jurídicas plenas, um **dever-ser** antes do **SER** ou paralelo ao **SER**, porque a **LEI** é o fundamento entitativo do **SER** jurídico e o **DEVER-SER** é a **realidade hermenêutica** posta pela existência da **LEI**. Em Direito Democrático, a existência legal é pressuposto da realidade normativa (devida). **Não** há realidade devida fora da existência legal. Quando a **realidade** está em oposição ou em suprimento à existência legal, tal fenômeno **não** inferioriza a lei, mas, ao contrário, indica ausência de democracia plena e continuada pelo obstáculo de vedar ao povo direta e oportunamente construir suas leis ao longo da sua **existência jurídica**. No exemplo, o povo foi suprimido da construção oportuna do direito.

Cabe distinguir, de logo, as figuras do **intérprete** e do **pensador** do direito. Já não é mais imaginável, na contemporaneidade, falar na interpretação jurídica fora da lei, embora não se exclua pensar o direito em seus aspectos legalizados ou não legalizados. Entretanto, a hermenêutica jurídica – é bom que se esclareça – é instrumentalidade interpretativa da aplicação do direito pela lei vigorante, enquanto que a hermenêutica geral é técnica de pensar por lógicas ou metodológicas

20 ANDERSON, Perry. *As Antinomias de Gramsci*. Editora Joruês, SP, 1986, p.07-74.

(metódicas) não voltadas exclusivamente ao Direito. É óbvio que a concretização do direito não é ato maiêutico do juiz, mas hermenêutico das **PARTES** a partir da procedimentalização argumentativa em modelo (escrito ou oral) autorizado pelo **DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL** na *intra* e *infra* constitucionalidade.

Não mais se conjectura uma Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático sem institucionalização jurídica pela **constituição formal**, a não ser por um retrocesso histórico lastimável. Popper preconiza que só uma “teoria formulada” (formalizada) é objetivamente criticável²¹. A pior **constituição formal**, ainda que somente proclamatória (não efetivadora) de direitos fundamentais, é originariamente enunciativa da Democracia. A partir dela, pode-se interpretar e concretizar o discurso jurídico-democrático que não seria jurídico, nem logicamente criticável, se ela inexistisse. A confusão nefasta é imaginar que o juiz é o intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO e que pode, em fontes do conhecimento subjetivo, *extra, ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas (vangloriosas) ou compor, por sentenças legiferantes ou *de lege ferenda*, soluções magníficas, justas (clarividentes), para os conflitos à margem da procedimentalidade modulada pelo *constitutional due process*.

O **pensador** do direito não o pensa ou o interpreta para aplicar, mas para ensinar, debater, organizar, esclarecê-lo. Ao **intérprete-julgador** incumbe o pensar direcionado à aplicação do direito procedimentalizado e **intérpretes**, nas democracias, são todos os que participam da **procedimentalidade** assegurada e regida pelo **DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL** que jurisdicionaliza o proceder para os figurantes do **procedimento**, concretizando e legitimando-o como estrutura criada pelo POVO e que se destina a habilitar o POVO a recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente.

21 POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*, EDUSP, SP, 1975, ps.35-40.

O princípio como norma de permissão, vedação ou dever, ao aplicador da lei, é **lei** também, porque não pode ser livremente **cambiável** por outro princípio, quando assegura um entendimento estrito como condição de legitimidade (validade-eficácia) do ato a ser praticado. Atente-se para o **princípio da reserva legal**, como não cambiável, fundamental à existência própria da lei balizadora da interpretação jurídica. A existência do procedimento em contraditório é fator irreduzível de manutenção de uma “comunidade de intérpretes” do ordenamento jurídico nas bases de produção e aplicação da lei. Assim, nas democracias, não se pode aceitar o conceito de lei muda, sem conteúdo peditivo, diretivo ou imputativo, e que fosse um **espaço-vazio** sintaticamente delimitado à livre inserção de atributividade semântica pelo juiz todo-poderoso (pensador - legislador - intérprete - aplicador). Seria inconcebível considerar o intérprete como norma em carne e osso de reconhecimento do direito na lei democrática.

4 – Devido Processo Constitucional, Conceito de Parte na Democracia

O conceito constitucional processual de “parte” é que vai operar o PROCESSO CONSTITUCIONAL que é o arcabouço fundamental de implantação do *constitutional due process* e dos modelos procedimentais no plano constituinte (a instituir). O *constitutional due process* (“Devido Processo Constitucional”) é garantia (como dever do Estado) de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição nas hipóteses de existência de conflito ou contenciosidade de direitos pretendidos.

Não mais nos orientamos atualmente por um **processo histórico** (causalidade histórica) fora das constituições em concepções fatalistas e inescapáveis (ortodoxo-marxista) a determinar a consciência dos homens, mas o que se busca é a construção de uma sociedade (não causalida-

de sociológica) que passe pelo **processo democrático** do exercício coletivo das conquistas **históricas jurídico-normativas** de todos igualmente decidirem o *dever*. Claro que tal esforço teórico tem seus fundamentos na instituição constitucionalizada do PROCESSO que se define pelos **princípios** do contraditório, isonomia e ampla defesa, condutores dialógicos (afirmações-negações) no espaço político de juridificação (edificação jurídico-sistemática) dessa nova realidade esperada.

Entretanto, para conceber tamanho empreendimento, urge indagar sobre o que seja conquista histórica normativa pela formalização constitucional expressa (não natural, sociológica ou hipotética) dos **princípios jurídicos** fundantes dessa **democracia**. É certo que também **não** mais se pensa numa democracia do positivismo encantada pela unidade lógica de sistemas eternizantes de direitos **não** adquiridos no processo jurídico-democrático de bases dialógicas e plebiscitárias. Sequer se imagina que a democracia surgirá da dialética natural da história (ser – social mitificador historicista) como instrumento anímico ambulante de decisão externa ao homem e para o homem.

Com efeito, é o conceito de **parte** como pessoa legitimada pela lei a atuar a lei é que poderá, em Direito democrático, balisar o campo hermenêutico, porque os conceitos de homem, indivíduo, cidadão, pessoa, coletividade, sociedade, como autores ou atores anônimos do mundo da vida, não encerram vínculo jurídico participativo de procedimentalidade em bases jurídico-normativas para instalar um regime de interpretação aberta²² a todos, porque esta abertura não se faz por ordem natural ou espontânea, mas quando os seus agentes se protagonizam como pessoas (**partes**) legalmente autorizadas para provocar decisões, criar, reconstruir, modificar ou extinguir as suas próprias realidades do existir jurídico.

22 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, ps.24-34.

PARTE é o agente processual do DEVER-SER jurídico e não o SER jurídico que é a LEI em si mesma. A LEI é conquista histórica que, uma vez construída democraticamente pela humanidade, só é modificável substituível ou extinguível, nas democracias plenas, pelo DEVER-SER jurídico *in-fieri*, porque não seria possível, a não ser *manu militari*, eliminar ou alterar a **existência** jurídica a partir de uma **realidade** popular (político-espacial) não jurídica, como querem os sociologistas (culturalistas, comunitaristas, empiristas).

Nas democracias, para se colocar uma lei no lugar de outra, para alterá-la ou modificá-la, há de se partir de uma lei para outra pela via construtiva do PROCESSO CONSTITUCIONAL que é o **ser** jurídico perpétuo (instituição legal) nas democracias plenas que cria e impõe garantia do contraditório, ampla defesa e isonomia na base construcional do espaço político, tornando-os **devidos**. Por isso é que o **devido processo legal** é o **dever-ser** posto pelo PROCESSO CONSTITUCIONAL.

A **parte** já constitucionalmente legitimada é o agente do **DEVER-SER** normativo (**devido processo legal**) que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo)²³ para criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito. O **espaço-político** de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da ISONOMIA, ISEGORIA e ISOCRÍTICA em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isonomia), igualdade de todos de interpretar a lei (isegoria) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica)²⁴. Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das DEMOCRACIAS como governo da **totalidade social concreta**²⁵, isto é: povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido PROCESSO CONSTITUCIONAL.

23 ANDOLINA, Ítalo e Vignera, Giuseppe. *Ob. cit.*

24 WOLFF, Francis. *A Crise da Razão*. Cia das Letras, SP, 1996, ps.73-81.

25 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, Mestre Jou, SP, 1968, p.154.

Daí é que o espaço da judicância (aplicação) do direito há de se fazer, nas democracias, pelo **devido processo legal**, que é prolongamento do **PROCESSO CONSTITUCIONAL** e de suas expansividades procedimentais, e não pelo *imperium* de uma justiça interdital em moldes corretivos ou reconstrutivos do direito vigente ou externa ao direito pela clarividência do aplicador da lei. A hermenêutica, nas democracias, é dada na base popular construtiva da lei, não podendo ser uma teoria (ciência ou técnica) de interpretação por uma inteligência superestrutural e privilegiada (diálogo de especialistas)²⁶ da judicatura como porta-voz dos valores e princípios estruturais da sociedade à margem ou ao fundo imperscrutável do direito popular legislado. Quando Häberle fala que o “monopólio da interpretação não pode ser exercido só pelos intérpretes oficiais”²⁷, é necessário que a quebra desse monopólio seja definida pela base decisória-popular-construtiva da lei, porque seria inócuo democratizar a participação hermenêutica pelas interpretações aleatórias e idealistas.

Parte não é mais um elemento procedimental que se completa por outro, mas, como agente procedimental legitimado, exerce autonomia de liberdade jurídica construtiva do procedimento. A **parte** tem seus limites de liberdade procedimental na **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL** e não na equivocada “**jurisdição**” do juízo judicial que também se jurisdicionaliza (em suas origens de legitimidade) na **Jurisdição Constitucional**. Esta é que se faz pelo **devido processo constitucional** instituído pelo POVO para validar, legitimar e eficacizar a atuação de direitos em todo o arcabouço jurídico do discurso constitucional.

A **Jurisdição Constitucional**, nas democracias plenas, tem seu controle de atuação pelo **devido processo legislativo** que é aspecto instrumental do **DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL**. Aliás, a própria constituição é produzida, nas democracias, com total observân-

26 HÄBERLE, Peter. *Ob. cit.*, ps.25-33.

27 HÄBERLE, Peter. *Ob. cit.*, ps.39-40

cia do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL (**devido**, porque assegurado pelo POVO) - eixo de geração do texto constitucional como cláusula constituinte fundamental e de resistência definidora do paradigma da Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático. Não há mais antagonismo, no paradigma democrático, entre “poderes” do Estado e jurisdição constitucional, porque a funcionalização de todo o organograma estatal cumpre **jurisdição constitucional**.

O que já se acha envelhecida, em nosso quadro histórico, é a expressão “poderes” largamente usada nos meios acadêmicos jurídicos, filosóficos, sociológicos, econômicos, como unidades míticas de comandos que podem mais do que a lei, do que o povo, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado. Nas democracias, poder e tutela são conteúdos de legalidade devidamente produzida e **não** modos pessoais, judicacionais, corporativos ou organicistas de atuação do justo e do bom.

do objeto do Direito. O Direito como Objeto 2.1 - O fenômeno jurídico como objeto de múltiplas disciplinas - O Direito Positivo e a Ciência do Direito 2.2 - As categorias do conhecimento jurídico 2.3 - Direito e linguagem - Ordens e normas jurídicas 2.4 - As normas jurídicas e a teoria de Kelsen - Juízos jurídicos e defetivos - Normas primárias e secundárias 2.5 - Normas jurídicas e proposições sobre normas jurídicas - Prescrições jurídicas - O papel dos intérpretes 2.6 - Tipos de normas jurídicas - Normas de organização, de competência, técnicas, de conduta ou comportamentais e sancionantes 2.7 - Tipos de normas, leis e proposições jurídicas 2.8 - Distinção entre normas, leis e proposições jurídicas 2.9 - Existência, validade e vigência das leis - Aplicabilidade, existência e eficácia das normas jurídicas. O Direito Tributário como Objeto e o Objeto do Direito Tributário 3.1 - A unidade do Direito - a possibilidade de autonomia dos ramos do Direito 3.1 - A relação entre o Direito como objeto do Direito Tributário 3.1 - Direitos Privados e Direito Tributário 3.4 - A relação tributária, objeto do Direito Tributário 3.5 - O objeto no tempo e no espaço - O papel do direito tributário 3.6 - O Direito Tributário como objeto 3.7 - Opções jurídicas do Direito Tributário brasileiro - As condições de utipidade 3.8 - Direito Tributário e Estado