

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos

**PROCESSO E PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:  
a construção do direito na processualidade jurídico-democrática**

Belo Horizonte  
2016

Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos

**PROCESSO E PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:  
a construção do direito na processualidade jurídico-democrática**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Coorientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte  
2016

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237p Santos, Luiz Sérgio Arcaño dos  
Processo e poder constituinte originário: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática / Luiz Sérgio Arcaño dos Santos. Belo Horizonte, 2016.  
149 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processos. 2. Poder constituinte. 3. Devido processo legal. 4. Estado democrático de direito. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342

Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos

**PROCESSO E PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: a construção do direito na  
processualidade jurídico-democrática**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal – PUC Minas (Orientador)

---

Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior – PUC Minas (Coorientador)

---

Professor Dr. André Cordeiro Leal – PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Professora Dr<sup>a</sup>. Andréa Alves de Almeida – UNIFEMM (Banca Examinadora)

---

Professor Dr. Alberico Alves da Silva Filho – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de março de 2016

*À minha esposa Waldirlene e ao meu filho Luiz Gabriel, pela compreensão, paciência e apoio no enfrentamento dos obstáculos quase sempre intransponíveis.*

*À minha mãe, por estar sempre acreditando na capacidade de seus filhos.*

*À minha tia Maria Tereza, com toda a sua bondade, meu eterno agradecimento.*

## **AGRADECIMENTOS**

Minha imensa gratidão e admiração pelo meu Orientador Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, pela extraordinária orientação, bem como, não menos importante, pelo privilégio e oportunidade que tive por acolher-me como orientando. Epistemólogo nos estudos da ciência do processo como instituição constitucionalizada, por cuja teoria neoinstitucionalista do processo propõe-se contribuir na construção de uma sociedade democrática livre de mitos, crenças e do poder autoritário.

Ao Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, por ter se disponibilizado em coorientar-me já no final dos trabalhos, pelo afastamento por força maior do meu orientador, com absoluta liberdade científica, liberdade essa que se constata desde o primeiro dia de suas aulas, contribuindo de forma precisa com suas sugestões e críticas acadêmicas.

Ao Professor Doutor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, pesquisador sério e incansável, amigo de longos anos que contribuiu significativamente, desde a graduação, para a minha formação e trajetória acadêmicas. Minha admiração e meu respeito pela pessoa e profissional que é.

Ao Professor Doutorando André Del Negri, honrado por tê-lo como interlocutor indispensável no início das pesquisas, grande estudioso e conhecedor da teoria neoinstitucionalista do processo.

Aos Professores Doutores Lusia Ribeiro Pereira, André Cordeiro Leal, Alberico Alves da Silva Filho e Leonardo Augusto Marinho Marques, pela gentileza e cordialidade no tratamento a todos.

Os cientistas não podem estar seguros de que suas conjecturas atuais são verdadeiras, nem mesmo que eles vão algum dia atingir a verdade ou que iriam saber, se atingissem mesmo a verdade, que o fizeram. Contudo, se a verdade deve ser não apenas um ideal, mas um ideal 'regulador' ou *que guia*, deve ser possível dizer, quando uma teoria substitui outra, se a ciência está se aproximando da verdade. (HAACK, 2002, p. 164).

## RESUMO

Tendo por objetivo questionar o poder constituinte originário em sua pressuposta soberania, o presente estudo tem como proposta demonstrar a incompatibilidade de sua manutenção no ordenamento jurídico vigente no Estado Democrático, cujo processo deve ter origem na base instituinte do direito na criação das leis, e não a partir do nível constituinte e constituído, como atualmente prevalece. Com a institucionalização do paradigma de Estado Democrático de Direito surgido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo, construtor daquele, não mais deve ser considerado como um instrumento da jurisdição (decisionismo), como desenvolvido nos estudos do Direito Processual por autores como Oskar Von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Eduardo J. Couture, Enrico Tullio Liebman e Elio Fazzalari (teoria estruturalista), e com adeptos, em grande maioria, no Brasil, o que autoriza a construção permanente do direito por uma processualidade jurídico-democrática para se chegar a um Estado efetivamente Democrático. Verifica-se que os efeitos (sequelas) provocados pela manutenção de um Poder Constituinte Originário no ordenamento jurídico nacional obsta a instalação da fiscalidade processual anterior à criação das Leis, ou seja, no plano instituinte do direito, por cuja demarcação o processo atuará institucionalmente. Os Estados liberal e Social de Direito, que são dogmáticos, no ordenamento jurídico brasileiro mantêm-se atuantes, porquanto não se entregam à desconstrução, bem como pelo fato de a estrutura de poder manter-se inalterada sobre o modo dos meios de dominação, reforçando o poder da autoridade (tópica). A sociedade brasileira ainda está sendo construída, porque as formas de Estados vigentes, que não é o Estado Democrático de Direito, não permitem que se saia da violência da autoridade. Somente o processo, por efeito juridificante para provocar uma desconstrução da Lei, em bases morfológicas por uma epistemologia (teoria do conhecimento) jurídica quadripartite (técnica-ciência-teoria-crítica) desdogmatizará o Estado autoritário vigente. Infere-se, portanto, que o **controle de democraticidade** (expressão criada por Rosemiro Pereira Leal), que se faz no plano instituinte da lei, efetivamente será o ponto de referência para a institucionalização do Estado Democrático de Direito, identificando, pois, a democracia como direito igual de debate para todos, bem como pela sua permanente construção pela via da processualidade jurídico-democrática, que por um Devido Processo Constitucional a sociedade legitimada pode se encontrar amparada na fiscalidade pelo discurso da construção da norma (sistema interpretante) para realização de seus direitos fundamentais ao processo na perspectiva da *teoria neoinstitucionalista do processo*.

**Palavras-chave:** Processo. Poder. Processualidade democrática. Devido processo. Linguagem normativa. Direito fundamental ao processo. Teoria neoinstitucionalista do processo.

## ABSTRACT

With the purpose of questioning the original constituent power in a supposed sovereignty, the present study has the purpose to demonstrate the incompatibility of the maintenance in the current juridical system in a Democratic State, a process that should have originated in the instituting basis in the creation of the laws, and not from the constituent and constituted level, as currently prevails. With the institutionalization of the Democratic State paradigm of the Law emerged with the enactment of the Federal Constitution of 1988, the process, its own constructor, no longer has to be regarded as a jurisdiction of the instrument (decisionism), as developed in the procedural law studies by writers like Oskar Von Bulow, Giuseppe Chiovenda, Eduardo J. Couture, Enrico Tullio Liebman Elio Fazzalari (theory structuralist), and supporters of a large majority in Brazil, which authorizes the ongoing construction of the law by a legal and democratic process to reach a effective Democratic State. It appears that the effects (consequences) caused by the maintenance of a constituent power, originating in national legislation, prevent the installation of the previous procedural taxation prior the creation of laws, so in the instituting plan of the right, for whose demarcation process will act institutionally. The liberal and social States of Law, which is dogmatic, in the Brazilian legal system keeps active, and it does not hand over the deconstruction, as well as the fact that the structural power remains unchanged over the way of the means of domination, reinforcing the power of authority (topical). The Brazilian society is still being built, because of the ways of the invigorating States, which is not the right Democratic state by Law, does not allow them to come out of the violence of authority. Only the process, with a juridical effect, will be able to cause a deconstruction of a Law, with morphological basis by an epistemology (theory of knowledge) Legal quadripartite (technical-science-theory-criticism) will make undogmatic the authoritarian state vigente. It is inferred, therefore, that the **control of democracy** (expression created by Rosemiro Pereira Leal), which is done in the instituting plan of the law, effectively will be the reference point for the institutionalization of the Democratic State of the Law, identifying, the democracy as an equal right to debate for all, as well as for its ongoing construction by means of legal and democratic processuality that for a constitutional due process the legitimated society can find itself supported by the tax system for the building of the discussion of the rule (interpreter system) to perform their fundamental rights to the process in view of the *neoinstitutionalist theory of the process*.

**Keywords:** Process. Power. Democratic processuality. Right process. Normative language. Fundamental right to process. Neoinstitutionalist theory of the process.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>2 O MITO DO PODER E DA LIVRE VONTADE.....</b>	<b>25</b>
2.1 Poder e processo .....	27
2.2 Ideologia do poder e legitimidade processual .....	40
2.3 Poder como vontade de potência e processo .....	50
2.4 Teoria dos três poderes .....	62
<b>3 O MITO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....</b>	<b>73</b>
3.1 Poder e violência da vontade soberana.....	75
3.2 O processo como instituição da legitimidade do direito.....	81
<b>4 PODER, FUNÇÃO E SISTEMA JURÍDICO.....</b>	<b>89</b>
4.1 Correlações lógicas entre poder e funções do Estado.....	90
4.2 Os limites da linguagem normativa e a institucionalização do processo .....	94
4.3 Sistemas jurídicos e devido processo .....	100
4.4 O instituinte processual na base constituinte do direito .....	110
4.5 Comunidade jurídica e coletivização processual do sentido normativo.....	113
<b>5 PROCESSO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS.....</b>	<b>117</b>
5.1 O caráter de liquidez dos direitos no fundamento instituinte da lei.....	117
5.2 A jurissatisfatividade pré-cógnita dos direitos fundamentais ao processo .....	121
5.3 A queda do monopólio do sentido pela <i>Auctoritas</i> .....	123
<b>6 PROCESSO INSTITUINTE ORIGINÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>131</b>
6.1 Fiscalidade processual democrática.....	131
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>139</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 instituiu-se uma nova estrutura de Estado, bem como um novo fundamento da ordem jurídica cujo regime, conforme seu artigo 1º, é o do Estado Democrático de Direito. Nesse paradigma jurídico o processo passou a ter importância fundamental, haja vista a relevância dos princípios e institutos orientadores da constitucionalidade, sobretudo os institutos processuais, reivindicando sua releitura no ordenamento jurídico.

A necessidade de interrogar as formas de poder como tradicionalmente e secularmente impostas, erigidas, sobretudo, pela ciência dogmática do direito (o já pronto), faz-se imprescindível em um Estado que se intitula Democrático de Direito que mantém as mesmas estruturas de seus antecessores, quais sejam, Estado Liberal e Estado Social, sendo esses instrumentos de multiplicação dos conflitos e de violência.

Identificar as fontes de produção das leis, que não se têm como demarcado no Poder Constituinte Originário, haja vista encontrar sua limitação nos direitos fundamentais do processo, este sim, demarcando a legitimidade da constituição no plano instituinte do direito como “controle processual de democraticidade sistêmica”<sup>1</sup> e não controle de constitucionalidade, porquanto este não se desvencilha da tópica (poder da autoridade), somente é viável, em nosso entendimento, por um devido processo instituinte.

A partir da matriz filosófica e problematizante de Karl Popper (racionalismo crítico), como marco científico para a construção do conhecimento em bases morfológicas (técnica-ciência-teoria-crítica) de uma epistemologia jurídica proposicional formalizada e oferecida à crítica (teoria), Rosemiro Pereira Leal elaborou a teoria neoinstitucionalista do processo, demonstrando que a fiscalidade institucional (sistema interpretante) deve partir da base instituinte do direito, para a construção deste em uma sociedade democrática livre da violência da autoridade e de “técnicas de **tiranização decisória**”<sup>2</sup>, por cujas ideologias procuram legitimar o poder. Portanto, os referenciais teóricos adotados foram Karl Popper e Rosemiro Pereira Leal.

O processo na teoria neoinstitucionalista age, pois, na implantação de uma “*autocriticidade* para o exercício de uma fiscalidade desde a base fundante (instituinte) de um

---

<sup>1</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 103. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>2</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 146.

sistema normativo à sua atuação e aplicação”<sup>3</sup>, na construção do direito na processualidade jurídico-democrática, cujos estudos científicos têm por preocupação, também, pelo “Devido Processo como teoria autocrítica”<sup>4</sup> interrogar, haja vista discursos que mistificaram o homem ao longo dos séculos, o “obsoletismo da Ciência Dogmática do direito para a problematização da estrutura dos saberes processuais na pós-modernidade”<sup>5</sup>.

O processo sendo uma instituição linguística e como construtor do Estado Democrático de Direito, em bases científicas nas quais estão sendo desenvolvidos estudos na linha de uma epistemologia quadripartite, cuja crítica tem por deliberação questionar estruturas de poder e decisionismo de uma tradição há séculos dominante, é o meio, talvez o único, pelo qual se poderá construir uma democracia com liberdade irrestrita por direitos fundamentais ao processo na fundamentalidade instituinte do Direito.

Demonstrar a inquietude (tensão) do processo como instituição linguístico-jurídica da teoria crítica a partir da matriz problematizante de Karl Popper (racionalismo crítico) com a imperiosidade do Poder Constituinte Originário, tido por constitucionalistas e processualistas de antes e agora (marco histórico) como poder de fato, é o objetivo do trabalho proposto, realizado no plano teórico (método de leitura), a partir do referencial (marco) teórico da teoria neoinstitucionalista do processo.

A inadiável superação de não se pensar mais a democracia em estruturas dogmáticas secularmente implantadas, e, portanto, como uma técnica de poder, a partir da instituição do devido processo constitucional (instituição jurídica garantidora da efetivação dos direitos processualizados na origem da criação do direito) pelo qual se deve interrogar a legalidade e legitimidade do Poder Constituinte Originário, sua titularidade, seu exercício e suas limitações, haja vista que a Constituição não se sustenta legalmente por um controle de constitucionalidade, porque este se opera no nível constituído do direito, mas por um controle democrático já decidido na fonte da criação da lei (nível instituinte).

Consideramos, assim, que a Constitucionalidade Democrática se opera na sua própria origem no processo instituinte da elaboração das Leis, e não a partir de um poder Constituinte originário que legitima a Constituição, a partir do qual, no entender de muitos estudiosos do direito, o processo passa a operar no plano constituído. Procuramos identificar, dessa forma,

---

<sup>3</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 267.

<sup>4</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012. p. 32.

<sup>5</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático, p. 371-379. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz e Almeida; FERREIRA, William Santos (Coord.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 376.

onde se opera a legitimidade da produção das leis, cuja origem se encontra no plano instituinte e constituinte do direito, ou seja, anterior à Constituição, e não no plano constituído. Por isso, procuramos gerar novidade por uma proposta de **Processo Instituinte Originário**, expressão esta criada por Rosemiro Pereira Leal, que é o que legitima o Estado Democrático de Direito, como contraponto ao **Poder Constituinte Originário**, que ainda se encontra estacionado nos Estados liberal e Social de Direito, onde se moldaram “por uma dogmática radical”<sup>6</sup>, e onde se encontram implantadas as ideologias do poder.

Estruturamos o trabalho em cinco capítulos, além da introdução e das considerações finais. Propomos arguir, no capítulo que trata do *Mito do Poder e da Livre Vontade*, o poder em suas várias formas de manifestação que por séculos obteve uma pretensa legitimidade, no sentido de demonstrar sua incompatibilidade e falta de legalidade, com fundamento científico da teoria neoinstitucionalista do processo, este construtor do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, discorreremos, nesse capítulo, o mito do poder da autoridade e a importância dada a esta, que pela história do direito processual, de extrema importância no sentido para entender a evolução da ciência do processo, sobressaem-se os processualistas Oskar Von Bülow (teoria do processo como relação jurídica), Giuseppe Chiovenda (vontade concreta da lei), Eduardo J. Couture (concepção constitucionalista de processo sem se desgarrar da instrumentalidade), Enrico Tullio Liebman (processo como instrumento do exercício da jurisdição) e Elio Fazzalari (teoria do processo como procedimento em contraditório).

No capítulo *O Mito do Poder Constituinte Originário*, discorreremos sobre a evolução histórica delegando a função de criar uma constituição, em termos de onipotência soberania. Buscamos demonstrar que no Estado Democrático de Direito não se pode perdurar entendimento como era há mais de duas centenas de anos, originalmente formulada por Emmanuel Joseph Sieyès (representante da igreja e da aristocracia nos Estados Gerais, com participação ativa na criação da Assembleia Nacional Constituinte Francesa de 1789), ou seja, a existência de um poder inerente à nação, bem como por um sistema de imposição de uma “teoria autoritária do conhecimento científico”<sup>7</sup>.

Considerando a defesa do sistema jurídico por muitos constitucionalistas e processualistas contemporâneos como dogmático, e até mesmo àqueles que ainda tutelam que a ciência jurídica segue orientada pelo Direito Positivo aos moldes de Hans Kelsen, com

---

<sup>6</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

<sup>7</sup> POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da Racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 157.

controle pela técnica, que faz, cada vez mais, poder e conhecimento serem sinônimos, no quarto capítulo, tratando de *Poder, Função e Sistema Jurídico*, tivemos a pretensão de indicar a incompatibilidade que existe na manutenção de uma suposta completude do sistema jurídico com o Devido Processo, este não significando apenas ser justo e apropriado pela dialética dogmática de matriz norte-americana (due process of law), como em perspectivas de Estado Liberal e Social de Direito de formação no positivismo jurídico kelseneano, mas como devir (vir-a-ser) em bases instituintes de produção normativa como espaço de fixação e fiscalidade (legitimidade) do sentido das leis, como epistemologicamente demonstrado por Rosemiro Pereira Leal.

Partindo de argumentos com fundamentos científicos de que o processo é um instituto jurídico-democrático como protagonista da construção da democracia a partir do nível instituinte do direito, ou seja, já consolidando efetividade pré-cógnita dos direitos fundamentais líquidos pelo discurso instituinte da normatividade (processo), em contraponto à “tecnicismos metodológicos do Estado Burguês por assembleias de especialistas (doutrinadores e decididores liberais) ancorados no individualismo civilista do século XIX”<sup>8</sup>, propusemos no capítulo sobre *Processo e Constitucionalização de Direitos*, dissertarmos sobre a imprescindibilidade da ruptura com o Poder Constituinte Originário, esse sendo apenas um mito trabalhado pelo despoista esclarecido para que possa se sustentar em uma ordem jurídica de dominação secular pelo monopólio do sentido pela *auctoritas* (autoridade).

No capítulo final, *Processo Instituinte Originário no Estado Democrático de Direito*, procuramos afirmar, com amparo científico na teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal, “a partir das matrizes filosóficas de Karl Popper”<sup>9</sup>, que o processo é, em fonte epistemológica quadripartite (técnica-ciência-teoria-crítica), instituto único para a construção e testificação (controle) de um direito em bases solidamente democrático, por uma atividade intelectual que vai identificar as aporias a priori do próprio discurso (desconstrução), bem como demarcar o recinto da discursividade na democracia processualizada.

---

<sup>8</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 35.

<sup>9</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 6. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

## 2 O MITO DO PODER E DA LIVRE VONTADE

O conceito de poder bem como sua natureza, normalmente estão vinculados ao fenômeno da obediência. A preocupação com as suas origens motivou a elaboração de várias teorias que procuram explicar o seu aparecimento. Merecem destaques as explicações contratualistas formuladas por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), pela repercussão dessas exposições, bem como as teocráticas, as democráticas, as populares e, sobretudo, “as relações de poder e Estado soberano”<sup>10</sup>.

O pensamento de Hobbes é a referência clássica que nos fornece nitidez teórica e empírica para apreendermos a crise dos paradigmas que alicerçaram a modernidade, entre eles a soberania. Diante dessa crise, novos paradigmas surgem e, sustentados em base histórica e política, procuram explicar as várias formas de dominação. [...]. A tradição contratualista fundamenta juridicamente o poder do soberano no acordo coletivo de transferência do poder natural igualitário dos homens. A vida, aos cuidados do soberano, torna-se o elemento ordenador da vida associativa. O soberano, neste caso, atua em nome dos súditos e, conseqüentemente, garante a harmonia entre eles, mas se torna, acima de tudo, responsável pela vida. A modernidade, portanto, inaugura uma nova concepção e estrutura de dominação. O poder ganha dimensão instrumental e passa às mãos do soberano – que passa a fazer uso legítimo para garantir (ou não) o direito dos homens à vida.<sup>11</sup>

Ao que se refere a teoria (ideologia<sup>12</sup>) contratualista de Rousseau, que se vale da explicação de um estado potencial de guerra como condição permanente e necessária das relações sociais e institucionais do poder, embora pense a vontade geral não como uma simples soma das vontades particulares, ou como coincidência em sua maioria das vontades particulares, mas como o que há de comum em todas as vontades individuais, o substrato coletivo das consciências, ou ainda o acordo dos interesses particulares que são opostos entre si, não deixa de ser verdade que o seu ponto de partida é a vontade individual.

<sup>10</sup> AMITRANO, Georgia. **O paradoxo do homo sacer**: entre o abandono e o bando. Cadernos de Ética e Filosofia Política, São Paulo, n. 23, p. 78-92, 2014, p. 78.

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Mariangela. **Soberania, poder e biopolítica**: Arend, Foucault e Negri. Revista de Filosofia, v. 6, n. 2, dez., p. 152-169. Amargosa, 2012, p. 156

<sup>12</sup> O termo ideologia, segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, “foi criado por Destut de Tracy (*Idéologie*, 1801) para designar ‘a análise das sensações e das idéias, segundo o modelo de Condillac. A. Constituiu a corrente filosófica que marca a transição do empirismo fluminista para o espiritualismo tradicionalista e que floresceu na primeira metade do séc. XIX. [...]. Em geral, portanto, pode-se denominar ideologia toda crença usada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo *crença*, em seu significado mais amplo, como noção de compromisso da conduta, que pode ter ou não validade objetiva. Entendido nesse sentido, o conceito de ideologia é puramente formal, uma vez que pode ser vista como ideologia tanto uma crença fundada em elementos objetivos quanto uma crença totalmente infundada, tanto uma crença realizável quanto uma crença irrealizável. O que transforma uma crença em ideologia não é sua validade ou falta de validade, mas unicamente sua capacidade de controlar os comportamentos em determinada situação. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 531-533).

Em Hobbes, a natureza fez os homens iguais e nessa condição eles têm os mesmos direitos na luta na preservação de suas vidas, sendo que para poder construir uma sociedade é necessário que cada indivíduo renuncie a uma parte de seus desejos e chegue a um acordo mútuo de não aniquilação com os outros. Trata-se de estabelecer um contrato social, de transferir os direitos que o homem possui naturalmente sobre todas as coisas em favor de um soberano dono de direitos ilimitados. Este monarca absoluto, cuja soberania não reside no direito divino, mas nos direitos transferidos, seria o único capaz de fazer respeitar o contrato social e garantir, desta forma, a ordem e a paz, exercendo o monopólio da violência que, assim, desapareceria da relação entre indivíduos.

Ao conceber a vontade geral apenas na forma relativa às vontades individuais, e não como o racional em si e para si da vontade que resulta das vontades individuais quando conscientes, a associação dos indivíduos no Estado torna-se um contrato, ao qual se pode dar a adesão ou não. Dessa forma, surge uma nova concepção de poder, que estende seus tentáculos no exercício de uma vigilância contínua que se perpetua nos dias atuais, de controlar não apenas o indivíduo como corpo, mas um conjunto de indivíduos que passa a estar sob seu controle. Michel Foucault assim denuncia essa manipulação e controle pelo poder:

Temos portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprias de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos. É uma tecnologia que visa portanto não o treinamento individual, mas, pelo equilíbrio global, algo como uma homeóstase: a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos.<sup>13</sup>

O Estado no exercício do seu poder soberano transforma-se, estruturalmente, em um instrumento de opressão, já que a “violência soberana abre uma zona de indistinção entre lei e natureza, externo e interno, violência e direito”<sup>14</sup>, institucionalizando um poder na maioria das vezes questionável, dando o aval para um autoritarismo no exercício da dominação, reflexo e

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 297.

<sup>14</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 69.

força de uma ideologia simbolizada pela vontade e potência (poder) e manipulação das massas. Elias Canetti demonstra esse controle pelo detentor do poder quando afirma:

O detentor do poder, que dele se vale, o conhece muito bem e sabe apreciá-lo devidamente segundo sua importância em cada caso. Sabe o que deve ser ocultado quando ele quer alcançar alguma coisa, e sabe também qual de seus ajudantes deve empregar para o ato de ocultar. Ele tem muitos segredos, já que deseja muitas coisas, e os combina num sistema no qual eles se preservam reciprocamente. A um ele confia uma coisa e confia outra coisa a outro, certificando-se de que eles jamais irão comunicar-se entre si.<sup>15</sup>

Assim, “O possuir poder significa o confronto direto com a realidade, e o totalitarismo no poder procura constantemente evitar esse confronto, mantendo o seu desprezo pelos fatos e impondo a rígida observância das normas do mundo fictício que criou”<sup>16</sup>. Para Arendt, o poder pelo totalitarismo passa a ser poder-violência, instrumentalizado para o uso da força, por cuja manipulação das massas, e mobilização popular para buscar a legitimação é uma característica do fascismo, líderes absolutos arrogam-se ao direito da infalibilidade. Hannah Arendt explica que quando a megalomania e a delinquência levam a predições infalíveis consentidas por uma militância comovida pela causa e sensibilizada pela ‘sabedoria do seu líder’, surge o momento em que o totalitarismo sequestra a fé religiosa e se transforma em crença política.

## 2.1 Poder e processo

O poder é exercido de várias formas, da persuasão à manipulação, da ameaça de uma punição à promessa de uma retribuição, preservando “a ‘violência fundadora’ do direito (a que “institui e instaura o direito”) e a ‘violência conservadora’ (a que “assegura a permanência e a aplicabilidade do direito” instituído)”<sup>17</sup>. Sempre vinculado à força com todas as suas conexões, a violência e o terror, circunscreve sua eficiência numa equação de domínio que se invoca quando ameaçado em sua existência e permanência.

Todo poder implica, portanto, uma certa dose de sujeição, de coerção, exercida pelo detentor do poder sobre as pessoas, visto que ele pressupõe determinação de atitudes ao indivíduo colocado no estado de subordinação, mesmo quando o subordinado submete-se

<sup>15</sup> CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Tradução de Rodolfo Krestan. São Paulo: Melhoramentos, 1983, p. 325.

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989, p. 442.

<sup>17</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 106.

espontaneamente ao titular do poder e aceita-lhe as ordens em um regime astucioso de manipulação calculada. Segundo Michel Foucault:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; Ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”.<sup>18</sup>

A crença, costume e tradição, que são cultivados na legitimidade da autoridade “historicamente válida nas sociedades pré-modernas, da carismática, que se articula não na qualidade do líder mas na exemplaridade na qual confiam os liderados”<sup>19</sup>, sustentam a continuidade e sua perpetuação na história da humanidade.

Inúmeros mecanismos centrados para manipulação de corpos individualizados, traduzidos em novas tecnologias se instalam não mais sobre o controle dos indivíduos, mas sobre o controle, a vigilância e o domínio dos homens tomados em conjunto e sobre os fenômenos que orientam, classificam e modelam esse conjunto. Conforme Rosa Maria Cardoso da Cunha:

[...] a partir do século XVIII, esboça-se uma sociedade bastante diferente das anteriores, [...] – a sociedade da vigilância e do controle. Suas práticas de regulação social teriam origens em práticas localizadas de controle, [...] na Inglaterra e na França: na primeira, as associações religiosas; na segunda, as *lettres de cache*. [...] depois como o Poder Judiciário, não dando conta do controle e vigilância que o Estado lhe determina exercer, compartilha suas tarefas com outras instituições, utilizando, nesta análise, as práticas judiciais como eixo explicativo das formas de saber e poder vigentes na sociedade contemporânea.<sup>20</sup>

Adquirindo a capacidade de determinar o comportamento dos outros, seja pelo uso de práticas de dominação individual ou coletiva, ou até mesmo pela utilização da força pelo aparato coercitivo, o poder usando do monopólio da violência que todo Estado soberano reivindica no sentido de implacavelmente perpetuar sua estrutura repressiva sobre a qual repousa, se transforma e se opera em uma institucionalização não legitimada, porquanto autoritário, passando da simples possibilidade à ação, cuja “dominação, ou seja, a

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 133.

<sup>19</sup> FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte**: a legitimidade recuperada. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 47.

<sup>20</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese Editora, 1979, p. 36.

probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato, pode fundar-se em diversos motivos de submissão”<sup>21</sup>.

É o poder cujo Direito associa o subjetivismo à ideia (ideologia) de arbitrariedade do julgador, bem como a “ligação entre poder e decisão [...] consolidou, na modernidade, uma compreensão distorcida do julgar em que vontade e inteligência frequentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador”<sup>22</sup> por comandos imperativos que regem a sociedade, sem antecipadamente indagar qual o fundamento da obediência às decisões das autoridades.

O poder possui um caráter nebuloso envolto em uma mística e mítica<sup>23</sup>, tal como “o poder que Weber havia definido como ‘carismático’ é ligado ao conceito de *auctoritas* e elaborado em uma doutrina do *Führertum* (liderança) como poder original e pessoal de um chefe”<sup>24</sup>, como encarnado no líder nazista (líder político alemão no século XX) que provocou um holocausto de dimensões inimagináveis com uma violência em seu grau máximo.

O homem, em sua breve jornada pela vida, tem dois desejos principais: glória e poder. E a mais fundamental é a ânsia pelo segundo desejo, porque jamais será saciada. O poder é companheiro indissociável do ser humano com suas maiores aspirações, quais sejam, riqueza, prestígio e dominação. É o que objetiva como maior desejo, porque a ambição pelo poder é a mais antiga. Remonta na vida do ser humano há milhares de anos, estando presente nas discussões teocêntricas (Deus como ponto de conveniência para tudo) e antropocêntrico (o homem no centro do universo). Portanto, encontra-se justaposto no consciente de tal forma que eliminá-lo seria eliminar as formas como as sociedades se organizaram e continuam a sê-lo.

O poder possui a característica e a capacidade de criar imposições. E para seu exercício, manifesta-se a existência de um saber, autoritário, já que “O poder não pára de questionar, de nos questionar; não pára de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da

<sup>21</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 128. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>22</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 27-28.

<sup>23</sup> Na existência dominada pelo mito, é colocada em primeiro plano a diferença, a oposição, a antítese, a incompatibilidade e a irredutibilidade, a hostilidade e a estranheza existente entre as coisas. Também no relato de Hesíodo a imensidade do *cháos*, a partir do qual se geram todos os deuses e todas as fases do mundo, desde cedo é remetida para um segundo plano e a atenção é atraída pelo modo como as vicissitudes e as lutas entre os divinos resultaram na configuração actual do mundo. No litígio entre os deuses espelha-se o litígio que existe entre os homens. A existência mítica, evidentemente, não interpreta o universo como uma poeira de partes que se chocam e confrontam entre si, antes vê *unidades* que em si reúnem muitas coisas diferentes e mesmo entre si contrastantes. (SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 27).

<sup>24</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 128.

verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa”<sup>25</sup>. Usa da força da coação e formas ideológicas de dominação para manutenção da vontade soberana.

Para Michel Foucault, o poder, qualquer que seja ele, deve ser analisado não nos termos do naturalismo do direito ou na construção da soberania fundada em princípios transcendentais (sobre-humanos), mas no jogo de forças múltiplas que, ao se entrelaçarem, configuram a dominação de uns sobre os outros. Para ele, todo tipo de poder deve ser analisado como o movimento indefinido das relações de dominação. Nesse sentido:

[...] o filósofo francês em estudo “propõe uma analítica do poder onde é abandonado o poder legal”, em que “é preciso construir uma analítica do poder que não tome o Direito como modelo”. Com isso, “procura-se fugir de uma tradição onde se utiliza o modelo formal e centralizador do Direito como parâmetro à compreensão das relações de poder, modelo este que tem se revelado insuficiente para dar conta da incessante, fluida e matizada movimentação das relações políticas e de poder”. Outrossim, essa “concepção jurídica do poder ainda guarda influência – bem maior que a correntemente admitida – da representação de poder estruturada quando da consolidação dos Estados Nacionais na Europa, sob o regime monárquico”.<sup>26</sup>

Ele, o poder, atrai e seduz. Pode perverter ou enobrecer o homem. O poder fascina e deslumbra, na medida em que tem ao seu alcance meios de se impor e transformar algo ou a existência de alguém. Seus inéditos instrumentos totalitários de dominação dirigiram e desnudaram a atrofia do mundo comum, configurando um ordenamento político que dispensava a convicção, a opinião e qualquer auxílio humano para sua instituição e preservação, qualquer traço de espontaneidade e imprevisibilidade.

O poder se define na identidade com a autoridade. E esta na crença moderna na capacidade legitimadora pela legalidade, como razão de validade do poder que não deixa de ser “reivindicação de prerrogativas de dominação”<sup>27</sup>. À dominação pelo poder, atribui-se consistir na probabilidade, na chance de que alguém imponha a própria vontade, não obstante eventuais resistências, sem que se reflita da base em que se funda a determinação, ou seja, qual o fundamento de sua legitimidade. Com isso, o exercício do poder demonstrado na forma

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29.

<sup>26</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 436.

<sup>27</sup> KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 103.

de imposição gerando obediência, por uma defesa da soberania carismática ocultando ações violentas sem precedentes<sup>28</sup>, é apenas uma representação de vontade pessoal e autoritária.

Os mecanismos de imposição do poder, bem como o aparelhamento ideológico do fenômeno da dominação têm que ser questionados. O mito do poder, sobretudo da autoridade dotada do talento e da justa sabedoria, tem que ser “quebrado”. Não se pode mais aceitar de que “ao homem todas as coisas parecem naturais, nas quais é criado e nas quais se habitua, mas isso só o torna ingênuo, naquilo que a natureza simples e inalterada o chama; assim, a primeira razão da servidão voluntária é o costume”<sup>29</sup>.

O povo não é objeto de dominação. O povo é sujeito constitucional. O processo, por uma “teoria do discurso jurídico no Estado Democrático de Direito”<sup>30</sup> é o meio, senão o único, capaz de tirar do poder sua pretensa concepção de legitimada juridicamente. Isso porque a lei no sistema constitucional não pode ser o marco pelo qual a *auctoritas*<sup>31</sup> (autoridade) estará legitimada ao exercício do poder, mas essa legitimidade antecede ao nível de aplicação da norma, o que se faz no plano instituinte da criação do Direito, por um “controle processual de democraticidade sistêmica”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> O esvaziamento do direito era claro, fruto do casamento entre o carisma fanático de Hitler e da monstruosidade técnica da engenharia social nascente. Durante anos, discutiu-se se o positivismo ou se o decisionismo representava a forma jurídica daqueles anos. Mas em verdade, a união de ambos permitiu uma estetização da política e uma fé nas técnicas de controle social sem precedentes. Bem como um esvaziamento moral da realidade política. Mas ambas as teorias não podem ser responsabilizadas, são frutos de sua época. Uma época que paira sobre nós como uma ameaça constante, de um retorno à violência divinizada e racionalizada, uma época que marcou nossas narinas com o cheiro indelével de carne humana queimando, e nossas consciências com a dúvida perene sobre os limites da racionalidade estatal. Uma época em que o mistério e o desencanto se uniram num abraço incestuoso que esmagou milhares de vidas. (RIBEIRO, Fernando J. Armando. Carl Schmitt – Crítico do positivismo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 246).

<sup>29</sup> LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

<sup>30</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 278.

<sup>31</sup> Conforme afirma Friedrich, “*Auctoritas* era o o *senatus*, composto de *senes*, possuía, em contraste com a *potestas* do povo. A *auctoritas patrum* é mais do que conselho e, contudo, menos do que comando. É conselho que não pode ser ignorado com segurança, tal como o conselho que o especialista dá ao leigo o que o líder no parlamento e o partido dão a seus seguidores. Esse aumento, implemento e confirmação têm um significado religioso, tanto na Roma antiga quanto em outros lugares. Apesar de não ter a intenção de estabelecer limites para a decisão livre do povo, isso tinha por finalidade impedir uma violação daquilo que era tradição sagrada na ordem estabelecida das coisas, com a suposição sendo que o próprio povo desejaria evitar tal violação. Acreditava-se que essa violação, por ser um crime (*nefas*, *Unrecht*) contra a ordem divina, poderia prejudicar o favor divino. Assim, a conservação de bons auspícios talvez fosse a idéia básica que justificava a *auctoritas patrum* investida no Senado. Para apresentar a questão de um modo geral e mais abstrato, tratava-se de acrescentar sabedoria à vontade, razão à força e ao desejo, isto é, um conhecimento de valores compartilhados e de tradições consagradas a tudo aquilo que o povo desejasse fazer”. (FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 51-52).

<sup>32</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 103. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

Um dos desafios impostos é abordar a questão do poder na tentativa de defini-lo com certa exatidão. Não a tem como uma tarefa fácil, haja vista que para isso tem que delimitar seu sentido, indicar seus aspectos fundamentais, fazer uma demarcação precisa do que é poder, o seu aspecto de dominação e, sobretudo, o que não deve ser considerado como semelhante. Mas como ideologia há milênios implantada, em que se aperfeiçoa pelas circunstâncias da época mas preservando sua capacidade de por formas obscuras dominar, não há como ser contrário. Dessa forma, como manifesta Rosemiro Pereira Leal:

O **poder** é uma ideologia secularmente implantada pelas classes opressoras, mediante toda sorte de estratégias, que em metamorfoses variadas advindas da simbolização vernacular financiada pelos meios de dominação de massa (mídia), eterniza a parábola do senhor e do servo como pressuposto da existência humana.<sup>33</sup>

Uma das definições dentro de um contexto de poder político e funções do Estado, é que “O poder pode ser compreendido como relação sócio-psicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detém [...], ou seja, daqueles frente aos quais o poder é exercido”<sup>34</sup>. Dessa forma, “Do ponto de vista do equilíbrio das relações de poder entre governantes e governados, a coerção em si mesma não representa senão um elemento conjuntural e nunca estrutural de um regime político”<sup>35</sup>.

Cotidianamente, depara-se com várias formas nas quais há a palavra poder, quais sejam: o poder do pai sobre o filho; o poder do dinheiro; o poder do patrão; o poder da justiça; o poder do juiz; o poder do Estado; os Três Poderes (executivo, legislativo e judiciário). Nesse último caso, “a expressão Poderes do Estado se equipara a osso de megatério, embora largamente utilizada nos textos jurídicos e legislativos, nas sentenças e acórdãos, nos discursos dos políticos e, o pior, nas salas de aula das Faculdades de Direito, perpetuando a atecnia”<sup>36</sup>.

O poder, em suas várias manifestações, gera e produz a coação física, psicológica e econômica. E esse mecanismo de dominação, a coação, em suas várias formas, é elemento

<sup>33</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 117.

<sup>34</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo constitucional, p. 121-130. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 122.

<sup>35</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 56.

<sup>36</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 7, n. 13 e 14, 1º e 2º sem., p. 150-163. Belo Horizonte, 2004, p. 160.

estrutural do Estado como recurso usual para fazer valer sua autoridade, muitas vezes obscura com ausência, quase sempre, de fundamentos legítimos, como legitimação justificante da obediência à autoridade invocada pelos detentores do poder. Nesse sentido:

No marco da reflexão política weberiana, o Estado moderno é comparado estruturalmente a uma organização empresarial privada, sendo descrito como uma “empresa” com caráter de instituição política, que, dentro de dado território geográfico, pretende com êxito e continuamente monopolizar a coação física como meio legítimo de domínio para realizar as ordens vigentes. [...] Sob o prisma relacional, o Estado é designado como a instituição de “uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima)”.<sup>37</sup>

Ele, o poder, não adquire a forma de uma coisa, mas manifesta-se em uma relação, em um “conjunto de mecanismos e de procedimentos que têm como papel ou função e tenta manter [...] justamente o poder”<sup>38</sup>. E o Estado, como uma das formas de poder, e certamente sendo a principal, torna-se necessário, conseqüentemente, analisar o próprio fenômeno do poder para entender a verdadeira natureza do projeto e do aparato repressivo do Estado soberano.

Foucault faz a leitura de poder que não é mais percebido pela sua unidade, mas pela fragmentação do seu campo, ou seja, pelo movimento indefinido das relações de dominação de uns sobre outros. Concentrado na “autoridade legal ou carismática”<sup>39</sup>, o poder é um elemento que sempre esteve nas formas de organização social do homem, e o processo ocupa posição de destaque já que “Com a formação dos Estados modernos, mesmo com notáveis resistências, foi-se, ao contrário, afirmando o oposto princípio da estatalidade do processo: o soberano reivindicou o monopólio da legislação em matéria processual”<sup>40</sup>.

O estudo da história do processo revela que, antes da formação de uma organização política, com um mínimo de desenvolvimento, os litígios eram resolvidos pelo acordo voluntário pela “manifestação de transigência entre particulares”<sup>41</sup> ou, quando esse não fosse possível, pela vingança privada, único meio conferido à parte ou ao grupo para obter imediata reparação da lesão sofrida.

<sup>37</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 118.

<sup>38</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

<sup>39</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006, p. 96.

<sup>40</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 59-60.

<sup>41</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 20.

Em momento posterior da evolução do processo no qual a sociedade apresentava contornos de civilização bem delineados, o poder constituído aspira, aos poucos, com ampla ou relativa exclusividade, a atividade de distribuir justiça, declarando, interpretando e realizando o direito.

O traço de disputa da primitiva noção de processo é, pouco a pouco, substituído por uma concepção autoritária, ou seja, à visualização do processo como instrumento de luta entre potenciais litigantes, haveria de substituir-se a ideia (ideologia) do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça.

A partir do momento em que passa a ser reprimida a justiça pelas próprias mãos, é que o processo vem reconhecido como técnica idônea para obter a satisfação de direito por atuação do Estado jurisdicional, mas com procedimentalidade “acorrentada pela *tradição* e *autoridade* [...]”<sup>42</sup>.

Oskar Von Bülow, em 1868, inclinou-se a refletir a ideia de processo, passando a inseri-lo, não obstante à arcaica dicotomia da dogmática jurídica, na esfera do Direito Público. Processualista histórico e representante da teoria (ideologia) do processo como relação jurídica, “trabalhou **pressupostos** de existência e desenvolvimento do processo pela **relação juiz, autor e réu**”<sup>43</sup>, sendo um dos atores na representação triangular e representante do Estado, o juiz, acomodado pela sua onipotência (topo poderoso) no topo da figura geométrica (triangular). Bülow sustenta, “basicamente, a tese de que havia uma *relação jurídica processual* absolutamente distinta das relações privadas discutidas em juízo”<sup>44</sup>.

Representante do processualismo histórico nos estudos do Direito Processual, Giuseppe Chiovenda, também como um dos inovadores, ao lado de Francesco Carnelutti, do processo na Itália, partiu do conhecimento da reflexão processual alemã (Oskar Von Bülow) para que o processo pudesse ser uma ciência independente.

A partir de Chiovenda, foi elaborado o conceito de ação como direito potestativo (incontroverso), o juiz (elemento central no processo) pela autoridade jurisdicional pronunciando sobre a “própria”<sup>45</sup> atividade, a jurisdição como sendo função do Estado que tem por finalidade atuar a vontade concreta da lei, bem como qualificando a relação jurídica à conexão entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei. Portanto, “A relação processual, no dizer de Chiovenda, é uma relação de movimento, em ação, enquanto as partes

---

<sup>42</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 140.

<sup>43</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

<sup>44</sup> LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 38.

<sup>45</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 35.

e o juiz se ocuparem da relação substancial que é objeto do juízo, vivem eles mesmos uma relação que desenvolve com sua atitude”<sup>46</sup>. Para André Cordeiro Leal, em Chiovenda “a relação jurídica se distingue do direito subjetivo, não tanto em razão de que aquela exprime não só a posição de quem goza de um direito como também a de quem lhe está submetido [...] mas pelo fato da relação jurídica não se exaurir num único direito subjetivo”<sup>47</sup>.

A jurisdição, para Chiovenda, é a função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade de particulares, pela atividade dos decisores (juizes), seja afirmando a existência da vontade da lei, seja emanando-a efetiva na situação litigiosa que se retratar.

Em relação ao direito potestativo, explica ele que se compreende no poder de alguém influir, mediante a manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outra pessoa, sem o seu concurso. No exercício da atuação da lei para composição de conflitos de interesse, a função jurisdicional (Poder Judiciário em Chiovenda) exerce o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto. Para Couture, “O pensamento de Chiovenda, [...], é, em essência, o pensamento de Wach. Para ele, a ação é autônoma, concreta (isto é, pertencendo, somente, aos que têm razão) e configura, além disso, o que ele denomina um direito potestativo”<sup>48</sup>.

Para Giuseppe Chiovenda, a função jurisdicional para atuação da vontade concreta da lei demandaria um trabalho de interpretação do agente público decisor (juiz), que pelos critérios gramaticais, lógicos e históricos, consolidará o verdadeiro pensamento da lei. Conforme o processualista, essa atuação da vontade se vale “já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”<sup>49</sup>.

Chiovenda pretendeu construir uma ciência processual neutra, desvinculada de figuras privatísticos tradicionais [teoria do processo como contrato (Pothier), teoria do processo como quase contrato (Savigny e Guényvau)], haja vista que no passado nenhum conhecimento se produzia de forma isolada, para colocar o processo, particularmente o civil, no plano de direito público.

Já os estudos na reflexão do processo realizados por Francesco Carnelutti, nascido na província italiana de Udine em 1879, traz a ideia de que o processo é servido pelo direito, haja vista a condição de método ou atuação do segundo em razão dos conflitos de interesse que

---

<sup>46</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

<sup>47</sup> LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 74.

<sup>48</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9-10.

<sup>49</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. Campinas: Bookseller, 1998, p. 8.

visam a regular. Que jurisdição fundamenta-se na justa composição da lide, que enquanto atividade estatal tem por objetivo único a pacificação dos conflitos de interesses, quaisquer que seja eles.

Diferente de Giuseppe Chiovenda que coloca a lei como sendo a manifestação da vontade geral e o direito subjetivo sendo sua vontade concreta, sendo o processo surgido como um instrumento de justiça sob o domínio do Estado, portanto um instrumento da jurisdição, o uruguaio Eduardo J. Couture trouxe contribuições importantes a partir da análise dos institutos processuais a partir das categorias constitucionais.

Aos estudos realizados no sentido de que a jurisdição se insere como direito garantido constitucionalmente, Couture apresenta as bases para uma concepção constitucionalista do processo, fixando-as em uma nova teorização. Mas antes disso, o processualista uruguaio questionou a ideia (ideologia) do processo como instituição defendida pelo espanhol Jaime Guasp, sendo que não “se poderia nominar essa escola de teoria do processo como instituição jurídica, [...]”<sup>50</sup>. Como anota Jacy de Assis:

Na segunda edição argentina de Fundamentos, COUTURE escreveu que a dificuldade de encontrar-se um conceito unitário para individualizar o processo levava a doutrina mais nova a configurá-lo como uma instituição, retomando o pensamento europeu, já manifestado por WACH, SCHÖNKE, HAURIU e RENARD. Não se tratava propriamente de uma teoria, mas de uma conceituação capaz de abarcar, num só vocábulo, o conjunto de caracteres desse fenômeno jurídico.<sup>51</sup>

Pode ser observado que para Couture, influenciado pelos ensinamentos de Chiovenda, o processo continuou sendo um instrumento da jurisdição pela manifestação de poder, na medida em que para ele “O processo tem, como finalidade, fazer cessar o conflito, mediante um debate preordenado, por ato da autoridade”<sup>52</sup>, bem como é incumbência do Estado proceder à aplicação e atuação da vontade concreta da lei ao caso concreto com finalidade de solucionar controvérsia.

Enrico Tullio Liebman por ter sido aluno e discípulo de Giuseppe Chiovenda, sofreu fortes influências deste, que por sua vez sofreu influências de Oskar von Bülow por ter estado na condição de discípulo. Foi o responsável pela introdução, no Brasil, de estudo ordenado e científico sobre o instituto jurídico do processo.

---

<sup>50</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85.

<sup>51</sup> ASSIS, Jacy de. Couture e a Teoria Institucional do Processo. **Revista brasileira de direito processual**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 13-26, 2º Trimestre, 1983, p. 16.

<sup>52</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

Os estudos em Direito Processual de Liebman têm como marcos a construção dogmática do processo como relação jurídica “encaminhadora da jurisdição-atividade-do-juiz”<sup>53</sup>, desenvolvida por Bülow, admitindo que o processo é um vínculo entre sujeitos, quais sejam, juiz, autor e réu, em que um pode exigir do outro uma determinada prestação e/ou, conduta. Idealiza a jurisdição como poder e atividade do Estado cujo processo é convertido em instrumento de justiça. Essa teoria (ideologia) ainda predomina no pensamento dos teóricos modernos brasileiros, manifestando Rosemiro Pereira Leal que:

É por essa definição que se afirma que o processo é apenas um instrumento de exercício do poder. Dessa forma, o juiz decidirá com argumentos que nem sempre obedecem à ordem jurídica (escopos metajurídicos), o que significa negar que o processo possa se apropriar de princípios constitucionais que garantam a sua legitimidade e a conseqüente legitimidade das decisões judiciais.<sup>54</sup>

Com estudos no sentido de aproximar Constituição e processo, Liebman contribuiu fundamentalmente quando indica a normatividade dos princípios aplicáveis aos institutos do processo como garantias. Dessa forma, para Liebman a jurisdição passa a ter um aspecto mais apropriado à finalidade do processo.

Para Enrico Tullio Liebman, o processo é um instrumento para o exercício de uma específica função, a jurisdição. O Estado julga, através do processo, instrumento da jurisdição, as lides que lhe são apresentadas. Essa instrumentalização do processo, que é manifestação do poder do Estado, além de gerar uma conexão de subordinação entre as partes, “não conseguiu fazer a distinção entre Processo e Procedimento, tornando-se ainda mais problemática pela amplitude com que é utilizada na doutrina processual brasileira”<sup>55</sup>.

A confusão implantada pelos instrumentalistas liebmanianos entre *jurisdição*, *processo* e *procedimento*, com eleição da jurisdição como centro da teoria processual, é que tem propiciado um sincretismo maligno dos significados dos conteúdos do *decidir* a tal ponto de o Estado ainda ser, em nossos dias, o ente mítico (temido) que se presta a garantir a violência estrutural da validade do direito. Assim, a personificação (ou reificação) do Estado desde Hobbes, por obras variadas, tem obscurecido as origens absolutistas da judicância que, nos anos 70, estarreceu os analistas como a mais ideológica (ardilosa) e sofisticada (midiática)

---

<sup>53</sup> LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 108.

<sup>54</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 453.

<sup>55</sup> DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 96.

forma de dominação que o homem inventara para colonizar as sociedades políticas a serviço do aceno enganoso de *realização de justiça*.<sup>56</sup>

O problema relacionado à jurisdição e ao papel destinado à autoridade com o poder de dizer o direito, portanto exercendo um poder mítico que se perpetuou ao longo da história do direito processual com prevalência da normatividade kelseniana, e com defesas sem parâmetro científico tratando da instrumentalidade do processo no Estado Democrático de Direito, é antiga e por isso a acomodação dominante em não separar processo instrumental de processo democrático. Conforme Lenio Luiz Streck:

Efetivamente, desde *Oskar von Billow* – questão que também pode ser vista em *Anton Menger* e *Franz Klein* -, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnellutti*, que sustenta que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em *Couture*, que, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da *escolha do juiz* é, em definitivo, o problema da justiça”; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.<sup>57</sup>

Manifestação de poder pelo Estado, a jurisdição é revisitada por Elio Fazzalari em sua teoria estruturalista que a retirou “do centro da operacionalização do sistema jurídico”<sup>58</sup>, rompendo com o mito da figura do julgador em sua “superior virtude”<sup>59</sup> na relação processual. Amplia a percepção sobre o exercício da atividade jurisdicional, nela incluindo todos os legitimados ao processo, que estarão sujeitos ao procedimento em contraditório.

Sua teoria, “Processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes”<sup>60</sup>, é um marco importante, “pelo fato de seus estudos permitirem o estabelecimento da dessacralização mítica de processo e procedimento, [...], superando o tecnicismo e afastando a concepção de processo como mero instrumento a serviço da atividade jurisdicional”<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 23-24.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 9-10.

<sup>58</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 102. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>59</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 294.

<sup>60</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 87-101.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 63.

Houve, por parte de Fazzalari, a superação de concepção de processo como tipo de procedimento que consistia na mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação jurídica do direito, para um “processo como procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética do contraditório, [...]”<sup>62</sup>. No interior de uma estrutura procedimental, cada norma concorre individualmente para constituir a sequência que será conhecida como procedimento. Dessa forma:

Fazzalari insiste na necessidade de o procedimento ser compreendido como estrutura normativa. Seu objetivo é assinalar que, no sistema normativo, o provimento não decorre de um aglomerado de atos mecânicos ou de estímulos exteriores à lei, mas de um todo estrutural em que o ato procedimental antecedente é premissa (pressuposto lógico) para o desenvolvimento do ato posterior.<sup>63</sup>

A proposição desenvolvida por Elio Fazzalari, que a partir de seus estudos por uma denominada escola estruturalista do processo, no final do século XX, renovando a concepção e o objeto do Direito Processual, retrata uma evolução no conceito da natureza jurídica do processo, superando a teoria do processo como relação jurídica, esta desenvolvida em 1868 por Bülow, aperfeiçoada mas não desapegada da ideia (ideologia) por Enrico Tullio Liebman. E como demonstra Rosemiro Pereira Leal, “Fazzalari sofre uma interferência referencial-pragmática ao entregar ao julgador a regência da construção do procedimento em contraditório, sem contemplar um discurso por via de um eixo sógnico (Devido Processo Constitucional), [...]”<sup>64</sup>.

Em que pese ofertar oportunidades aos estudos do processo, embora demarca, significativamente, um campo de investigação cujas bases conceituais foram fundamentais para o desenvolvimento da ciência processual atual, Elio Fazzalari “deixou à margem a indagação sobre uma *teoria da lei* criadora do modelo procedimental dentro do qual, atuando o contraditório, obter-se-ia uma modalidade técnico-jurídica de afirmação ou negação de direitos fundamentais”<sup>65</sup>, o que foi objeto de enfrentamento por Rosemiro Pereira Leal em

<sup>62</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90.

<sup>63</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 28.

<sup>64</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 363.

<sup>65</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 4.

pesquisa científica magistralmente desenvolvida, cujo lançamento da obra<sup>66</sup> data do ano de 2010.

## 2.2 Ideologia do poder e legitimidade processual

A ideologia, “crença usada para o controle dos comportamentos coletivos”<sup>67</sup>, é nociva quando reivindica importância superior à ciência. É nefasta quando justifica a legitimidade do poder no dever de obediência política à “autoridade estatal”<sup>68</sup>. É extremamente perigosa quando nega e não permite a construção processual como atividade intelectual em bases críticas de racionalidade.

O exercício da dominação acompanhado da violência, há séculos esta vem sendo posto por uma ideologia baseada na tópica<sup>69</sup>, no sentido de reforçar o poder da autoridade. Na análise weberiana que trata dos três tipos ideais de autoridade legítima em seus aspectos tradicional, carismático e racional-legal, podemos extrair o fato de que não há legitimação inteiramente transparente.

Tradicionalmente o poder estava concentrado no príncipe ou na figura do Estado. Contemporaneamente está fragmentado em vários micropoderes, na rede social e no interior do Estado, cuja burocracia, em uma pretensa fundamentação para sua legitimidade (titularidade) e legalidade (exercício), representa o mais racional exercício do mito do poder. A diferença entre as categorias da legitimidade e titularidade está no sentido de que “um governante poderia exercer legalmente o poder sem ser legítimo e exercer o poder ilegalmente”<sup>70</sup>.

A ideologia do poder, “instrumento despótico de dominação”<sup>71</sup>, encontra-se implantada no Estado de Direito atual por meio de técnicas disciplinares integradas às técnicas regulamentares. O poder soberano, no uso de técnicas e mecanismos de dominação, aperfeiçoados de tal forma que possam sutilmente serem utilizados como meios de

<sup>66</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>67</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 533.

<sup>68</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 24.

<sup>69</sup> Tópica, segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, é a teoria dos lugares lógicos e a arte de inventá-los. Diz que Kant referiu como teoria dos lugares transcendentais, ou seja, as posições atribuídas aos conceitos na sensibilidade ou no intelecto puro. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 963).

<sup>70</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática**. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 157.

<sup>71</sup> KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 104-105.

manipulação, usa-os no sentido de funcionarem como mecanismos regulamentadores e/ou mecanismos de segurança. Não há uma significativa preocupação em superar o que os estados liberal e social de direito impuseram como dogmas, eternizando a autoridade soberana do Estado. Nesse sentido:

O Estado não opera num plano unitário, mas em duas esferas: a sociedade política, que abriga o poder repressivo da classe dirigente, por meio de seus órgãos de coerção, e a sociedade civil, que, por meio de canais privados, procura gerar e ensinar uma ideologia destinada a operar como cimento da aquiescência das classes subalternas. Se a ideologia se implantar sem resistência, ela se interioriza nas consciências e inutiliza o apelo à repressão.<sup>72</sup>

O Estado não se desprende de suas arcaicas formas de dominação, sobretudo a legal, que usa o aparelho burocrático para a imposição de seus arbítrios, o que discordamos com afirmações de que “Há muito o Estado despediu-se da cápsula de unidade weberiana da administração burocrática do século XIX e adaptou-se, ao lado do Direito formal, ao Direito cooperativo e a relações informais”<sup>73</sup>. A divergência se justifica no sentido de que todo discurso, sendo mantido no Estado Democrático de Direito, se dá no contexto de relações de poder disfarçado por todo tipo de dominação, principalmente por uso de tecnologias manipuladoras da consciência humana (mídias).

Na perpetuação dessa limitação imposta por um dogmatismo<sup>74</sup> implantado há séculos, o homem se entrega ao discurso da autoridade estatal como se essa legitimada fosse, impondo-se a si mesmo verdades absolutas a partir do senso comum e conformando com sua “finitude humana”<sup>75</sup>, resultando em alienação do mundo e de si mesmo. Conforme Fustel de Coulanges:

A funesta máxima de que a *salvação do Estado é a lei suprema* fora formulada na antiguidade. Pensava-se que o direito, a justiça, a moral, tudo, deveria ceder diante do interesse da pátria. [...]. O governo chamou-se alternadamente monarquia, aristocracia, democracia, mas nenhuma dessas revoluções concedeu aos homens a verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, votar, nomear magistrados, poder ser arconte, eis o que se chamava de liberdade, mas com tudo

<sup>72</sup> FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada**. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 60.

<sup>73</sup> FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29. (Coleção Del Rey Internacional, v. 7).

<sup>74</sup> A palavra dogmática provém da teologia católica. Cesarini Sforza e Pietro Piovani apontaram os paralelismos entre a dogmática jurídica e o saber teológico, sendo que, de conformidade com esse entendimento, tanto afirmações teológicas, como as dogmático-jurídicas, baseiam-se no princípio de autoridade. A dogmática jurídica objetiva dominar a realidade social em seu campo de especialização, de modo que, no que se refere ao Direito Constitucional, procura regular as realidades e relações político-sociais. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 702).

<sup>75</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 41.

isso não foi o homem menos escravo do Estado. Os antigos, e sobretudo os gregos, exageraram sempre a importância e os direitos da sociedade, e isso, sem dúvida, em função do caráter sagrado e religioso de que a sociedade se revestira desde a origem.  
76

A crença na legitimidade da autoridade ou poder de mando das ordens estatais foi tornado como referência obrigatória à noção tradicional de legitimidade, categoria que no século XIX havia sido empregada em sentido maleficamente conservador, principalmente quando era afirmado que “O Estado dirigente tem, na pessoa de seu mandatário ou na dignidade do gabinete executivo, todas as qualidades da representação”<sup>77</sup>.

Carl Schmitt (importante teórico que abraçou o nazismo) argumenta que o poder tem um conteúdo positivo, no sentido de formar, construir, sustentando que soberano é quem decide sobre o estado de exceção (a regra do poder não é a lei, mas a exceção – a anomia), e que, portanto, o poder se fundamenta em uma exceção. Para ele, a figura do soberano era a única capaz de declarar esse estado, ou seja, o de exceção, suspendendo o império da lei. Rosemiro Pereira Leal contrapõe a ideologia defendida por Schmitt, afirmando que as leis devem partir do plano instituinte para sua validade e legitimidade. Informa-nos que “Essa é a indagação a que se negou Carl Schmitt e, se a tivesse feito, certamente afetaria suas convicções autocráticas de constitucionalidade pela vontade suprema e última (sanção-veto) do saber carismático do líder político”<sup>78</sup>.

O que se percebe no mundo atual é que em todas as sociedades há crises de legitimidade, em razão do fato da incapacidade de superação da ideologia do poder “que vem marcando tradicionalmente um Judiciário submetido às ideologias do Estado liberal e do Social”<sup>79</sup>. Revestido desses paradigmas de Estado, o pretense saber passa a promover a repressão de tudo aquilo que está fora da norma, haja vista que todo discurso se dá no contexto de relações de poder. Conforme Giorgio Agamben:

Todas as sociedades e todas as culturas (não importa se democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a lei (significando com este termo o inteiro texto da tradição no seu aspecto regulador, quer se trate da *Torah* hebraica ou da *Shariah* islâmica, do dogma cristão ou do *nómos* profano) vigora como puro “nada da Revelação”. Mas esta é

<sup>76</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 301.

<sup>77</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade de legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 10. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

<sup>78</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 71.

<sup>79</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 141.

justamente a estrutura original da relação soberana, e o niilismo em que vivemos não é nada mais, nesta perspectiva, do que o emergir à luz desta relação como tal.<sup>80</sup>

Dessa forma, o que se pode identificar é um processo de deslocamento histórico, onde as medidas excepcionais cada vez mais se afiguram como técnicas normais de governos com pretensão democrática. O resultado desse processo tende a ser a formação de um cenário político com uma circunstância de indeterminação entre a democracia e o totalitarismo/absolutismo.

O surgimento dessa estrutura de poder se equipara a um estado de exceção que se confunde com um estado de guerra civil legal, como regra de governo. Isso ficou mais claro posteriormente às transformações políticas entre as duas guerras mundiais, sobretudo com a ascensão do nazifacismo “com seus mecanismos [...] utilizados para exercer o direito soberano de fazer morrer ou deixar viver”<sup>81</sup>. E isso é constatado pela história pelo fato de que quando os nazistas assumiram o poder, encontraram-se senhores de uma sociedade já persuadida de noções prontas a serem mobilizadas para a mais extrema forma de eliminação jamais imaginável.

É importante não esquecer esse contemporâneo processo de transformação das constituições democráticas entre as duas guerras mundiais quando se estuda o nascimento dos chamados regimes ditatoriais na Itália e na Alemanha. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção, é toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais que, progressivamente, começa a assumir uma nova forma que, talvez, só hoje tenha atingido seu pleno desenvolvimento.<sup>82</sup>

A permanente recorrência ao *estado de exceção* como forma de perpetuação do poder e como prática de governo, mesmo em países de tradição democrática, requer uma compreensão de como se deve dar a construção do ordenamento jurídico dentro do espaço jurídico moderno. Agamben propõe que, para essa compreensão, é necessário entender a natureza do estado de exceção em sua forma mais significativa, qual seja, suspensão das garantias constitucionais com poder de mando nem sempre legitimado e dever à obediência, bem como através dos exemplos de dominação e práticas de manipulação que a história oferece.

---

<sup>80</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 57.

<sup>81</sup> CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 107.

<sup>82</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 27.

É nessa concepção que ele interpreta o nazismo alemão. Sua interpretação não se esgota em amenidades ou na grandeza do evento, de forma negativa, para a humanidade, cujas cicatrizes permanecem abertas, mas sim naquilo que esse evento significou e significa: a busca pelo poder na sua forma mais extrema e irracional (absurda), por cujo ponto crucial de desvio da condição humana foram expostas as vísceras (entranhas) do poder soberano e a vida nua (vida matável)<sup>83</sup>.

A ideologia nazista foi exposta claramente por Hitler como instrumento a serviço de uma raça superior – os alemães de sangue ariano. A humanidade, para ele, era uma categoria concreta desprezível que abrangia raças inferiores, como os ciganos e, sobretudo, os judeus. O nazismo implantou um terror seletivo, sobretudo no início. Os primeiros campos de concentração eram reservados aos “indesejados” e “inimigos do Estado”, como comunistas, judeus, gays e criminosos. Posteriormente os campos de extermínio que ficavam na Polônia ocupada, como em Auschwitz e Treblinka, dotados de câmaras de gás e crematórios, foram criados para encarcerar e liquidar pessoas não pelo que elas tenham feito, mas pelo que eram. Predominaram os objetivos ideológicos de extermínio, a curtíssimo ou a médio prazos, a tal ponto que trens carregados de vítimas chegaram a ter preferência sobre outros que transportavam mercadorias.

Potencializou, com isso, mais do que nunca o paradigma do *estado de exceção*<sup>84</sup> como regra, cujo modelo é alicerçado (fundado), guardadas as proporções, para paradigmas de Estados (Liberal e Social) de controles típicos do estado moderno. Dessa forma,

---

<sup>83</sup> As vítimas do holocausto eram dizimadas, principalmente usadas como cobaias humanas, de diversas formas: através das câmaras de gás, assassinadas a tiros, enforcadas em pátios abertos, pela fome, sede e através de doenças endêmicas e infecciosas. Giorgio Agamben (AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010), no quinto capítulo da terceira parte, intitulado “VP”, p. 150-155, descreve a troca de cartas entre Roscher e Himmler, provavelmente dois oficiais nazistas, sobre experimentos humanos em vítimas dos campos de concentração, com justificativa de que “não poderiam ser conduzidos proveitosamente em animais”.

<sup>84</sup> Entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos. No decorrer do século XX, pôde-se assistir a um fenômeno paradoxal que foi bem definido como uma “guerra civil legal” (Schnur, 1983). Tome-se o caso do Estado nazista. Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13).

Muito mais do que a inserção da vida nos cuidados e nos dispositivos do poder soberano, o que caracteriza o poder na contemporaneidade é a constituição dessa zona de indistinção entre norma e fato, entre vida e direito. E esta indistinção apresenta-se de modo mais decisivo justamente na experiência do campo de concentração, que, como tal, põe e faz surgir a própria indistinção entre humano e não-humano, entre vida e morte.<sup>85</sup>

O desenvolvimento do paradigma daquela forma de governo tem sido cuidadosamente encoberto (escondido), através de inúmeras práticas políticas e de sua aproximação com o direito. É sob um dos “slogans” recorrente no pensamento político, que afirma que o poder é exercido mais eficazmente quanto mais seus mecanismos são encobertos, que o paradigma do *estado de exceção* torna-se cada vez mais presente e não encontra obstáculos, à medida que não se expressa.

Há uma certa pacificação da população, sem que o termo soe estranho, impensável ou arcaico no Estado democrático de Direito, quando é defendida pelo poder dominante e manipulador uma “democracia protegida”, dado que o modelo visível de seu emprego está demarcado na segurança nacional. O Estado soberano cria formas de adaptação que lhe convém, mas a mesma estrutura anacrônica de poder é mantida, a perpetuação de uma dominação secular que “conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”<sup>86</sup>.

A dominação da natureza humana por intermédio dos sujeitos portadores do saber, possibilita que o homem subordine o próprio homem. No sistema jurídico dogmático, a técnica (proceder organizado) como única forma legítima de pensar perpetua a violência da autoridade, bem como reforça “o poder da ordem existente”<sup>87</sup> e formando, aí, o seu tipo próprio de totalitarismo e estendo-se para além dos locais estruturados institucionalmente.

Pode, dessa forma, o poder ser percebido e mensurado também pela capacidade instrumental e técnica de capturar e disciplinar o homem. O exercício do poder não é mais particularizado, mas se concebe de modo massificante, por cuja massa pode ser medida e

---

<sup>85</sup> AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. O campo de extermínio como paradigma do poder soberano na contemporaneidade. **Cadernos benjaminianos**, número especial, Belo Horizonte, p. 77-88, 2013, p. 83.

<sup>86</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 27-28.

<sup>87</sup> HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio e Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 14.

calculada e passa a ser nomeada de coletividade, por isso o “Estado totalitário mostra-se ocupado em fabricar uma sociedade de massa”<sup>88</sup>.

Desse modo, “A racionalidade tecnológica protege assim antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar e o horizonte instrumentalista da razão abre-se a uma sociedade totalitária de base racional”<sup>89</sup> com uma forma disciplinarizante de sujeição, porque,

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; [...]. A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumento de seu serviço. [...]. O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.<sup>90</sup>

Michel Foucault demonstra que a consolidação da sociedade disciplinar é definida por uma forma de microfísica do poder de punir, com uso em métodos mais tênues, mais sutis, menos perceptíveis. A formação da sociedade é colocada, dessa forma, ligada ao domínio dos mecanismos de manipulação sobre os corpos humanos e à formação de consciências disciplinadas para a obediência, por uma figura arquitetural ideologicamente aparelhada de uma violência sobre o corpo social no uso do controle, vigilância e domínio.

Mecanismos disciplinares são aperfeiçoados, alterados e complementados para funcionarem como aparelhos de dominação dogmáticos pelo discurso em um contexto de relações de poder. Assim como em momentos históricos da civilização humana em que a colonização de populações inteiras, a escravização e o genocídio se tornaram práticas de governos autoritários que assumem “denominações variadas nos quadros conhecidos da história do homem que é a **história das guerras**”<sup>91</sup>, o uso tecnológico de formas de dominação moldam, no nosso tempo, as estratégias de manipulação para a perpetuação de um milenar poder soberano.

Há que se superar o dogmatismo reinante, ou seja, a desdogmatização de uma ciência de tradicional aplicação técnica – exclusivamente conduzida pelos interesses da racionalidade instrumental, por interrogações (processo) pela crítica científica, esta como faculdade da razão. Hans Albert defende reação eficaz, pela crítica à ideologia, aos processos da

<sup>88</sup> LEFORT, Claude. O imaginário da crise, p. 27-45. In: NOVAIS, Adauto (Org.). **A crise da razão**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 29.

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 49.

<sup>90</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 164.

<sup>91</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 105. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

dogmatização que continuamente estão surgindo, até mesmo em novas formas, muitas vezes sutis, mas de uma violência consistente, e que essa reação deve ser atuante, e, sobretudo, “contra concepções psíquicas profundamente enraizadas, e fortemente consolidadas na sociedade”<sup>92</sup> contemporânea, de antigas estruturas organizacionais de sustentação eclesiástica.

Antes da formação dos Estados nacionais<sup>93</sup>, o poder estava ligado exclusivamente à religião, a um sistema de poder soberano pela Igreja posto pela vontade determinante do representante divino na Terra, que opor-se a ele, qual seja, ao poder, era o mesmo que questionar a verdade da fé, o que seria uma blasfêmia a Deus. Era o poder temporal (influência de poder exercido pelo Vaticano sobre as pessoas) amplamente difundido em toda Idade média europeia pelos cânones eclesiásticos que tinha por pretensão “conquistar todos os que possam ser alcançados e conquistados”<sup>94</sup>. Por isso, “Quando a Igreja Católica, na Idade Média, influenciava a existência, fazia isso porque seus representantes acreditavam ser depositários da verdade divina”<sup>95</sup>.

Era impensado contrapor-se à crença na autoridade do sagrado ou hierático (relativo às coisas sacerdotais, sagradas ou religiosas), ou ir de encontro (estar em desacordo) às suas decisões; nem mesmo em defesa da própria sobrevivência. O discurso teológico<sup>96</sup> relacionava o tipo de argumentação com base na ideologia que prevaleceu nas autocracias que se seguiram na história da humanidade.

A ideologia na crença, seja por uma justiça que se acredita onipotente ou por costumes enraizados, do direito como uma instituição salvadora, portanto legitimando àqueles aptos a

<sup>92</sup> ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 113.

<sup>93</sup> A formação do Estado Nacional, já favorecida pelo fracasso do Santo Império Romano-Germânico, que correspondia à universalidade católica, tornou-se ainda mais necessária pelo declínio da hegemonia da fé católica como elemento de coesão política. Precisamente, o poder temporal apresentava-se cada vez menos como braço secular da Igreja. Mas, devido à perda do seu caráter sacral, o poder temporal precisou encontrar outro fundamento e base que veio a ser a idéia de um bem público temporal. Diante de uma interpretação secular e temporal das tarefas políticas, a concepção medieval de um poder cuja ação prefigura e prepara o advento do reino de Deus desaparece. Assim, a desproporção entre as possibilidades pessoais do chefe e as exigências do direito surgido dessa situação nova torna-se ainda mais marcante. A necessidade da institucionalização do poder faz-se sentir cada vez mais. (GILES, Thomas Ransom. **Estado, poder, ideologia**. São Paulo: EPU, 1985, p. 10).

<sup>94</sup> CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Tradução de Rodolfo Krestan. São Paulo: Melhoramentos, 1983, p. 23.

<sup>95</sup> CHALITA, Gabriel. **O poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie**. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49.

<sup>96</sup> O termo teológico, cuja expressão teologia dele deriva, significa, segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, discurso ou pregação que trate de Deus ou das coisas divinas. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 949-950). O discurso da Igreja foi no sentido, sobretudo, de perpetuar uma certa tradição, vista essa como um conjunto de valores e crenças estabelecidos. O tradicionalismo transformado em ideologia.

exercê-lo, não pode ser defendido no Estado moderno ou que tem a pretensão em caminhar para a pós-modernidade<sup>97</sup>.

Quando Jürgen Habermas afirma que “Uma vez que o direito sagrado representa uma fonte de justiça, capaz de legitimar o poder, o *status* desse rei-juiz adquire *autoridade normativa*: o direito sagrado pré-estatal [...] autoriza a posição de seu profeta escolhido”<sup>98</sup>, não se pode imaginar sua exposição de outra forma senão a de que para o filósofo o poder ainda é uma entidade mítica, inquestionável.

Informa, inclusive, que sendo a autoridade detentora do poder, pelo fato da prática da sua atuação em um conflito já é suficiente para que o resultado possa adquirir a condição de norma, adquirindo validade afirmativa de um direito de fato imposto que ultrapassa uma obrigatoriedade moral.

Ao longo dos séculos, o poder renovou-se e sobreviveu alternadamente às permanentes transformações e adversidades das estruturas sociais, fundamentando sua legitimidade em um direito de bases autoritárias e de uma nefasta ideologia secular. Dessa forma, o sentido dos fundamentos de legitimidade da autoridade (*auctoritas*), justificando o poder (*potestas*), seja de ordem jurídico-política (monopólio do uso da força), econômico (monopólio dos meios de produção) ou ideológico (exclusividade no exercício de determinadas modalidades do saber), assumiu variadas configurações discursivas (loquacidade), variando sensivelmente, mas não se afastando de sua figura mítica (mitológico) e de “dominação tradicional”<sup>99</sup>, no transcorrer da história humana. Conforme Jacques Derrida:

[...] haveria duas violências, duas *Gewalten* concorrentes: de um lado, a decisão (justa, histórica, política etc.), a justiça para além do direito e do Estado, mas *sem conhecimento decidível*; do outro, haveria conhecimento decidível e certeza, num

<sup>97</sup> Em certa medida, tal como há dificuldades em se definir a acepção do termo “modernidade” devido ao seu emprego polissêmico, o que se tem convencionado com a alcunha de “pós-moderno” também contempla uma conceituação unívoca. Usualmente, a idéia de “pós-moderno” é delimitada e cristalizada por contraste com o seu *alter*, o “moderno”. Por outro lado, o prefixo “pós” anteposto a termo “moderno” carrega consigo alguma dose de ambigüidade, e como tal, pode-se prestar a diversas leituras. Neste sentido, o significado assumido pelo prefixo “pós” pode variar sensivelmente de uma abordagem para outra, descrevendo diferentes cenários ou panoramas de superação, sucessão, ou cesura do “moderno”. Ainda no que se refere à questão terminologia, não raro especialistas – notadamente na área das ciências sociais – optam por associar a idéia de uma sociedade “pós-moderna” com a de sociedade “pós-industrial”, com a qual guardaria um certo paralelismo ou equivalência. (DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 197-198).

<sup>98</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 180.

<sup>99</sup> LEBRUN, Gerard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. 14ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 63.

domínio que permanece estruturalmente o do indecível, do direito mítico e do Estado.<sup>100</sup>

O exercício do poder, mesmo nos Estados institucionalmente democráticos, quando funda-se em decisões jurisdicionais sem compromisso com a legitimidade e fora da norma, sendo simplesmente “monstruosidades ideológicas”<sup>101</sup>, o revela como poder soberano por meio de um “dogmatismo obscuro”<sup>102</sup>. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

[...] uma prática humano-jurídica comprometida com um cientificismo reificante que supre, por metodologias realistas, segundo aprenderam, a lacuna dita congênita das leis, cujas origens normativas estão sempre numa fonte de poder inesclarecido com a qual subliminarmente estão identificados. Essa disciplinarizada rejeição a novos paradigmas é que põe o decididor do lado externo do direito democrático como observador imparcial de uma ficção (criada por uma comunidade de legisladores românticos) que por ele deve ser corrigida para ajustá-la a uma ordem de valores a ser preservada em nome de uma ética social e de uma moral tradicionalmente em vigor por séculos antes das leis ou em nome de fenômenos sociais e econômicos de extrema mobilidade só estabilizáveis pela inteligência ágil do julgador.<sup>103</sup>

Tendo como parâmetro o Estado Democrático de Direito, o significado de poder em sentido amplo ainda se encontra em sentido de imposição, instrumentalizado por uma estrutura de dominação ideológica não suscetível à interrogações. Para a maioria é um mistério, por cujo excepcional conhecimento só a alguns (autoridades) é permitido exercê-lo. O poder tem conotação ideológica na medida em que, pretensa e de forma onipotente, autoexplica-se.

A legitimidade na processualidade democrática tem sua origem não no poder, qualquer que seja ele, mas nas leis desde que tenham suas origens no nível instituinte do direito. O Estado Democrático de Direito está em permanente construção, e o processo é o meio pelo qual estruturamos o nosso conhecimento crescente. Karl Popper, de forma peculiar, nos ensina que o conhecimento humano encontra-se em permanente crescimento, haja vista que o homem, na busca do seu objetivo de satisfação de sua curiosidade para explicar as coisas, obtém como resultado a “existência de uma linguagem humana que nos capacita não

<sup>100</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento mítico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130.

<sup>101</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 135.

<sup>102</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento mítico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 48.

<sup>103</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 92-93.

só a descrever estados de coisas como também a argumentar a respeito da verdade de nossas descrições, quer dizer, a criticá-las”<sup>104</sup>.

Considerar a significação primária do termo “legítimo” pela prática à tradição, em que o critério de legitimidade persiste fixado na autoridade, titular de um pretense poder, é conformar-se ao antigo costume, ao sagrado, às seculares construções doutrinárias estabelecidas em critérios de dominação, bem como em regras de condução e de controle.

O discurso de dominação, “que pela tópica e retórica elege o autoritarismo do **Estado-juiz**”<sup>105</sup>, prevalece no dias atuais, aperfeiçoou-se numa estratégia para manter a ideia do consenso (senso comum) como elemento do poder legítimo, forjando, por um de seus mecanismos, “uma novíssima dimensão da linguagem (a midiática) que, por artifícios eletroeletrônicos, [...] magistraliza em sua jornada secular de alienação das massas universalmente ignorante”<sup>106</sup>.

O homem, dentro da sua limitação, e sofrendo a “manipulação dos sentidos”<sup>107</sup>, entrega-se aos mecanismos ideológicos de dominação aceitando-os como verdades absolutas. O processo, por uma teoria da linguagem para criar um sistema para provocar o crescimento do conhecimento, suplica pesquisas (atividades que pressupõem formação de uma base teórica) para investigação de casos de obscurantismo.

### 2.3 Poder como vontade de potência e processo

Com o fim do sistema feudal, teve início o período renascentista, que foi um “processo de renovação”<sup>108</sup>, sobretudo cultural, que se desenvolveu durante os séculos XV e XVI e que teve profundas repercussões em toda a Idade Moderna, atingindo campos da atividade humana como filosofia, política e ciência, dentre outros.

Um dos fenômenos que mais marcaram esse período constituiu-se no surgimento de novas teorias políticas baseadas em fundamentação secular e não mais teológica, esta tendo sido característica do período anterior que lançou a humanidade em uma obscuridade inigualável pela extrema fé em crenças e mitos, ou seja, pela “dependência ideológica”<sup>109</sup>. A

<sup>104</sup> POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 240.

<sup>105</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 75. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>106</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 60-61.

<sup>107</sup> LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 4.

<sup>108</sup> MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Editora Moderna, 1986, p. 3.

<sup>109</sup> AULAGNIER, Piera. **A violência da interpretação**: do pictograma ao enunciado. Tradução de Maria Clara

obra literária, *O Príncipe*, escrita em 1513 pelo florentino Nicolau Maquiavel, antecipa a secularização do Estado.

Segue o movimento denominado Reforma, sendo esta um desafio frontal ao poder temporal da Igreja, de profunda revisão religiosa e política dando origem ao protestantismo moderno, que em uma visão mais geral foi, além e, sobretudo, a mudança de poder, o movimento doutrinário de passagem do feudalismo para o capitalismo moderno. Nas palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A Reforma Protestante foi um desafio direto ao poder temporal da Igreja, resultante de uma luta incessante da Igreja Católica de impor-se como doutrina única na Europa, que vai desde sua consolidação perante a perseguição política romana, sua oficialização por Constantino, até sua pregação missionária contra as diferentes religiões. Mas surge vitoriosa no século XVI como reação aos abusos e desmandos do Papado contra o qual os waldenses, patarinos e cátaros, entre outros, insurgiram-se ao longo do período medieval. Opunha-se diretamente à visão tomista de que a Igreja seria o único intérprete credenciado das Escrituras e, portanto, o único porta-voz das leis divinas e naturais.<sup>110</sup>

No movimento reformista o indivíduo busca se libertar de toda repressão autoritária, sobretudo a religiosa, mas sem compreender que liberdade realmente buscava. Sempre existiu na humanidade o desejo de dominação exercida pelo poder, e em contrapartida a resistência, que por esta a vontade de potência<sup>111</sup> se exprimia, que conforme Nietzsche “o ser é por si só mesmo vontade de potência”<sup>112</sup>.

A renovação da Igreja Católica, movimento de contra-reforma, não foi somente uma reação à reforma protestante, mas uma forma de recuperação do poder perdido. Entretanto, as medidas adotadas pelas autoridades eclesiásticas, com adoção de técnicas desumanas de tortura na época da inquisição, por cujo processo inquisitorial teve como papel central consolidar a fé católica na Europa, não foram suficientes para impedir o avanço do

---

Pellegrino. Rio de Janeiro: Imago, 1979, p. 38.

<sup>110</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 58.

<sup>111</sup> Elizabeth Förster-Nietzsche, irmã do filósofo Nietzsche, em 1901 publicou uma obra com o nome de *Vontade de Potência*. Elizabeth reuniu 483 fragmentos póstumos escritos entre o outono de 1887 e os primeiros dias de janeiro de 1889, mas escolheu tais fragmentos sem critérios críticos e legítimos, fazendo alterações, posteriormente, nos escritos do filósofo e publicando-os sob interesses nazistas. O mesmo ocorreu com a segunda edição da *Vontade de potência* em 1906. Elizabeth Förster-Nietzsche novamente não respeitou a ordem cronológica e não mencionou os critérios de seleção dos 1067 fragmentos póstumos reunidos nessa segunda edição de *A Vontade de potência*. (MARTON, Scarlett. Um século depois, ainda um extemporâneo. **Cadernos mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 6 de agosto, p. 16-17, 2000, p. 16).

<sup>112</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – n. 97, Parte I. Tradução de Antônio Carlos Braga e Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2010, p. 281.

protestantismo, rumo à consolidação do poder político como fonte de “prestígio, de glória e de enriquecimento”<sup>113</sup>, bem como estamentos<sup>114</sup> burocráticos.

O Concílio de Trento, que se realizou entre 1545 e 1563, foi marcado pela grande preocupação da Igreja em revisar um de seus mecanismos de poder, o direito canônico, com o propósito de fortalecer as suas instituições secularmente dominantes, em razão das consequências causadas pela reforma luterana.

Surgindo como um poder fortemente centralizado, o absolutismo é servido em cada Estado por uma rígida administração de funcionários civis e militares, por cujo processo de formação do Estado moderno concentrou nas mãos do rei todos os mecanismos de governo (dominação), fazendo com que a Nação se identificasse com o poder e a autoridade (*potestas* e *auctoritas*). Mário Lúcio Quintão Soares explica que “o poder dos senhores feudais decaiu, diretamente ameaçado pela extinção gradual da servidão. O resultado disso foi o deslocamento da coerção política, em sentido ascendente, rumo a uma cúpula dotada de poder centralizado e militarizado: o *Estado absolutista*”<sup>115</sup>.

O surgimento do Estado moderno<sup>116</sup> data do início do século XVI, ao final da idade média e sobre as ruínas do feudalismo<sup>117</sup>. Conceito central de toda a estrutura teórica e política da modernidade, a soberania, que tem origem e se sustenta na ideia (ideologia) do poder, distingue esse como potência que se manifesta através das relações de forças no campo social.

---

<sup>113</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 57.

<sup>114</sup> Estamento, em sociologia, é um nome para designar camadas sociais. Seria o equivalente de “classe”. Mas com uma diferença. Enquanto “classe” se define pelas posições que cada grupo assume dentro do sistema produtivo – proprietários dos meios de produção versus operariado –, o “estamento” se define por regras de prestígio, educação, linguagem, “posição”. Assim, na França do século 18 havia três estamentos ou três “estados”: a nobreza, o clero e a burguesia, que desencadeou a revolução. Desencadeou também outro sistema de estratificação social: o que opõe, segundo a propriedade, burgueses e proletários. (COELHO, Marcelo. *As idéias no lugar de Raymundo Faoro. Cadernos mais da Folha de São Paulo*. São Paulo, 14 de maio, p. 4-13, 2000, p. 6).

<sup>115</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 124.

<sup>116</sup> Com a acepção moderna, o termo “Estado” foi empregado pela primeira vez por Maquiavel, em *O Príncipe*, escrito em 1513, que se inicia com as seguintes palavras: “Todos os Estados existentes e que já existiram são ou foram repúblicas ou monarquias” (MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe e dez cartas**. Tradução de Sérgio Bath. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 12).

<sup>117</sup> O feudalismo não cria, no sentido moderno, um Estado. Corporifica um conjunto de poderes políticos, divididos entre a cabeça e os membros, separados de acordo com o objeto do domínio, sem atentar para as funções diversas e privativas, fixadas em competências estanques. Desconhece a unidade de comando – germen da soberania –, que atrai os fatores dispersos, integrando-os; apenas concilia, na realização da homogeneidade nacional, os privilégios, contratualmente reconhecidos, de uma camada autônoma de senhores territoriais. (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 22).

A inauguração desse Estado teve início na subversão à ordem estabelecida, portanto, através de um ato de resistência e de violência contra a lei soberana. O estado moderno é, nesse sentido, a um só tempo, constituinte, que nas palavras de Agamben é a “violência que põe o direito”<sup>118</sup>, e constituído, fundador de sua própria lógica jurídica e por ela mesma fundamentado.

É por essa relação entre violência e direito, conforme demonstra o autor na obra *Estado de Exceção*, ser a razão de o estado moderno viver à sombra do estado soberano, haja vista o estado moderno viver sob a constante ameaça de um ato extrajurídico, capaz de depô-lo de seu pedestal. Essa ameaça não é determinada pelo direito e nem poderia ser. Ela vige tão somente da crença arbitrária, por ideologias que procuram manter sua dominação secularizada, sem uma necessidade qualquer que a justifique.

A figura do Estado moderno como um grande corpo político onde o poder absoluto do soberano é formado pela assimilação dos corpos de cada indivíduo que compõe o Estado, foi representado por Thomas Hobbes, filósofo inglês que viveu entre os anos de 1588 a 1679, em sua obra literária conhecida como o *Leviatã*. Defendia que “o direito era fruto exclusivo da vontade do soberano, inteiramente positivado na legislação”<sup>119</sup>. E o contrato social aparece como um recurso filosófico e jurídico para justificar a centralidade do poder nas mãos de uma única entidade.

A proposta da obra é estabelecer a necessidade, justificativa e proposições sobre as quais assentará sua teoria em defesa de um Estado extremamente dimensionado, racional e secular, onde não haveria espaço para qualquer espécie de crenças e superstições.

O termo leviatã origina-se do nome de um monstro de origem bíblica. Este animal mítico de “muitas cabeças” será utilizado por Thomas Hobbes como uma representação simbólica do Estado. O poder soberano do *Leviatã* tem como objetivo principal a conservação e aumento do próprio poder do Estado que, “enquanto homem fabricado, não é mais do que a coagulação de um certo número de individualidades separadas, que se encontram reunidas por certo número de elementos constitutivos do Estado”<sup>120</sup>.

O poder e a vida se envolvem em uma espécie de círculo vicioso em que o Estado se apropria da potência da vida humana para impulsionar sua “vontade de poder”<sup>121</sup>, sendo o

<sup>118</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133.

<sup>119</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 69.

<sup>120</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.

<sup>121</sup> SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 150.

poder absoluto do Estado a garantia de preservação da vida. A vida expropriada pelo Estado soberano, como “estratégia de dominação”<sup>122</sup>, é a mesma vida por ele protegida. No ato dessa expropriação, ele institui-se como o garantidor da sua preservação. Uma vez que a vontade soberana não pode ser eliminada da ordem social, já que esta se origina daquela, nem o Estado de direito é garantia plena da abolição da vontade soberana, o direito protege a vida parcialmente, pois a cuida ameaçando-a.

Um certo movimento parece escapar ao alcance do conceito de Estado soberano, identificado por Rosemiro Pereira Leal, como mencionado: **estratégia de dominação**. A generalização de um dispositivo originado ainda no direito romano, associado à estrutura de poder, e que, através de uma longa trajetória que atravessa a Idade Média, desloca-se para o centro das formas de vida europeias a partir da Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e atinge sua realização maior nos campos de concentração nazista ao final da II Guerra Mundial pela captura da *vida nua* pelo estado de exceção. A *vida nua* ou a *vida sacra* seria, assim, aquela que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, exprimindo o caráter originário da sujeição da vida a um poder de morte.

Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da “origem do dogma da sacralidade da vida”. Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.<sup>123</sup>

Ele, Estado soberano, se apropria da potência da vida para aumentar o poder pelo qual a preserva de uma agressão externa. Defende a vida de uma violência externa praticando um outro tipo de violência que reduz a vida humana a mera vida natural, vale dizer, “o Estado como um fenômeno caracterizado pela marca da soberania: Por um poder que é exercido de forma extremamente absoluto, incondicional, indivisa, [...]”<sup>124</sup>.

Durante o Iluminismo, também conhecido como Século das Luzes e como Ilustração, efetua-se a centralização do poder político, fragmentado durante a Idade Média e reunificado a partir do século XV. Esta centralização foi que resultou no absolutismo, justificado a partir

<sup>122</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 114.

<sup>123</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 85.

<sup>124</sup> PREUB, Ulrich K. Os elementos normativos da soberania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 158.

da vontade divina, bem como “nas formulações contratualistas de justificação do poder em John Locke (1632-1704) e Thomas Hobbes (1588-1679), [...]”<sup>125</sup>.

O Iluminismo havia destruído o que o Estado medieval considerava fundamentação legitimada, a concepção de que o poder público estava autorizado a atuar por delegação e em nome de Deus. O Estado passou a ser considerado uma instituição que reconhecia que a sua legitimidade derivava da vontade do povo, tendo por tarefa procurar o bem-estar terreno dos súditos.

O Estado absolutista convertera-se em instrumento de arbítrio e opressão ilimitados, haja vista a demonstração de poder pela frase dita do monarca francês Luis XIV, qual seja, *L'tat C'este moi* (O Estado sou eu).

No decorrer do século XIX, com o surgimento do Estado de constitucionalismo clássico verifica-se o desligamento do conceito de soberania da pessoa do monarca. O poder soberano do Estado ocupou o espaço de forma autoritária, cuja noção de democracia somente viria a desenvolver-se no século seguinte, com a incorporação de discussão de ideias (ideologias) como fonte legítima do poder e legitimidade do direito.

O poder encarna uma energia seja na figura da conservação da ordem existente, seja na existência, no grupo, de modelos dominantes quanto ao futuro da coletividade. Isso provoca a ideia<sup>126</sup> (ideologia) de uma ordem social desejável. É uma potência (força) surgida da consciência coletiva ideologicamente capturada e destinada a assegurar e garantir a eternidade do grupo prevalecente (dominante). Habermas, apontando criticamente essa dominação, diz que:

Esta dialéctica de poder e vontade realiza-se hoje de modo irreflectivo, ao serviço de interesses para os quais não se exige nem se faculta uma justificação pública. [...]. A irracionalidade da dominação, que se converteu hoje num perigo vital colectivo, só poderia ser dominado através da formação de uma vontade colectiva, que se ligue ao princípio de uma discussão geral e livre de domínio.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 59.

<sup>126</sup> Do ponto de vista do “realismo” filosófico tradicional, o conteúdo imediato do pensamento é a própria realidade em si: o pensamento atinge imediatamente a realidade tal como ela é. Desde Descartes até Kant, a filosofia moderna salienta, pelo contrário, que o conteúdo imediato do pensamento é aquilo a que Descartes chama “ser objectivo” e Kant “fenômeno”. Do ponto de vista realista, portanto, a partir de Aristóteles, a “ideia” é o pensamento, na medida em que capta uma certa determinação da realidade. Exactamente porque, aqui, o pensamento capta a realidade tal com ela é, o pensamento e, portanto, a ideia, nada acrescentam à realidade pensada: são apenas o meio através do qual a realidade se manifesta. (SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 58).

<sup>127</sup> HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 105-106.

Na busca pela segurança por meio da verdade absoluta (Estado hegeliano) caracterizando-se como uma ânsia pela segurança da vida, de um desejo de tranquilidade diante dos aspectos violentos, cruéis e trágicos do mundo, de uma vontade de se apoiar nas “mãos” de Deus, na autoridade, o homem não percebe que a transferência de suas angústias é um fator que alimenta a perpetuação do que contrariamente deseja, ou seja, alimenta a “força coercitiva do poder”<sup>128</sup> de uma ideologia dominadora. É uma herança perniciosa pela qual “O enigma e a força da tradição é reatar sempre o fio da continuidade, no mesmo instante em que ela incorpora inovação e reinterpretação que o presente exige: a herança é incessantemente modificada, e, contudo, é da mesma herança que se trata”<sup>129</sup>.

É a manifestação de um poder que se oculta no anonimato, característico das sociedades rudimentares. Segue-se o poder individualizado, a autoridade expressa em um indivíduo, concentrando em sua pessoa não somente todos os instrumentos da soberania, mas toda a fundamentação da autoridade, levando em si, a título de controle, todo o poder.

A autoridade opressora, detentora do poder de mandar, repousa sua legitimidade nos regulamentos estatutários, por cuja “burocracia constitui o tipo tecnicamente mais puro da dominação legal”<sup>130</sup>. Para Max Weber, o que importa é analisar os fundamentos que tornam legítima a autoridade, ou ainda, as razões internas que justificam a dominação. É um estado de controle, porque o que este deseja não é ordenar e impor disciplina, mas antes gerir e controlar, usando o poder em uma rede burocrática de perpetuação. Nesse sentido, descreve Raymundo Faoro:

O funcionário está por toda a parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha.<sup>131</sup>

Weber, partindo do pressuposto do conceito de legitimidade para diferenciar os tipos puros de dominação política, identifica três possíveis fundamentos para tanto, que são o racional, com crença na legalidade, o tradicional, baseado na crença, na tradição; e, por fim, o carismático, que tem a legitimidade como a crença em qualidades especiais de uma pessoa.

<sup>128</sup> FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 63.

<sup>129</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 64.

<sup>130</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. v. 13, p. 130. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>131</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 93-94.

No primeiro modelo de legitimidade/dominação (racional), sendo importante sua abordagem para os estudos aqui desenvolvidos, Weber aponta como o elemento que justifica a estabilidade da dominação social manifesta-se no período contemporâneo, porque a legalidade, com a positivação do Direito e amparada por um quadro administrativo predominantemente burocrático, permite legitimar uma forma de dominação política e social. Posto isso, “o elemento constitutivo do Estado moderno converteu-se no monopólio do uso jurídico da força, exercido por especialistas no uso do direito”<sup>132</sup>.

Por sua vez, o procedimento jurídico formal próprio permite saber o que é e o que não é legal e, assim, legitimidade e legalidade estão diretamente associadas, independentemente de qualquer elemento externo. Mencionando Weber sobre a legitimidade típica do Estado de Direito em associação com a regularidade formal das decisões e atos estatais, Antonio Carlos de Almeida Diniz assim considera:

O fenômeno da progressiva positivação do direito conduz à preponderância, senão à exclusividade, do direito posto pelo Estado diante das formas de direito vigentes em épocas pretéritas (como o direito natural, o consuetudinário e o revelado). É com a aparição do moderno Estado de Direito, produto da engenharia constitucional do Iluminismo, que emerge e se acentua com nuances mais nítidas a dicotomia entre legitimidade e legalidade.<sup>133</sup>

Na teoria (ideologia) da dominação de Max Weber, a legalidade justificaria a dominação do Direito nas sociedades jurídicas modernas, de forma autônoma, sendo que “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”<sup>134</sup>, tendo em vista que se estabelece no procedimento formal de produção e alteração de normas jurídicas.

Com essa premissa weberiana, muitos doutrinadores foram por ele influenciados. Cite-se, primeiramente, Hans Kelsen, que confunde legalidade e legitimidade, quando afirma que as normas são legais e legítimas se obedecem ao procedimento determinado pelo ordenamento jurídico; cada norma tem o fundamento de validade em outra norma, até se chegar à norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original, fundamento de validade de todas as demais<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 574.

<sup>133</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 94-95.

<sup>134</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 128. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>135</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

Nesse sentido, Kelsen, por meio de sua conhecida obra *Teoria Pura do Direito*, buscou desenvolver uma teoria jurídica abstrata, que leva ao extremo a dominação racional proposta por Weber. Para Kelsen, também interessa o procedimento de produção de uma norma jurídica, de tal modo que tudo que é legal é também legítimo. A norma fundamental é o fundamento de validade de todas as demais normas. Essa análise é para um governo estável. Em situação oposta, em caso de alteração da ordem, altera-se a norma fundamental e o fator de legitimação é a efetividade do novo governo.

Na linha de Weber, também se encontra Jürgen Habermas, com uma visão diferente da legitimidade de uma norma, posto que contrapõe a relação entre legalidade e legitimidade, afirmando que “Temos em Weber um modelo tipicamente alemão de Estado de direito, no qual se encaixa bem a dominação elitista dos partidos políticos”<sup>136</sup>. O filósofo busca outro fundamento da legitimidade, que é a *moral*, de modo a afirmar que a fundamentação da autoridade do Direito se daria devido ao entrelaçamento entre Direito, política e moral.

A moral e o direito representam assim uma espécie de seguro contra perdas (*Ausfallbürgschaft*) para as realizações de integração social de todas as demais ordens institucionais. [...]. O direito é uma ordem legítima que se tornou reflexiva com relação ao processo de institucionalização. Enquanto tal ele forma o núcleo de um sistema de comunidade, que, por sua vez, é a estrutura nuclear da sociedade em geral.<sup>137</sup>

Dessa forma, para o filósofo contemporâneo, o fundamento do Direito só pode estar na sua relação com a moral, convencional, autônoma, que apresenta uma racionalidade própria e considera o Direito um sistema aberto, afetado pela política e por questões procedimentais de cunho moral e sujeito a uma crítica racional por uma teoria do discurso, na medida em serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.

Em Weber, existe uma das mais cuidadosas análises do fenômeno da organização burocrática, podendo-se dizer, origem, também, do poder e da dominação. Ao analisar as estruturas burocráticas da sociedade, ele busca, sobretudo, suas origens históricas (Igreja Católica, Estados europeus modernos).

O Direito usa da violência simbólica para impor sutilmente significações e se tornar uma forma de legitimação social, abstrata e genérica, adstrita a objetivos social, político e econômico. Há uma perpetuação das estruturas de poder por cujos mecanismos dispensam-se

---

<sup>136</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 102.

<sup>137</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 103.

discussão da qualidade ou o conteúdo dos dispositivos legais; se versariam sobre a exceção ou sobre a regra. Sendo pela exceção, o déspota se manifesta como sujeito de vontade ilimitada.

Pela regra, surge a tensão entre liberdade e autoridade. Ao final, prevalece a lei, a vontade do soberano, por engrenagens nebulosas e mascaradas por “trama da linguagem”<sup>138</sup> com disfarces que arranjam ou agenciam o poder que envolve a prática e a técnica, o saber e o discurso do poder.

A individualização do poder surge como a forma mais simples e mais natural do mesmo. Ela pretensamente se fundamenta em uma realidade corpórea e se expressa por uma relação de dominação de indivíduo a indivíduo, sistema de sujeição passível de várias configurações de poder, a racional-legal, sobretudo, pois esta se expressa por um “caráter ‘místico’ da autoridade”<sup>139</sup>, por cujo grupo dominante se ergue no exercício e posse do poder ideologicamente imposto. Conforme Thomas Ransom Giles:

O fenômeno da autoridade também é coextenso à constituição do grupo. O ato fundador do grupo, que se representa ideologicamente, é político em sua essência. Uma comunidade histórica só se torna realidade política tornando-se capaz de decisão. É desse fato que surge o fenômeno da dominação e explica a fatal interferência da ideologia-dissimulação em todos os outros traços da ideologia-integração, sobremaneira no caráter de não-transparência que se vincula à função mediadora da ideologia.<sup>140</sup>

A construção do Estado constitucional de direito no curso do século XX envolveu debates referentes ao Estado de direito e democracia. Entretanto, esse Estado também democrático não libertou da influência de seus predecessores, sobretudo o Estado social, sendo a democracia apenas formal, como governo da maioria e respeito aos direitos individuais.

A soberania não pode mais ser exercida com fins do exercício do poder de um grupo ou classe privilegiada, haja vista que aquela, “como instituição jurídica, por seus fundamentos, pressupõe necessariamente a intervenção processual do povo de uma nação no regramento e fiscalização processual da conduta do Estado (Administração-Governativa) [...]”<sup>141</sup>, e o processo, por ser um instituto de construção do Estado Democrático de Direito,

<sup>138</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006, p. 94.

<sup>139</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21.

<sup>140</sup> GILES, Thomas Ransom. **Estado, poder, ideologia**. São Paulo: EPU, 1985, p. 75.

<sup>141</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 11-12.

devendo atuar na origem da criação da lei, ou seja, no seu nível instituinte, não exerce sua eficácia plena de controle da democracia atuando apenas no nível constituído do direito.

Através do processo, busca-se uma superação contínua dessa dominação geradora de violência que perpetua um sistema normativo que se inclina para o lado dos detentores do poder, por cuja “potência da lei”<sup>142</sup> é imposta pela autoridade pública em sua pretensa certeza de guardiã legitimada da norma.

É a crítica que há muito Rosemiro Pereira Leal faz de uma cada vez maior jurisprudencialização do direito com fins, pelo Estado soberano, de uma herança hegeliana “de dominação continuada”<sup>143</sup> para a conquista de um enigmático direito justo, engessando e interditando a produção do conhecimento científico:

A concepção prévia de um *direito justo* para um idealizável *Estado de Justiça* tem alçado equivocadamente a *ciência do Direito* a serviço instrumental normativo dessa idílica conjectura, pretendendo identificar ciência do Direito e jurisprudência para buscar uma validade universal de conceitos. Ora, a ciência do Direito jamais poderá ser normativa, porque a sua dogmatização lhe retiraria a caráter continuamente problematizante dos conteúdos do conhecimento jurídico.<sup>144</sup>

Por meio do processo como instituição linguística, a criação da lei situando-se no seu nível instituinte, conjecturado como meio de superação da tópica (reforça o poder da autoridade), dialética (raciocínio que tem por base opiniões aceitas) e, sobretudo, a superação da ciência dogmática do direito (vontade da autoridade), busca-se a oposição da vontade de potência da lei situada no nível constituído, porque não sendo assim, conforme Rosemiro Pereira Leal:

[...] a lei constitucional seria um ato jurídico-deliberativo de mera celebração mítico-utópico-sentimental-corretivo de agentes incapazes de compreensão dos fundamentos de sua validade e legitimidade, tendo somente por objeto estabelecer um **direito** contingencial, mecanicista, instrumental e juridicizante de estruturas subjetivas, sociais, políticas e econômicas, corregedor ou ratificador de uma realidade histórico-contextual de significados cívico-culturais e civilísticos já ideologicamente desejados e construídos por levantes ou glorificações populares estrategicamente provocados. Nessa perspectiva, o parlamento é mesmo um lugar de violência normatizante por uma fala natural (nua), onde o homem (legislador) é uma “norma imanente a si mesmo”, sem qualquer *medium* linguístico-proposicional-enunciativo, a gerar consensos e deliberações oriundos de pré-compreensões inatas (lógica de enunciados autonormativos) a um saber e bom senso não adredemente problematizados e não processualmente teorizados, tornando-os insuscetíveis de alcançarem um marco hermenêutico-originário que

<sup>142</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 62.

<sup>143</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 134.

<sup>144</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 77.

fosse apto a ofertar uma democratização interpretativa para todos indistintamente.<sup>145</sup>

O processo busca a construção do conhecimento em bases democráticas, portanto a construção do direito por uma teoria da criação da lei, esta sendo gerada no nível instituinte normativo. O direito brasileiro ainda é de matriz dogmática, vale dizer, de origem autoritária, um direito da força apoiado em uma “violência jurídica”<sup>146</sup>, isso porque o conhecimento no mundo foi construído em formas lógicas, o que na ciência do direito tornou-se uma forma de dominação secular que impossibilita, mas não torna impossível a “desconstrução”<sup>147</sup> de uma “**norma última** pressuposta (esfera do Estado Instrumental)”<sup>148</sup> secularmente construída pelo discurso dogmático.

Dessa forma, atualmente, pode-se dizer que a democracia é uma técnica do poder, uma entre outras, porque significa, em primeiro lugar, a constituição de um corpo político, mas significa também e simplesmente a tecnologia da administração (técnica que se baseia em pesquisas de opinião, nas eleições, na manipulação da opinião pública, bem como na gestão dos meios de comunicação de massa), como demonstrado por Max Weber no ensaio “Três tipos puros de dominação legítima”<sup>149</sup>.

Por isso o desprezo dos agentes públicos investidos de autoridade, sobretudo a jurisdicional, haja vista que o povo não deve esperar por uma “democratização das estruturas do Poder judiciário”<sup>150</sup>, de estabelecerem fundamentos de sua legitimidade, entendendo que sendo legítimos, por um poder constituinte originário autorizando a irrestrita intervenção do Estado como fator de dominação, ou mesmo pelo exercício de uma jurisdição ainda instrumentalizada (poder da autoridade), há que se dispensar o processo com ciência na criação da lei.

Ao Estado liberal burguês interessa o dogma da completude da lei como forma de o *juiz* garantir, em qualquer eventualidade, as liberdades negativas da intervenção do Estado na órbita indevassável dos direitos individuais e ao Estado social de direito

<sup>145</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 100-101.

<sup>146</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 70.

<sup>147</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27.

<sup>148</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O declínio do Estado Hegeliano e o esperado fim das guerras. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização institucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167.

<sup>149</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 128-141. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>150</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008 p. 229.

(*Welfare State*) interessam as lacunas da lei para o *juiz* livremente decidir habilidosamente em parâmetros de conveniência (*Common Law*) os conflitos que possam colocar em desequilíbrio o sistema social a ser mantido em suas bases de tradição e autoridade.<sup>151</sup>

A democracia, tampouco, será conquistada em mobilizações sociais com reivindicações de direitos fundamentais que não estejam demarcados na processualidade constitucionalizada, porque dessa forma não há questionamento das origens para o exercício da democracia. O seu princípio se processa nos planos da criação da lei, bem antes de o Estado Soberano intitular-se “legitimante do **poder constituinte originário**”<sup>152</sup>, o que acontece, no Estado Democrático de Direito nos níveis instituinte e constituinte do direito democrático pelo Devido Processo.

## 2.4 Teoria dos três poderes

O surgimento do Estado de Direito, “de genuína construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*), resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), feita com o objetivo de revelar teoria criada [...], na primeira metade do século XIX”<sup>153</sup>, tem como premissa da sua constituição o princípio da legalidade (reserva legal), que é decorrente do Princípio da Soberania Popular ampliado pelo Princípio da Representação Popular.

Assim como cada pessoa é possuidora de uma parcela da soberania do Estado, ela deve ser ouvida em todas as decisões por ele, Estado, tomadas, uma vez que age em nome e por cada qual do povo, por cuja Constituição, expressão maior da vontade daquele, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares.

Sendo impossível cada indivíduo estar presente no momento da discussão das decisões a serem tomadas pelo Estado, a representação do povo é exercida por um pequeno número de pessoas, para as quais há a outorga por mandato eletivo. Com isso, todo o povo de um Estado pode estar representado para a tomada de decisões (Princípio da Representação Popular).

Nas sociedades democráticas o fundamento da representação está concentrado no povo, manifestando-se por meio dos representantes reunidos no Poder Legislativo. Em sociedades autoritárias é o governo de plantão, ou seja, o seu grupo, que implementa normas que pretende ver aplicadas, sem nada informar à sociedade. Em ambas as sociedades,

---

<sup>151</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 99.

<sup>152</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 55.

<sup>153</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49.

“Decisões e autoridade políticas fundamentam-se numa norma jurídica, mas também alimentam-se dos interesses, das ambições e ideologias onde as forças políticas se enfrentam”<sup>154</sup>.

Historicamente a separação de poderes, que “se incrustou, como postulado essencial, nas diferentes constituições do século XIX”<sup>155</sup>, ou teoria dos três poderes, de um Estado constituído é descrito no sentido de que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos, devendo existir mecanismos de controle recíproco entre eles como pressuposto da liberdade.

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, foi o teórico da separação dos poderes do Estado, atualmente consagrado nas constituições de muitos Estados contemporâneos. Filósofo e escritor francês, “Montesquieu procura demonstrar que a liberdade só pode existir em um regime de separação de Poderes. Existem, diz ele, três ordens de poder. [...]. Cada um desses poderes deve ser independente, gozar de prerrogativas próprias e de funções específicas, [...]”<sup>156</sup>.

MONTESQUIEU não foi original quando sugeriu o governo moderado ou forma mista de governo, caracterizada pela separação de poderes, como afirmação da liberdade política contraposta aos perigos do absolutismo ou da anarquia que nasce da concentração ou confusão de poderes. [...]. A sua criatividade está no sistema de freios e contrapesos às funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e aptas a exercer legitimamente o poder, no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política.<sup>157</sup>

O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso, cumpria limitá-lo em benefício da garantia dos direitos do homem. Sob esta perspectiva, foi de enorme utilidade a técnica da separação dos poderes, divulgada por Montesquieu, que tinha como finalidade conter o poder estatal para assegurar o governo moderado. A sua proposta da separação dos poderes tinha como pressupostos dois princípios fundamentais, inicialmente à proteção do indivíduo e do outro lado o aumento da eficiência do Estado, aspirando uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada unidade especializada em determinada função,

<sup>154</sup> GILES, Thomas Ransom. **Estado, poder, ideologia**. São Paulo: EPU, 1985, p. 15.

<sup>155</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

<sup>156</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 330-331.

<sup>157</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 109.

com o objetivo de diminuir a centralização do sistema de governo em que o poder do chefe era absoluto.

Dessa forma, Montesquieu menciona que “Os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele em que uma só pessoa governa baseada em leis fundamentais”<sup>158</sup>. Antecede-se, com isso, a construção institucional do Estado Liberal, que tinha como realização a liberdade individual.

A postura do liberalismo, com relação ao poder, se explica pela situação combativa em que se encontrava a burguesia em apogeu frente ao Estado absolutista. Com o fim de desenvolver plenamente todas as energias no âmbito da sociedade, a burguesia viu-se obrigada a posicionar-se pela máxima racionalização e pela delimitação legal da autoridade, tendendo à supressão total do poder absolutista.

Essa configuração institucional deriva do Estado de direito pelos marcos revolucionários do liberalismo, tendo à frente os movimentos da Revolução Americana (1775-1783), originária dos anseios de autonomia da burguesia comercial local, e a Revolução Francesa, a primeira, (1789-1799), que assumiu o desafio de “superar todo o regime político e social”<sup>159</sup> do chamado antigo regime, constituindo um dos processos mais decisivos da transição do feudalismo ao capitalismo.

A expressão “Estado de Direito” possui uma inequívoca textura aberta, podendo mesmo assumir tantos significados diversos quanto a idéia sugerida pela palavra “Direito” possa comportar, e tantos outros quanto a acepção do termo “Estado” possa ostentar. Em todo caso, o conceito típico de Estado de Direito remonta sua gênese à doutrina liberal da limitação formal do poder político em nome da intangibilidade das liberdades civis. Neste sentido, a concepção liberal do Estado de Direito se alinha com a primeira vaga do constitucionalismo burguês capitaneada pelas Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). [...]. A configuração institucional, peculiar assumida pelo Estado de Direito nas pegadas destes marcos revolucionários da expansão liberal, compreendia três distintivos básicos: a) a submissão da atividade estatal ao princípio diretor da legalidade; b) a divisão dos poderes, que reparte as funções estatais, de forma independente e harmônica, entre poderes executivo, legislativo e judiciário; c) declaração e garantia dos direitos individuais.<sup>160</sup>

Com isso, substitui-se a dominação teológica do exercício do poder no *Ancien Régime* (representado pelo saber do direito divino dos Reis) com o desaparecimento dos privilégios de classe e de casta, pela dominação, por uma pretensa legitimidade, racional-individualista. Por

<sup>158</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do espírito das leis**. Coleção Os pensadores – Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 43.

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

<sup>160</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 96.

isso, na Revolução Francesa, “apesar de ser a vontade universal e absoluta, é tão-somente vontade dos indivíduos singulares, sendo que, como esta vontade dá fundamento ao direito, o direito termina por ser ‘o que a lei quer’”<sup>161</sup>, cuja eficácia pela “força de lei”<sup>162</sup> consiste na produção de efeitos jurídicos.

O direito, dessa forma, apresenta-se em nova fase no sentido de que todo ordenamento jurídico passa a ter um ponto de referência, um núcleo de correspondência, qual seja, a constitucionalidade. Mas, conforme demonstra Eduardo Cambi, “Houve [...] uma tentativa de manipular ideologicamente o Direito, com o fundamento de que a lei seria a tradução da vontade geral [...]. Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que [...] visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a ideia de paz e harmonia [...]”<sup>163</sup>.

A partir da revolução francesa, que “Pôs em discussão radical a questão das origens do poder e dos fundamentos da desigualdade entre os homens”<sup>164</sup>, a tradição política da modernidade concebeu mudanças radicais sobre a forma de um processo revolucionário que age enquanto “poder constituinte” de uma nova ordem institucional.

Com a independência das treze colônias norte-americanas, por cuja “Declaração da Independência tratava da vida, da liberdade e da busca da felicidade, como direitos naturais e inalienáveis do homem”<sup>165</sup>, formou-se uma Confederação de Estados soberanos, e vários deles chegaram a editar declarações de direitos. Entretanto, a Constituição de 1787, unificando as treze colônias e criando um Estado Federal, deixou de estabelecer qualquer rol de direitos, omissão que só veio a ser suprida em 1791, com a aprovação de dez emendas que unificam o *Bill of Rights* (declaração de direitos), conjunto de liberdades públicas e garantias constitucionais em favor do cidadão norte-americano.

A Revolução Americana produziu a primeira Constituição escrita do mundo moderno, elaborada pela Convenção da Filadélfia, em 1787, organizando a república, bem como

---

<sup>161</sup> RIBEIRO, Fernando J. Armando. O conceito de Constituição na Modernidade: um estudo a partir da Revolução Francesa. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 137.

<sup>162</sup> O sintagma “força de lei” vincula-se a uma longa tradição no direito romano e no medieval, onde (pelo menos a partir da *Dig. De legibus I, 3: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*) tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar. Mas é apenas na época moderna, no contexto da Revolução Francesa, que ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembleias representativas do povo. No art. 6 da Constituição de 1791, *force de loi* designa, assim, a intangibilidade da lei, inclusive em relação ao soberano, que não pode anulá-la nem modificá-la. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 59-60).

<sup>163</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

<sup>164</sup> MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Editora Moderna, 1986, p. 149.

<sup>165</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 662.

ratificando e consagrando o federalismo, ou seja, o princípio segundo o qual cada estado da Federação continua com sua própria Constituição. Na Europa, durante todo o século XIX e por boa parte do século XX prevaleceu a ideia da onipotência do Parlamento, que, como representante da vontade do povo, seria em tese virtuoso e infalível.

Houve um duplo significado com a Revolução Americana, que foi a emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na célebre Declaração de Independência ocorrida em 1776, bem como sua reunião em um Estado independente, esboçado na Constituição de 1787.

Na França do século XVIII, cuja Constituição de 1791 foi contemporânea da Constituição americana, o processo constituinte foi prioritário para a deflagração do movimento revolucionário, cujo marco inicial foi a convocação dos Estados Gerais e sua conversão em assembleia nacional constituinte.

A Revolução Francesa, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha (prisão política do Antigo Regime absolutista), em 1789, foi um processo mais aprofundado e radical de transformação política e social. Foi a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”<sup>166</sup>, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação de Poderes e nos direitos individuais, bem como “tem-se início a positivação das ‘sociedades democráticas’”<sup>167</sup>.

Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição da França. É importante ressaltar “a formulação e significado da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O homem e o cidadão na Revolução Francesa é examinado em seus aspectos antropológicos e culturais que levam a compreensão de expressão como ‘homem de direito’ e o ‘homem no direito’”<sup>168</sup>.

Foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando a partir de então que a nação, o povo, era o titular da soberania, e, por isso, titular do poder constituinte. Nesse sentido, “As lutas contra as práticas feudais, nos séculos XVIII e XIX, definiam a liberdade como a antítese do poder, reduzindo o conceito do direito do poder político”<sup>169</sup>. Entendia-se então que a Constituição deveria ser a expressão da soberania popular.

---

<sup>166</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 18.

<sup>167</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 397.

<sup>168</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 560.

<sup>169</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo

Com o poder escapando das mãos da Coroa e para as mãos dos “cidadãos”, assentados na Assembleia Constituinte, com o colapso do regime absolutista e o advento do liberalismo, “O extremado individualismo de 1789 foi fortemente temperado pela socialização e pela solidariedade. [...]. Mas, [...], tanto a moralização como a socialização, não influem tão somente na elaboração legislativa, mas penetram até o terreno da interpretação doutrinária e judicial”<sup>170</sup>.

A ideologia estabelecida que se seguiu à Revolução Francesa, e que consta no artigo 16 da mencionada declaração, definindo que “*Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”, resiste no atual Estado Democrático de Direito, persistindo a fase instrumentalista dos Estados Liberal e Social. Brêtas há muito ensina que “O que é repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, daí resultando diferenciação de funções exercidas pelo Estado, por intermédio de órgãos criados na sua estruturação jurídico-constitucional”<sup>171</sup>. Esse também é o entendimento de Vicente de Paula Maciel Júnior quando afirma:

Ao Estado vem sendo conferida na história uma proeminência em virtude da idéia de subjetivação de poder que lhe é atribuída. É como se o poder fosse o próprio Estado ou decorresse dele. Mas o Estado não tem poder propriamente dito. Ele, através de seus agentes, exerce competências de poder, que são funções criadas, delimitadas e atribuídas pela norma como funções do Estado.<sup>172</sup>

O termo constitucionalismo é de emprego relativamente recente nos estudos da ciência política e jurídica do mundo ocidental. Significa, fundamentalmente, limitação do poder e supremacia da lei, sugerindo a existência de uma Constituição. E essa ideia (ideologia) de uma supremacia da Constituição, que a partir da qual historicamente define o plano constituído da lei para a produção do direito, é que ainda gera muitas resistências no sentido de que no Estado Democrático de Direito a produção da lei, definindo a democracia, origina-se no nível instituinte do direito. Conforme Barroso:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A

---

Horizonte: Fórum, 2008, p. 639.

<sup>170</sup> SILVEIRA, Alípio. **O fator político – social na interpretação das leis**. São Paulo, 1946, p. 283-284.

<sup>171</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 163.

<sup>172</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006, p. 117.

aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.<sup>173</sup>

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário.<sup>174</sup>

O tema do poder constituinte e suas implicações não teve, e continua não tendo até os dias atuais, debate pela comunidade acadêmica ou de juristas no sentido de interrogar a origem de produção da lei, “o que tem levado a humanidade a experimentar secularmente a ditadura da linguagem historicista (paideica) dos líderes carismáticos que se apresentam como dirigentes predestinados, juízes oniscientes, [...] e burocratas indispensáveis”<sup>175</sup>.

As constituições modernas são documentos dialéticos<sup>176</sup>, ou seja, são documentos por cuja forma de debate as ideias são submetidas à discussão e contraposição. Mas debater através de ideias é debater ideologias platônicas, aristotélicas e hegelianas. É não interrogar os fundamentos pelos quais a democracia se realiza no contexto de um Estado processual democratizado. Ao que expõe José Alfredo de Oliveira Baracho:

O conceito e o sentido de Constituição têm passado por diversas transformações, que procuram explicar a elaboração e o conteúdo das normas constitucionais. Desde a Antiguidade Clássica até a sua modernidade, o tema gerou diversas indagações. Dentre elas encontramos a referente ao conceito de Constituição que se ajustou ao modelo descrito no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. De conformidade com a doutrina, esse preceito inspirou o liberalismo, levando Kant a falar na necessidade de uma Constituição *republicana* para assegurar a paz perpétua. Em diversos momentos a doutrina constitucional procurou aprofundar o sentido de Constituição, sendo que muitas delas ofereceram definições que não atentam para as características essenciais da noção de Constituição.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

<sup>175</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 134.

<sup>176</sup> Dialética, segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, “deriva de diálogo, não foi empregado, na história da filosofia, com significado unívoco, que possa ser determinado e esclarecido uma vez por todas; recebeu significados diferentes, com diversas interrelações, não sendo redutíveis uns aos outros ou a um significado comum. Todavia, é possível distinguir quatro significados fundamentais: 1a D. como método da divisão; 2e D. como lógica do provável; D. como lógica; 4e D. como síntese dos opostos. Esses quatro conceitos têm origem nas quatro doutrinas que mais influenciaram a história desse termo, mais precisamente a doutrina platônica, a aristotélica, a estóica e a hegeliana”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 269).

<sup>177</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 691.

Há que se interrogar a fonte das normas, mas não por um processo de criação das leis no plano constituído do Direito, o que caracteriza o Estado legiferante (definido por Lei), porque assim perpetuará a dogmatização totalitária e dominante, posto que a supremacia da Constituição, exprimindo a consequência indiscutível da sua superioridade formal, no Estado de Direito vigente, que não se pode afirmar seja democrático, resulta da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes (funções) por ele constituído.

Um Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. São as “leis que regem”, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, elas *vigem* apenas como normas. Domínio e puro poder simplesmente deixam de existir por completo. Quem exerce poder e domínio, age “com base em uma lei” ou “em nome da lei”. Apenas faz valer, com legitimidade, uma norma vigente. As leis são criadas por uma instância legiferante que, todavia, não governa e também não aplica nem faz valer, ela própria, suas leis. Cabe-lhe, portanto, apenas compor as normatizações vigentes, em cujo nome instâncias públicas subordinadas à lei e responsáveis por sua aplicação têm o direito de comandar o poder estatal.<sup>178</sup>

Na coerência do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual, bem como uma “necessidade considerável do *ethos*, a necessidade de uma concepção conjunta do bem que produza senso comunitário e engajamento cidadão e gere a disciplina moral”<sup>179</sup>. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa.

Mas, “O paradigma liberal gerou tensões e respostas. O modelo histórico presente na época de sua formação é quase a predominância das procuras consagradas à origem da liberdade. O juridicismo exarcebado é a melhor forma de síntese liberal”<sup>180</sup>. No contexto do Estado Social, a produção de normas jurídicas se multiplica, com a intensificação da atuação regulamentar do Estado.

Sobre a estrutura do Estado e sobre o princípio da separação de poderes projeta-se uma nova realidade. No período liberal havia um claro predomínio do legislativo, haja vista que os poderes Executivo e Judiciário eram considerados meros executores das normas elaboradas pelo primeiro. Mas “O paradigma jurídico-constitucional do Estado Liberal foi

<sup>178</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade de legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 2. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

<sup>179</sup> KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 108.

<sup>180</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 420.

colocado em xeque pela sua conduta omissiva. A partir daí, tornou-se necessária sua substituição por um novo paradigma jurídico-constitucional que considerasse os anseios de um proletariado carente nos aspectos econômicos e social”<sup>181</sup>.

No período do Estado Social o poder que mais se fortalece é o executivo, cabendo a ele instrumentalizar a intervenção do Estado em todos os setores. É ele que se torna o verdadeiro *leviatã*, com seu gigantismo e sua lógica tecnocrática, porque do “ato de instituição do Estado derivam todos os direitos e faculdades conferidos ao poder soberano pelo consentimento do povo reunido, estabelecendo os pilares da teoria de representação hobbesiana e a essência do paradigma da soberania absoluta”<sup>182</sup>.

A modernidade do Estado constitucional do século XIX é caracterizada pela sua organização formal, unidade interna e soberania absoluta em um sistema de Estados e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado comunica com a sociedade civil.

Nesse sentido, o Estado Constitucional, que se lança, equivocadamente, como democrático de direito, porque nele “o ‘Processo Constitucional’ é trabalhado em paradigmas de adequação decursiva dos Estados liberal e social de direito”<sup>183</sup>, superou o paradigma hobbesiano à medida que instrumentos limitadores de poder foram sendo constituídos pela sociedade civil, e normas constitucionais decorrerem de “uma constituição tradicional, ou seja, de uma certa concepção acerca do que é o bem da comunidade, bem que todos, inclusive as leis, devem perseguir”<sup>184</sup>, sem contudo se desprender da dominação secularizada.

A jurisdição no Estado Contemporâneo está em conformidade com os padrões de legitimidade constitucionais. Mas essa mesma jurisdição utiliza o processo como instrumento para o exercício na conservação de competência para o pronunciamento definitivo, haja vista que “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz”<sup>185</sup>.

O que ainda prevalece, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter abolido o Estado Social que por sua vez conservava ocultamente a tradição do Estado Liberal, é o Estado em sua índole (natureza) autoritária, de estruturas históricas ideologicamente há séculos

<sup>181</sup> THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 14.

<sup>182</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 96.

<sup>183</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 43.

<sup>184</sup> GALUPPO, Marcelo campos. A Constituição pode fundar uma República? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 164.

<sup>185</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, Ano 16, n. 62, p. 135-200, jan.-mar., 2008, p. 139.

construído por uma “**Ciência Dogmática do Direito**”<sup>186</sup>, com um modelo constitucional como paradigma de Estado. O liberal identifica a autoridade com o poder, e, além disso, reúne o autoritarismo, a tirania e o totalitarismo justamente porque todos eles desempenhariam a mesma função: obstaculizar o desenvolvimento histórico e estatal democrático.

---

<sup>186</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 100. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).



### 3 O MITO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

As análises em torno do que se denomina Poder Constituinte, quando se buscam as características de sua natureza, partem inicialmente de considerá-lo como supremo, originário, dotado de soberania, com capacidade de decisão em última instância, não estando comprometido com preceitos anteriores de direito positivo.

O conceito de Poder Constituinte remonta a Maquiavel (século XVI), o qual inspirou os imigrantes ingleses que foram para a América do Norte no século XVII. Maquiavel, por seu turno, havia se espelhado na Roma antiga para formular uma teoria capaz de conciliar poder político e liberdade.

O Poder Constituinte é considerado por muitos constitucionalistas e estudiosos do assunto como ilimitado e absoluto. Sua competência não tem procedência de nenhum outro poder de Estado, ao mesmo tempo em que não está submetido a qualquer tipo de ordenamento positivado. Na dogmática jurídica predominante, é dessa forma que prevalece.

No ordenamento jurídico de Estados constitucionalizados, com sistema hierárquico de normas que tem no ápice a Lei maior, o poder constituinte originário, presente desde as primeiras organizações das cartas políticas, “tem por exclusiva função criar uma constituição”<sup>187</sup>, bem como positivar normas jurídicas de valor constitucional.

Aspirando por vigorar por muito tempo e disciplinar a coexistência política de sucessivas gerações ao longo da trajetória de uma Nação, a Constituição tem por questão estabelecer medidas determinando caminhos e decisões do povo no futuro, por um poder constituinte originário supremo e dotado de soberania. Mas até quando essas medidas se afiguram legítimas no sentido de uma geração adotar decisões vinculativas, sem limitação do poder de vontade, para as outras que a sucederão?

Há uma passagem, e, portanto, passível de uma analogia interessante na estória de Ulisses e as sereias, contada por Homero na rapsódia XII da *Odisséia*. Ulisses, advertido por Circe, sabia que, ao passar perto da ilha das sereias, seria atraído por um canto irresistível e o navio naufragaria. O herói mitológico determinou então aos seus marinheiros que tapassem os próprios ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. Determina Ulisses:

---

<sup>187</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999, p. 24.

“Amigos, os oráculos, que me foram revelados por Circe, ilustre entre as deusas, não devem ser conhecidos apenas por um ou dois de nós; vou, pois, comunicá-los a todos, para que saibais o que nos pode perder, e o que nos pode preservar da Quere fatal. Ordena-nos ela que, antes de mais nada, evitemos as enfeitiçadoras Sereias, sua voz divinal e seu prado florido; aconselha que só eu as ouça. Mas atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir e ordenar que me desligueis, apertai-me com maior número de laços”<sup>188</sup>.

O comprometimento antecipado de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima das suas paixões ou fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo.

O paralelo com a estória de Ulisses se amolda ao fato de no Estado de Direito atual não haver desvencilhamento “da falácia naturalista e do triunfo legitimante do **poder constituinte originário** – as afiadas guilhotinas que continuam ceifando a superveniência de uma sociedade democrática em moldes teórico-linguístico”<sup>189</sup>. Entendemos que no Estado Democrático de Direito não há legitimidade para vigência do direito (nível constituinte e constituído da criação das leis), por um poder de vontade de um Estado que se julga soberano, sem que o direito seja originado no seu plano instituinte.

A existência desse poder constituinte originário evidencia um caráter pragmático-historicista, porque o dogmatismo intocável de sua existência tem por consequência um “sistema jurídico da Ciência Dogmática do Direito”<sup>190</sup>, recepcionado e consagrado a partir das tradições morais e religiosas.

Ao que se refere à natureza, titularidade e limites, só em época recente começaram a surgir espaço para questionamentos sobre seu poder. Isso porque todo exercício de autoridade precisa ser justificado, ou seja, necessita de um fundamento que o legitime. De forma contrária é um poder constituído não amparado pela lei, mas forjado pelo poder constituinte originário como poder fundador de uma constituição.

Contra a tese que afirma o caráter originário e irreduzível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum condicionado e constringido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição e

<sup>188</sup> HOMERO. **Odisséia**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2003, p. 160-161.

<sup>189</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 55.

<sup>190</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 110.

põe de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição.<sup>191</sup>

Raul Machado Horta informa que na compreensão dada no início do processo revolucionário francês, quando pôs abaixo a aristocracia que vivia dos privilégios feudais, portanto provocando a transição do feudalismo ao capitalismo, “O poder constituinte originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na [...] relação de poder no Estado e na Nação”<sup>192</sup>.

Genaro R. Carrió expõe em seus estudos que trata do poder constituinte originário como os teóricos do Direito Constitucional o compreendem<sup>193</sup>, informando que a palavra poder designa um conjunto de competências ou poderes, ou que o conceito desse poder é um conjunto ilimitado de poderes supremos que tem como exercício a criação da Constituição. Ou até mesmo, como demonstra Carrió, como defendem os constitucionalistas teóricos, “El poder constituyente originario está siempre fuera del orden jurídico”<sup>194</sup>.

Com isso, podemos depreender que poder constituinte origina-se de poder com objetivo de dominação, e, por consequência, acompanhado de extrema carga de violência. Isso porque Raul Machado Horta também informa que historicamente o poder constituinte originário representa uma “explosão” anômala no andamento das instituições do Estado, podendo resultar no golpe deste para transformação do seu ordenamento, o que caracteriza uma inconstitucionalidade.

### 3.1 Poder e violência da vontade soberana

O poder constituinte originário recria a lei apenas sob uma nova forma, mas não destituída da carga de tirania, haja vista a manutenção da cultura da violência estatal. Walter Benjamin, no seu ensaio “Crítica da violência: crítica do poder”, tenta definir uma violência pura que consiga romper com a dialética falsa da violência que faz as leis, e da violência que as mantêm. Na ruptura desse ciclo, escreve no final do ensaio que “A ruptura dessa trajetória, que obedece a formas míticas de direito, a destituição do direito e dos poderes dos quais

<sup>191</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 46.

<sup>192</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2 ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 26.

<sup>193</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 34.

<sup>194</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 35.

depende (como eles dependem dele), em última instância, a destituição do poder do Estado, fundamenta uma nova era histórica”<sup>195</sup>.

Benjamim fala de como o Estado tende a se apropriar, diretamente pela ameaça, do monopólio da violência. Apresenta esta não como oposta ou antagônica ao direito, mas violência que funda (coloca) o próprio direito, como seu próprio fundamento. Giovanna Borradori, expondo o pensamento de Benjamim, informa que “a distinção importante não é entre força autorizada e não-autorizada, mas entre ‘força fazedora-da-lei’, que se refere ao momento de fundação do sistema legal, e ‘força conservadora-da-lei’, que corresponde à imposição da lei”<sup>196</sup>.

Nesse sentido, se a violência é a fonte do direito, ela inclui uma nova ordem jurídica, através de sua exclusão. Pode-se dizer que essa é a lógica interpretativa que aparece em uma série de conceitos-limites de onde sobressaem dois: *homo sacer* (àquele que pode ser morto sem que sua morte constitua homicídio ou sacrifício, o banido de toda esfera normativa de proteção, seja ela o direito divino ou humano) e vida nua (o banido, o sem lei, àquele a quem o ordenamento jurídico-político não concede nenhuma proteção e garantia). O primeiro conceito diz respeito a uma figura do direito remoto<sup>197</sup>. O segundo, busca perceber uma dimensão de poder que parece extremamente inassimilável. Nesse sentido, denuncia Agamben a dimensão da vida nua, que constitui o referente da violência soberana:

O hebreu sob o nazismo é o referente negativo [...], um caso flagrante de *homo sacer*, no sentido de vida matável e insacrificável. O seu assassinato não constitui [...] nem uma execução capital, nem um sacrifício, mas apenas a realização de uma mera “matabilidade” que é inerente à condição de hebreu como tal. A verdade difícil de ser aceita pelas próprias vítimas, mas que mesmo assim devemos ter a coragem de não cobrir com véus sacrificiais, é que os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, “como piolhos”, ou seja, como vida nua.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> BENJAMIN, Walter. Crítica da violência, crítica do poder. **Revista religião e sociedade**, Rio de Janeiro, V. 15, n. 1, p. 132-140, 1990, p. 139.

<sup>196</sup> BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 174.

<sup>197</sup> Esse conceito-limite, Agamben retira de Festo (sobre o significado das palavras), onde o homem sacro, após ser julgado por um delito, tornava-se uma vida nua, vida matável por qualquer um sem que a imputabilidade do autor do crime fosse declarada. O paradoxo se instala por que essa vida matável torna-se insacrificável, dado que quem cometesse tal ato tornava-se, automaticamente, impuro. É sobre esta ambiguidade que Agamben procura um nexos entre “sacro e profano” e “religioso e jurídico”. (AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 76).

<sup>198</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 113.

O homo sacer é um conceito-limite do direito romano que delimita o limiar da ordem social e da vida humana. Nele transparece a correlação entre a sacralidade e a soberania. Ambas são estruturas originárias do poder político e jurídico ocidentais porque revelam os dois personagens que estão fora e acima da ordem: o soberano e o homo sacer. Esse não somente revela a fragilidade da vida humana abandonada pelo direito, mas também, e mais importante, revela a existência de uma vontade soberana capaz de suspender a ordem e o direito.

A vontade soberana, que tem o poder de decretar a exceção, continua sendo constitutiva da ordem moderna, inclusive do Estado de direito. Essa prerrogativa coloca a vida humana, todas as vidas humanas, sobre a potencial ameaça da exceção. Isso significa que, por quaisquer circunstâncias, uma pessoa ou um grupo populacional representasse uma ameaça, real ou suposta, para o ordem, eles poderão sofrer a suspensão parcial ou total dos direitos para melhor controle de sua vidas. Conforme Giorgio Agamben:

O soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), “o soberano está fora [*steht ausserhalb*] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [*gehört*] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão in tutto da constituição”.<sup>199</sup>

O paradoxo à soberania moderna não está no fato da exceção suprimir a lei e sim o fato de a soberania, corporificada, por exemplo, em um poder constituinte originário, ser a fonte da lei. É nesse sentido que, enquanto fundamento da própria legalidade, o *estado de exceção*<sup>200</sup> inclui a lei, através do ato de inclusão. Mesmo com as revoluções que tiveram a pretensão de sepultar a monarquia absolutista, sobretudo a francesa do final do século XVIII, o autoritarismo obscurantista reina nas democracias modernas, pela secularização do poder da *auctoritas* (autoridade).

<sup>199</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 56-57.

<sup>200</sup> O estado de exceção é, (...) a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63).

A revolução que despontou na França em 1789 foi um movimento de massa, e o poder constituinte originário procura fundamento no sentido de legitimar-se na Nação e na vontade popular, já que tem por pretensão ser portador de uma nova condição política e jurídica. Obtendo a condição de ser criador da ordem jurídica, pode fixar os princípios e oferecer os seus instrumentos. Eis o mito (ausência da lei), já que a lei na sua criação no ordenamento jurídico reivindica “implicações **instituinte** (produção da lei), **constituinte** (articulação institucionalizante das estruturas administrativo-governativas) e **constituída** (operacionalização processual do direito processualmente posto em vigência)”<sup>201</sup>.

Conceitualmente, a expressão poder constituinte originário surge de estudos realizados por um abade francês de nome Emmanuel Joseph Sieyès, autor do manifesto *Que é o Terceiro Estado?*, escrito no curso do processo revolucionário francês, pelo qual reivindica na França a reorganização política do país, questionando que apesar de o chamado Terceiro Estado (burguesia) fosse quem produzisse a riqueza, era alijada de privilégios e não tinha voz na condução política da nação.

No manifesto enfatizava que a Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado, vale dizer, os poderes constituídos. A ideia (ideologia porque não interroga os fundamentos de sua origem) de Constituição surge de maneira nítida. O poder constituinte adquire a importância hierárquica desde o momento em que cria o poder legislativo ordinário que dita as normas, mas com obediência à Constituição.

No conceito apresentado pelo Abade Sieyès em seu manifesto, o poder constituinte seria um poder inicial, posto que não existe, antes dele, qualquer outro poder, seja de fato ou de direito, porquanto nele se instala, por primazia, a vontade do soberano. Autônomo, porque somente a ele compete decidir como e quando, e em que condições deve oferecer uma constituição à Nação. Onipotente porque não está subordinado a qualquer regra. É a manifestação da “dominação”<sup>202</sup> pelo poder em estado puro.

Para Sièyes o termo constituinte qualifica o poder que tem o povo de constituir-se em sociedade civil ou Estado. O poder constituinte é a função correspondente ao titular da vontade.

José Alfredo de Oliveira Baracho, ao que se refere tratamento dado pelo abade Sieyès à supremacia e garantia da Constituição, resultado do poder constituinte originário, menciona que:

---

<sup>201</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 147.

<sup>202</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 60.

O abade Sieyès, tratando da garantia constitucional, salientou o significado da Constituição como um corpo de leis obrigatórias, que devem ser guardadas e respeitadas, por determinada magistratura. Entende que a lei, qualquer que seja a sua natureza, poderá ser violada. É nessa oportunidade que fala no acolhimento de recurso, contra a violação da Constituição. Ao mesmo tempo, pergunta se a magistratura civil poderia incumbir-se dessa alta missão. Entende que não, desde que não se deve desconhecer a importância do ato constitucional, que não pode ser reduzido ao que se encontra nos títulos do Código civil.<sup>203</sup>

Envolvendo a manifestação de vontade de quem o exerce e a aprovação ou a sujeição de quem se deixa dominar, a titularidade do poder constituinte originário é inerente à questão do titular da soberania. Soberano é o poder que cria o direito, forma a constituição e soberano é o titular do poder constituinte. Mas quem é o titular desse poder?

A questão se defronta com a discussão sobre a legitimidade do poder, o que significa, em última análise, esclarecer em quem repousa a soberania que historicamente foi buscada em diversos fatores, quais sejam, a força bruta, o poder divino, o poder dos monarcas, a nação e finalmente o povo. Dessa forma, temos, “explicitando-se os aspectos da evolução do titular do Poder Constituinte: Deus, na Idade Média, o povo, na Revolução Francesa, o rei, no período da Restauração, e novamente o povo, a partir da segunda metade do século XIX”<sup>204</sup>.

O Estado da Modernidade, e “o Estado como forma de poder”<sup>205</sup>, por suas teorias (ideologias) de dominação mantêm, por muito tempo, a direção da visão fixada por Thomas Hobbes (poder do Estado). Estão estabelecidas nos monarcas soberanos, mais tarde no líder estatal, nos monopolistas do pretense poder legítimo.

O direito, amparado na legalidade da soberania, é colocado como de última decisão, o direito da última palavra ou o direito da competência da autoridade constituída por um poder constituído originário, por cuja soberania é quem está autorizado a editar a lei. Não seria desautorizador afirmar que, sendo assim, atrás da lei está a ideologia do poder, as expectativas da salvação concentrando-se na lei e no legislador, por fim, os poderes de controle.

O que se verifica no Estado Democrático de Direito, que ainda não foi implantado, haja vista a sustentação do Estado ser produzida em uma “estrutura dogmática (repressiva)”<sup>206</sup> e a realização do direito ainda acontece, na maioria das vezes, no recinto desprocessualizado, em que pese em muitas democracias, como no Brasil, as cartas políticas instituírem-no, é a

<sup>203</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 64.

<sup>204</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 285.

<sup>205</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 10.

<sup>206</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 107.

reinterpretação do velho dogma<sup>207</sup> do poder soberano por um “controle jurisdicional”<sup>208</sup> de um Estado constitucional que nem democrático é.

Por isso ainda a defesa equivocada de um modelo constitucional do processo democrático jurisdicional. Primeiro porque um modelo constitucional pode “servir, com êxito, ao estado liberal quanto ao estado social de direito em suas múltiplas tiranias”<sup>209</sup>. E o processo, pela teoria constitucionalista, ainda não se separou totalmente da do discurso do “poder judicante”<sup>210</sup>. Segundo, por ser a jurisdição o instrumento do poder da autoridade judicacional (representante ideológico do Estado soberano) pela qual se manifesta, não pode ser democrático.

Por isso discordamos, com todo respeito que é merecido, quando se afirma que “A fundamentação da decisão é um dos princípios da base principiológica que possibilita a compreensão de uma teoria geral do processo vista a partir de um modelo constitucional de processo [...]”<sup>211</sup>, e “não como instituto de problematização do discurso jurídico-político e de previsibilidade das decisões”<sup>212</sup>.

Igualmente, reiterando nosso respeito pelas pesquisas desenvolvidas na contribuição para a construção do processo no Estado Democrático de Direito, discordamos quando nos é apresentado a afirmativa de que “O processo lastreado em um modelo constitucional (ANDOLINA, VIGNERA, 1991) constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático”<sup>213</sup>.

O processo entendido como modelo não rompe a barreira de uma jurisdição (poder atribuído a uma autoridade) constitucionalizada, que tem o processo como instrumento de sua

<sup>207</sup> Segundo o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, o termo dogma significa opinião ou crença. Nesse sentido, essa palavra é usada por Platão (*Rep.*, 538 c; *Leis*, 644 d) e contraposta pelos cétricos à *epoché*, ou suspensão do assentimento, que consiste em não definir a própria opinião em um sentido ou em outro. Em outra conceituação, é a decisão, juízo e, portanto, decreto ou ordem. Nesse sentido, essa palavra foi entendida na Antigüidade (CÍCERO, *Acad.*, IV, 9; SÊNECA, *Ep.*, 94) para indicar as crenças fundamentais das escolas filosóficas, e depois usada para indicar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias fundamentais da fé. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 292-293).

<sup>208</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 22, n. 87, p. 63-69, jul.-set., 1997, p. 64.

<sup>209</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 286.

<sup>210</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 40.

<sup>211</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? **Revista do instituto de hermenêutica jurídica**. V. 1, n. 6, p. 131-148. Porto Alegre, 2008, p. 137.

<sup>212</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 35.

<sup>213</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 250.

manifestação. O processo como instituição, ao contrário, ao romper a barreira de um modelo constitucional de processo, de cujas características gerais estruturadas por Andolina e Vignera foram adotadas, é que legitima e constitucionaliza a jurisdição. Conforme Rosemiro Pereira Leal:

Portanto, há de se compreender em Andolina e Vignera uma *jurisdição civil* de juízes histórica e subjetivamente tutores e tutelares [...] comprometidos com a resolução de conflitos de direitos subjetivos alegadamente lesados ou ameaçados [...] e não uma “jurisdição” democraticamente expressa e advinda dos conteúdos normativos criadores de direitos para os que nada tinham e (ou) nada teriam e já constitucionalmente antecipados e tutelados a exigirem pronto cumprimento (satisfação). Quando falamos que “ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada” (LEAL, 2006<sup>a</sup>, p. 98-99), não se afirmou que Andolina e seus seguidores trabalham “processo” como instituição, mas que, ao sustentar o processo como “modelo”, Andolina faz uma desenvoltura ainda deficiente a exigir uma enunciação institucionalista do processo fora das concepções de “*Justiça Civil*”, o que se oferece na teoria neoinstitucionalista do processo.<sup>214</sup>

Percebe-se que o processo tinha comprometimento com a resolução de conflitos em uma perspectiva por uma jurisdição civil, o que não é de forma alguma nenhum demérito, até porque o processo não era trabalhado como instituição constitucionalizada como os estudos desenvolvidos atualmente, mas como modelo.

### 3.2 O processo como instituição da legitimidade do direito

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, revoga com qualquer aspiração republicana, quando categoricamente profere que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito. Entendemos que o modelo constitucional estacionou no Estado Social (comunitarista), o que gera paradoxo ao se afirmar que esse modelo é base de um direito democrático.

André Luís Del Negri ensina que a expressão denominada modelo constitucional do processo foi, por Ítalo Augusto Andolina, em torno de 1990, concebido através de estudos em conformidade “com a qualidade jurídica dos princípios processuais expressos na Constituição Republicana de 1947”<sup>215</sup>, por um movimento constitucionalista, a partir da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), que passou a estabelecer o processo como garantia constitucional.

<sup>214</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 286.

<sup>215</sup> DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 102.

O modelo constitucional para Ítalo Augusto Andolina ainda concebe o processo como instrumento a serviço do Estado Constitucional, portanto, a serviço de uma jurisdição que ainda se encontra estacionado nos Estados já superados, quais sejam, Liberal e Social de Direito. Verifica-se esse posicionamento quando afirma que “O processo coloca-se, também, como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsora) dos modelos de ‘jurisdicionalidade plena’ delineados pela Constituição”<sup>216</sup>.

Por esse entendimento de uma plenitude da “judicialidade – o que impropriamente se chama de jurisdicionalidade ou jurisdição – [...]”<sup>217</sup>, prevalece o arbítrio que pressupõe o poder sem limites, entendendo-se que os limites não têm significação quando podem ser rompidos pelos que detêm o poder, sempre na justificativa de uma pretensa segurança.

O modelo constitucional não pode, pelas avançadas pesquisas científicas que buscam identificar a democracia no plano instituinte da lei, ser considerado o alicerce para o propósito de um controle democrático de um direito que ainda não conseguiu romper a instrumentalidade dos paradigmas Liberal e Social, por cuja compreensão constitucionalista de processo destaca a natureza “liberalizante e comunitarista que esta mantém, ao não disponibilizar uma teoria processual que confira fundamento à constitucionalidade democrática de direito; [...]”<sup>218</sup>.

Por isso a análise crítica que deve ser feita quando Jürgen Habermas<sup>219</sup> apresenta em seus estudos uma teoria procedimental do Estado Democrático de Direito, porque para ele “os dois paradigmas jurídicos mais bem sucedidos na história do direito moderno são, respectivamente, o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social (welfare state)”<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 22, n. 87, p. 63-69, jul.-set., 1997, p. 65.

<sup>217</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 137.

<sup>218</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 34.

<sup>219</sup> Jürgen Habermas expõe a tensão entre liberalismo e republicanism no texto “Três Modelos Normativos de Democracia”. Delineia uma visão procedimentalista de democracia e política deliberativa que se distingue tanto do paradigma liberal quanto do republicano, ainda que utilize alguma(s) característica(s) dos dois. Conforme Habermas, o processo democrático, no liberalismo, se realiza exclusivamente sob a forma de acordos entre interesses divergentes. A condição de cidadão é determinado por direitos negativos com o propósito de proteção contra a intervenção do Estado. No modelo republicano, manifestam-se as liberdades positivas. De acordo com o filósofo, (p. 115) “a formação democrática da vontade se dá sob a forma de um discurso ético-político. Neste caso, a deliberação conta com um consenso de fundo estabelecido culturalmente e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos”. Apresenta uma nova proposta baseada nas condições de comunicação através das quais o processo político alcança resultados racionais por ser realizado de forma deliberativa, o que é resolvido após uma discussão.

<sup>220</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 107.

Pelo modelo procedimentalista ou discursivo, Jürgen Habermas apresenta um fórum público de discussões, onde estará assegurada a participação direta do povo como um todo na construção de um Estado Democrático. Se partir dessa proposta, o exercício da soberania popular estará garantida com o povo titular e executor do poder constituinte originário.

Mas o documento produzido pelo legislador constituinte, a Constituição, somente será legitimada se reproduzir o consenso pela sanção popular. O mito do poder constituinte originário continuará prevalecendo, haja vista que estará forjando uma democracia em planos constituinte e constituído do direito, sem interrogação da legitimidade da lei, que se opera na sua origem no nível instituinte (produção da norma).

Não somente isso, mas quando se depara com argumentos de que o processo garantido em um modelo constitucional é a base do direito democrático, o que se defende é a jurisdição constitucional e a continuação do pragmatismo dos Estados Liberal e Social de Direito, ou seja, a manutenção da tópica, que “corresponde ao conhecimento por imagem porque tem como ponto de partida o *sensus communis* (senso comum) e as opiniões aceitas de todos, [...]”<sup>221</sup>.

Theodor Viehweg resgata a tópica de Aristóteles, extremamente autoritária, para a dogmática jurídica do século XX com a finalidade de prolongar uma suficiente teoria da prática, do costume, “como uma técnica que opera – topicamente – dentro do sistema jurídico e que se opõe ao pensar investigador”<sup>222</sup>, o que no Estado instrumentalista (processo como instrumento da jurisdição), “dando seguimento histórico à ‘legalidade de dominação’”<sup>223</sup>, predomina. Conforme relata:

[...] a jurisprudência teria de ser entendida como um procedimento de discussão de problemas que, como tal, é objeto da Ciência do Direito (3). A tentativa seria então, a de permanecer consciente disto em todos os seus pormenores, configurando este procedimento do modo mais claro e completo e o mais possível conforme à sua natureza. Para isto, seria imprescindível ao menos levar a tópica em conta e tentar desenvolver uma suficiente teoria da praxis (4).<sup>224</sup>

Margarida Maria Lacombe Camargo diz que no início do século XX surge um movimento de natureza crítica, que tem por finalidade encerrar o predomínio da dogmática jurídica tradicional, chamando-o de pós-positivismo. Para ela, esse novo movimento crítico trata da racionalidade de um novo saber concreto que trabalha com valores conferindo,

<sup>221</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 46.

<sup>222</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 69.

<sup>223</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163.

<sup>224</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 18.

segundo suas afirmações, “algum nível de objetividade às decisões judiciais, de forma a submetê-las a uma instância de conhecimento e controle”<sup>225</sup>.

O que não fica claro é que instância de conhecimento e controle seria essa. Margarida Lacombe afirma que o pós-positivismo é um momento de reação ao legalismo. E que este abre-se em duas vertentes, sendo uma delas que comportam teorias que se fundamentam antes na realidade do intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica. Seus representantes seriam Friedrich Müller e Peter Häberle.

A outra vertente tem como representantes, conforme Lacombe, autores como Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy. Estes buscam na moral uma ordem valorativa, ainda de acordo com a professora, capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo por uma “relação entre direito e moral”<sup>226</sup>, através, como defende Habermas, do mecanismo de reflexão do agir comunicativo.

Em sua exposição, Margarida Lacombe refere-se aos topoi, estes se referindo à valores sedimentados culturalmente e como base para o raciocínio. Significa, para ela, ideias amplamente aceitas pelo auditório a que se destinam, e que essas ideias são aptas a garantir a adesão dos interlocutores. Com essas afirmações, percebe-se o quanto a dogmática jurídica, reinando soberanamente, exerce sua dominação, verificando-se “o culto a uma *técnica e ciência* dogmáticas do Direito [...]”<sup>227</sup>. Sobretudo quando alega que:

A tópica tornou-se referência obrigatória na filosofia do direito da segunda metade do século XX. Poderíamos afirmar, inclusive, que com a retomada da tópica aristotélica no direito moderno, por meio de Viehweg, a partir da década de 50, verificou-se um deslocamento radical do eixo da discussão metodológica, até então fixado sobre o formalismo sistemático de índole lógico-dedutivo em que repousa o positivismo jurídico.<sup>228</sup>

Compartilhando da mesma visão de Habermas, de que a formação da democracia se efetiva ao abrigo e elaboração de um discurso ético-político, consensualmente estabelecido e compartilhado pelo conjunto dos cidadãos, Álvaro Ricardo de Souza Cruz sustenta que “Habermas (1997) constrói uma teoria da sociedade que se sustenta sob um novo arquétipo da

<sup>225</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 136.

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 139.

<sup>227</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o dever processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 106.

<sup>228</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

legislação, que extrai sua legitimidade da forma discursiva de sua normatização, na qual o direito de participação permite com que os indivíduos sintam-se seus coautores”<sup>229</sup>.

Tanto para Jürgen Habermas, quanto para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a democracia plena está legitimada pelo princípio da soberania popular, expressa pela vontade da totalidade dos cidadãos, que:

Em consonância com o republicanismo, a teoria do discurso dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, concebe os princípios do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião. A teoria do discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. Uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera público-política andam de mãos dadas com a imagem de uma sociedade descentrada.<sup>230</sup>

A constituição, nesse sentido, torna-se ponto de partida de técnicas que conduzam o procedimento de exteriorização do pensamento, conhecimento e argumentação, possibilitando, dentro de certa margem, que se “escute” o texto e a ele se façam perguntas. Com isso “o normativismo se perde, por consequência, numa ficção, incapaz de eliminar a questão da soberania, que, nominalmente do mundo do direito, retorna por vias apócrifas”<sup>231</sup>.

Por isso que a produção das leis tem que ser anterior à constituição, pelo nível instituinte do Direito, desmistificando assim o poder constituinte originário onde as leis passam a ter vigência a partir da Constituição escrita, forma kelseneana que não demarca o real significado da democracia. Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho:

Kelsen, em *Théorie purê Du droit*, define lei fundamental no sentido formal, como o documento qualificado de Constituição que, sendo escrita, contém não somente as normas que regulam a criação das normas jurídicas gerais, isto é, a legislação, mas igualmente os princípios e preceitos que se referem a outros objetos politicamente importantes. São disposições, através das quais as normas contidas nesse documento não podem ser ab-rogados ou modificados da mesma maneira que as leis ordinárias, mas somente por procedimento particular, que estabelece dificuldades para sua utilização.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 233.

<sup>230</sup> HABEMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da escola do legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, jan./jun. p. 105-121, 1995, p. 117.

<sup>231</sup> FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada**. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 36.

<sup>232</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79.

Identifica-se com isso, dois modelos de Estado, quais sejam, liberal, centrado na divisão de poderes de inspiração democrático-elitista, com expressividade da práxis (prática) judicial pouco comprometida com outro sentido de justiça que não seja a repetição de decisões reprodutoras no direito, e social, no qual todo aparato estatal se sobrecarrega com tarefas dirigidas à promoção do bem-estar, cabendo ao intérprete-juiz um papel significativo nesse processo permitido pelo reconhecimento de um amplo espaço para sua discricionariedade, ora pela abertura semântica do texto (no positivismo de Kelsen<sup>233</sup>), ora como elemento imanente à própria função jurisdicional (na tópica).

Nesses dois modelos, impera a dogmática constitucional onde há a “proibição de perquirir as ‘origens do poder constituinte originário’”<sup>234</sup>, bem como a preservação de uma dominação autoritária e ideológica, porque, conforme Rosemiro Pereira Leal:

A tópica, nesse patamar, como técnica de utilização da ideologia com base nos *topoi* (pontos de vista, opiniões correntes, costumes, lugares comuns), é que vai fornecer aos decididores os argumentos e os raciocínios possíveis para a resolução de problemas em bons níveis de aceitabilidade pelo povo. O importante, nesses sistemas, é manter o povo sempre iludido, já que os *topoi* podem estar ou não contidos nas normas do direito formulado. Transita-se, como foi dito, do dever-ser (semasiologia) para o ser (onomasiologia) e vice-versa para evitar as aporias jurídicas (lacunas, antinomias, o *dubium*).<sup>235</sup>

Significativo o reverenciamento de juristas no Brasil e no mundo da supremacia da Constituição, isso porque ainda prevalece, majoritariamente, o poder constituinte originário, através do qual é criada a constituição e pela qual são originadas as leis, bem como democracia e direitos fundamentais daquela derivam. Nesse sentido, o processo, no modelo constitucionalista, longe de ser democrático, mantém-se em uma jurisdição constitucional.

Na atividade constitucional do juiz, no Estado dogmático, este não se priva de seu papel de garante da Constituição. A concessão do autoritarismo forjada pelo poder constituinte originário prevalece como risco para o Estado Democrático de Direito, e como já descrito por Carl Schmitt, “O *ethos* do Estado jurisdicional consiste em o magistrado julgar

---

<sup>233</sup> Hans Kelsen, mencionando o poder do Estado como eficácia do ordenamento jurídico, assim se expressa: “a identidade do Estado e do direito, que o direito, o positivo, o direito que não se identifica com a justiça, é exatamente o mesmo ordenamento coercitivo que aparece ao conhecimento como Estado, que não fica encravado em imagens antropomorfas, mas que passa pelo véu da personificação para as relações reais entre as pessoas, sendo então decididamente impossível justificar o Estado através do direito. Assim também é impossível justificar o direito pelo direito quando essa palavra não for utilizada ora no sentido do direito positivo, ora no sentido de direito justo ou justiça. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 179).

<sup>234</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 45.

<sup>235</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 52.

diretamente em nome do Direito e da Justiça, sem que lhe sejam transmitidas ou impostas normatizações dessa Justiça por meio de outros poderes políticos não judiciários”<sup>236</sup>.

A autoridade jurisdicional, como dizia Montesquieu, é não apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. A autoridade investida no poder de julgar exerce a legalidade orientada pela Constituição, mas com suas decisões dominadas não pela imparcialidade de regras de aplicação, mas pela força de seus pré-conceitos, pelas suas eventuais simpatias e predileções, pela sua livre interpretação, bem como pelas suas convicções. Sem controle que possa impedir o exercício de manifestação do poder ilimitado, não há como instalar um Estado Democrático de Direito, sobretudo “praticar uma *democracia* cujo conteúdo não esteja mais na razão natural dos votantes (decisores) ou de seus representantes, sequer no bom-senso dos julgadores ou nos ‘destinos’ da história”<sup>237</sup>.

No que toca à interpretação da Constituição, é interessante observar que a autoridade pública encarregada da guarda e do controle da Constituição (e o conseqüente poder de interpretar) tem variado muito de natureza segundo os regimes. Em certos regimes, como os das Constituições francesas de 1830 e 1848, e o da grega de 2 de junho de 1927), a guarda e o controle da Constituição ficam a cargo dos próprios cidadãos. Em outros regimes, o controle é confiado ao Chefe de Estado, como se dá na Constituição de Weimar (virtualmente revogada pelo regime nazista).<sup>238</sup>

Desprovido de legitimidade, todo poder não tem senão limites aparentes, certo que as fronteiras reais se fixam nas forças manifestas (ostensivas) ou àquelas que se mantêm na obscuridade que o manipulam. Nestas condições, toda lei depende de uma condição oculta, que a pode desfazer ou criá-la, mesmo em nível constitucional, e nesse caso pela manobra, pelo mito do poder constituinte originário.

A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. E o Poder Constituinte originário, por sua natureza jurídica ainda existente quando de sua criação na queda do antigo regime francês, situa-se no campo do pré-jurídico, com o objetivo de elaborar o ordenamento jurídico, onde o direito surgiria com a própria Constituição.

Tentativas de pensar a conservação do poder constituinte certamente não faltam no nosso tempo e tornaram-se familiares através do conceito trotskista de “revolução permanente” e daquele maoísta de “revolução ininterrupta”. Mesmo o poder dos conselhos (que nada impede de conceber estável, ainda que de fato os poderes revolucionários constituídos tenham feito tudo para eliminá-lo) pode ser

<sup>236</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade de legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 7. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

<sup>237</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 135.

<sup>238</sup> SILVEIRA, Alípio. **O fator político – social na interpretação das leis**. São Paulo, 1946, p. 304.

considerado, nesta perspectiva, como uma sobrevivência do poder constituinte no poder constituído. Mas até mesmo os grandes liquidatários dos conselhos espontâneos, o partido leninista e o nazista, apresentam-se de qualquer modo como a conservação de uma instância constituinte ao lado do poder constituído. A característica estrutural “dual” dos grandes estados totalitários do nosso século [século XX] (União Soviética e Alemanha nazista), que tem dado tanto pano para manga aos historiadores do direito público, porque nela o Estado-partido se apresenta como uma duplicata da organização estatal, surge, deste ponto de vista, como uma interessante, ainda que paradoxal, solução técnico-jurídica para o problema do poder constituinte.<sup>239</sup>

Por isso os riscos para a legitimidade democrática, sendo esta, em um Estado Democrático de Direito, há que ser construída a partir do plano instituinte do Direito voltado à “estabilização do princípio do discurso pela demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica [...]”<sup>240</sup> e não posteriormente à Constituição, no plano constituído da norma.

A jurisdição é a manifestação do poder da autoridade, cujos “atributos que transcendem o conceito de poder é o seu momento de *crença* na legitimidade (*Legitimitatsglaube*)”<sup>241</sup>, e o processo não deve mais ser instrumento de uma jurisdicionalidade com pretensões de promover garantias processuais constitucionalizadas, pela insistente continuação de um Estado constitucional que se realiza em espaço indemarcado, não oferecido à crítica.

---

<sup>239</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 48-49.

<sup>240</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 170.

<sup>241</sup> FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte**: a legitimidade recuperada. 5ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 46.

#### 4 PODER, FUNÇÃO E SISTEMA JURÍDICO

O Estado<sup>242</sup> moderno, base do poder político, resultante da organização das relações sociais (poder) através de procedimentos técnicos preestabelecidos (instituições, administração), úteis para a prevenção e neutralização dos casos de conflito e para o alcance dos fins terrenos que as forças dominadoras na estrutura social reconhecem como próprias e impõem como gerais a toda coletividade, “nasceu de uma estrutura absolutista”<sup>243</sup>.

Seu conceito não é universal, haja vista que “A razão de ser do Estado abarca não só o seu significado passado, mas também a sua natureza presente em termos de uma explicação real e não-conjetural ou justificativa **post factum** das suas origens”<sup>244</sup>, mas cuida para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgido na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia, e que após um determinado período se estendeu a todo o mundo civilizado.

---

<sup>242</sup> Conforme o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, Estado é “Em geral, a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra E. deve-se a Maquiavel (*O príncipe*, 1513, § 1). Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1ª a concepção *organicista*, segundo a qual o E. é independente dos indivíduos e anterior a eles; 2ª a concepção *atomista* ou *contratualista*, segundo a qual o E. é criação dos indivíduos; 3ª a concepção *formalista*, segundo a qual o E. é uma formação jurídica. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos. 1ª A concepção *organicista* funda-se na analogia entre o E. e um organismo vivo. O E. é um homem em grandes dimensões; suas partes ou membros não podem ser separados da totalidade. A totalidade precede portanto as partes (os indivíduos ou grupos de indivíduos) de que resulta; a unidade, a dignidade e o caráter que possui não podem derivar de nenhuma de suas partes nem do seu conjunto. Essa concepção do E. foi elaborada pelos gregos. Platão considera que no E. as partes e os caracteres que constituem o indivíduo estão “escritos em tamanho maior” e, portanto, são mais visíveis (*Rep.*, II, 368 d); assim, começa a determinar quais são as partes e as funções do E. para proceder depois à determinação das partes e das funções do indivíduo (*Jbid.*, IV, 434 e). Este é um modo de exprimir a prioridade do E.: a estrutura do E. é a mesma estrutura do homem, porém é mais evidente. (...). Para a concepção atomista ou *contratualista*, o E. é obra humana: não tem dignidade nem caracteres que não lhe tenham sido conferidos pelos indivíduos que o produziram. Foi essa a concepção dos estóicos, que consideravam o E. como *respopuli*. Diz CÍCERO: “O E. (*respublica*) é coisa do povo, e o povo não é qualquer aglomerado de homens reunido de uma forma qualquer, mas uma reunião de pessoas associadas pelo acordo em observar a justiça e por comunidade de interesses” (*De rep.*, I, 25, 39). (...). 3ª As duas concepções precedentes de E. têm em comum o reconhecimento do que os juristas hoje chamam de aspecto *sociológico* do E., ou seja, sua realidade social; o E. é considerado, em primeiro lugar, como comunidade, como um grupo social residente em determinado território. Essa concepção fundamentou a descrição de E. formulada por juristas e filósofos do séc. XIX (qualquer que fosse seu conceito filosófico de E.), de que o E. tem três elementos ou propriedades características: *soberania* ou poder preponderante ou supremo, *povo* e *território*”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 364-365).

<sup>243</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

<sup>244</sup> GILES, Thomas Ransom. **Estado, poder, ideologia**. São Paulo: EPU, 1985, p. 6.

#### 4.1 Correlações lógicas entre poder e funções do Estado

As lutas religiosas que afligiram a Europa nos séculos XVI e XVII devem ser consideradas como matrizes e pontos necessários de passagens da nova forma de organização do poder expressamente político. O drama dessa origem é enaltecido pelo fato de que o conflito religioso encontrou, por fim, sua solução – realçado na França e na Inglaterra – não no triunfo de uma fé sobre a outra, mas na superação das pretensões de fundar um poder sobre uma fé. Nesse sentido:

A História Moderna [...] estende-se da crise do sistema feudal (século 15) ao advento do capitalismo industrial (século 18). Nesse período, a partir do século 16 o *mercantilismo* dominou a vida econômica, social e cultural. Tal política foi decisiva para ajudar na consolidação dos Estados europeus atlânticos. Ela se opunha às tendências particularistas dos feudos e das cidades e também às tendências políticas universalistas da Igreja e do Sacro Império Romano-Germânico. O *absolutismo* (ou melhor, as monarquias absolutistas) surge como um poder político fortemente centralizado, servido em cada Estado por uma rígida administração de funcionários civis e militares, a serviço da Coroa. Essas foram as características dominantes do *Estado moderno*, agente principal do capitalismo comercial, denominado do novo sistema econômico mundial posterior ao feudalismo.<sup>245</sup>

Logo que o Estado – o príncipe, “soberano no poder absoluto sobre a sociedade e seus componentes”<sup>246</sup>, e seu aparelho de poder – se tornou monopolista na esfera pública, os seus interlocutores diretos não foram mais as categorias, mas os indivíduos, estes súditos em cada esfera da sua vida privada.

A religião cessa de ser parte integrante da política. Esta última se justifica, agora, a partir de dentro, para os fins a que é chamada a realizar, que são os fins terrenos, materiais e existenciais, do homem: em primeiro lugar a ordem e o bem-estar. Nesse processo de mudança, percebe-se o papel desenvolvido pelos chamados argumentos necessários para o nascimento da nova forma de organização do poder, “exercitado de forma degenerada, arbitrária e abusiva”<sup>247</sup> e em algumas situações através do exercício monopolístico do poder, até os dias atuais pelo “jogo de ideologias de dominação historicamente engendradas”<sup>248</sup>.

A unidade de comando e o seu exercício através de um corpo qualificado de auxiliares “técnicos” são exigências de segurança e de eficiência para os estratos de população que de

<sup>245</sup> MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Editora Moderna, 1986, p. 43.

<sup>246</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 92.

<sup>247</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 9.

<sup>248</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 145.

uma parte não conseguem desenvolver suas relações sociais e econômicas no esquema das antigas estruturas organizacionais. Essa é a estrutura que ainda prevalece, sendo uma forma de dominação, e conforme Max Weber, dominação legal de poder.

A burocracia constitui o tipo mais puro da dominação legal. Nenhuma dominação, todavia, é *exclusivamente* burocrática, já que nenhuma é exercida unicamente por funcionários contratados. Isso é totalmente impossível. Com efeito, os cargos mais altos das associações políticas ou são “monarcas” (soberanos carismáticos hereditários) ou “presidentes” eleitos pelo povo (ou seja, senhores carismáticos-plebiscitários) ou são eleitos por um colegiado parlamentar cujos senhores de fato não são propriamente os seus membros mas os chefes, seja carismáticos, seja de caráter dignitário (*honoratiores*), dos partidos majoritários. Tampouco é possível encontrar um quadro administrativo que seja de fato puramente burocrático. Costumam participar na administração, sob as formas mais diversas, dignatários (*honoratiores*) de um lado e representantes de interesses por outro (sobretudo na chamada administração autônoma). É decisivo todavia que o trabalho rotineiro esteja entregue, de maneira predominante e progressiva, ao elemento burocrático. Toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a moderna burocracia e da empresa burocrática, da mesma forma que toda a evolução do grande capitalismo moderno se identifica com a burocratização crescente das empresas econômicas. As formas de dominação burocrática estão em ascensão em todas as partes.<sup>249</sup>

Desde a sua pré-história, o Estado se apresenta diretamente como a rede por meio de conexões do conjunto de relações coletivas, sobretudo, unificadas no momento político da gestão do poder. Mas é só com a fundação política do poder, que se seguiu às lutas religiosas, que as novas características do Estado, quais sejam, finalidade e racionalidade, se fundam para dar a este último a imagem moderna de única e unitária estrutura organizativa formal da vida associada, de autêntico aparelho da gestão do poder, operacional em processos cada vez mais próprios e definidos, onde “se exerce a *violência física legítima*, cujo monopólio Max Weber considera necessário à própria existência do Estado Moderno”<sup>250</sup>.

A história do surgimento do Estado moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal se chega ao Estado concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder, “com base em ideologia que prevalece nas autocracias contemporâneas”<sup>251</sup>, e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais. É a fundação mundana (terrena) do poder concentrado, totalitário e absoluto.

<sup>249</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. v. 13. (Série Grandes cientistas sociais).

<sup>250</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

<sup>251</sup> FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 19.

Sua fase inicial é caracterizada pela unidade territorial e pela emergência de uma instância de poder tendencialmente hegemônico na figura do príncipe e também pela presença de uma valiosa organização das forças sociais tradicionais, em dois planos, estreitamente afins, o da decisão e o da administração, tendo “o poder de mando, que se vinha exercendo como um direito do indivíduo, fosse expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e depois, do Estado”<sup>252</sup>. O elemento fortalecedor do dualismo constitucional que daí resulta é principalmente constituído pelo financeiro que desde o início se apresenta como um dos mais sólidos fios condutores da experiência estatal moderna.

O Estado moderno europeu é uma forma de organização do poder historicamente determinada, na medida em que havia uma progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que terminava por compreender o âmbito completo de relações políticas. Rosemiro Pereira Leal expõe que “O Estado, desde Maquiavel, é instrumento mítico de afirmação de grupos [...] que fazem o rodízio do poder [...]. Esse fato ficou patente a partir do século XVIII, com a Revolução Francesa (1789) e da Revolução Inglesa (1740), e que, no século XX, mostrou clareza solar”<sup>253</sup>.

Aperfeiçoados e reforçados, os traços essenciais do Estado moderno corresponderam ao progressivo caráter técnico assumido pelo Governo e pela administração, à qual se tinha reduzido toda a carga de neutralidade que desde o início havia caracterizado a experiência estatal como monopólio político. Esse fenômeno se enquadrava em um processo mais geral de formalização do próprio Estado pela indispensabilidade da norma jurídica.

Sujeitou-se à uma ordem jurídica, com a passagem da legitimidade para a esfera da legalidade e dessa forma assinalando uma fase ulterior do Estado moderno, qual seja, a do Estado de direito, e deste para o Estado constitucional “em consequência do marcante e crescente constitucionalismo desenvolvido a partir dos processos constituintes americano e francês [...], de sorte a justificar o surgimento de um Estado vinculado ao direito”<sup>254</sup>.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias demonstra com os estudos realizados, que a Constituição foi concebida como a lei do Estado, este subordinado às regras do direito, e que a ocorrência do chamado constitucionalismo identifica-o por inovadora e importante qualidade. Ao contrário do que afirmam muitos constitucionalistas<sup>255</sup>, com a promulgação da

---

<sup>252</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 122.

<sup>253</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico**: soberania e mercado mundial. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 88.

<sup>254</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 7, n. 13 e 14, 1º e 2º sem., p. 150-163. Belo Horizonte, 2004, p. 154-155.

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de**

Constituição Federal de 1988, o Brasil não optou por uma república constitucional, esta revogada pelo seu artigo 1º, mas expressamente pela implantação do Estado Democrático de Direito.

A estrutura constitucional autoriza o exercício do poder ao Estado, mas a atividade deste não pode ser compreendida à margem do direito, sobretudo em um Estado Democrático. Isso significa, e de forma equivocada constar no art. 2º da Constituição Federal Brasileira, que não se pode “sugerir a idéia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado”<sup>256</sup>.

Quase em sua totalidade, o “jurista historicista (dogmático)”<sup>257</sup> (constitucionalistas e processualistas), ainda se apegava à expressão “princípio da separação dos poderes” do Estado, como se compreende do célebre artigo XVI da Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, mencionando Montesquieu como um dos seus formuladores.

[...] formulações teóricas acerca das funções jurídicas do Estado vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela esmagadora maioria dos mais renomados publicistas, em substituição à decrépita teoria da *separação* ou *tripartição* dos poderes estatais – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Tal teoria é atribuída com certa deturpação de seu enfoque original a Montesquieu, o qual, por sua vez, inspirou-se nas idéias de Locke. Porém, de qualquer forma, embora os doutrinadores, sobretudo os processualistas, em maioria, não percebam, a esclerosada e deturpada teoria da tripartição dos poderes restou revisada por importantes manifestações doutrinárias produzidas nos últimos cem anos e amplamente criticada, por sugerir a idéia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado. Tal aspecto suscitou a moderna posição doutrinária tendente à substituição da expressão *separação dos poderes do Estado* pela locução *separação das funções do Estado*.<sup>258</sup>

O Estado é limitado pelo direito porque o poder, sendo o político uma de suas manifestações, é juridicamente condicionado pelo direito que o legitima, porque, como ensina Brêtas, “Com freqüência [...], e a história da humanidade assim tem revelado, o poder político desponta exercido com abuso, sem moderação, sendo necessário restringi-lo e limitá-lo pelas regras e princípios do direito”<sup>259</sup>.

---

**direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

<sup>256</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 66.

<sup>257</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 146.

<sup>258</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de Direito.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 14.

<sup>259</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do direito político. **Revista do instituto dos advogados de Minas Gerais – nova fase.** N. 8, p.107-122. Belo Horizonte, 2002, p. 109-110.

Há uma correspondência (identidade) entre poder e as funções do Estado. Mas não se deve atribuir a este, qual seja, o Estado, poderes acima da Constituição, porque esta é concebida como a lei daquele e do seu poder. No Estado Democrático de Direito,

As **instituições jurídicas**, como súpula estrutural do princípio, regra, norma e dos institutos jurídicos, aglutinam-se, em suas múltiplas modalidades, para criarem pelo Direito Formulado o discurso básico do ordenamento jurídico nacional. Quando se fala que o poder do Estado é originário, não se pretende afirmar, como muitos entendem, que o Estado justifica-se por si mesmo, porque, ainda no ensinamento de Santi Romano, é a **ordenação jurídica** que atribui ao Estado o poder soberano. Então “a característica do Estado é encontrada mais direta e completamente no caráter de tal ordenação do que num dos tantos poderes que nele encontram seu fundamento”. Observa o mesmo autor que não são mais satisfatórias as teorias que: a) – atribuem ao Estado de modo específico o poder de império; b) – cometem às pessoas que nele governam o poder de impor o próprio querer; c) – acham que o Estado é a única fonte do direito; d) – entendem que a solução dos problemas do Estado está nos próprios fins especificados para o Estado.<sup>260</sup>

O poder pelo poder é um modo deturpado do exercício de qualquer forma de poder. Muito embora os revolucionários franceses se insurgirem contra o poder absoluto do antigo regime, processo que teve como uma de suas finalidades principais a transformação política do Estado soberano, mesmo afirmando que o povo era o titular da soberania, criou-se e mantém até os dias atuais a expressão “Poderes do Estado”, o que já se encontra há muito arcaica, haja vista que nas sociedades modernas tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito, a única fonte de poder é o povo.

#### 4.2 Os limites da linguagem normativa e a institucionalização do processo

A análise jurídica tradicional teve, quanto ao papel da norma, oferecer, na sua descrição teórica pelo “*dogma historicista*”<sup>261</sup>, a solução para os problemas jurídicos, encontrando respostas na integralização do sistema jurídico e o intérprete desempenhando uma função técnica do conhecimento, bem como de formulação de juízos de fato. A norma jurídica ainda é vista como “*uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”<sup>262</sup>.

No modelo convencional, por meio de “teorias dogmáticas”<sup>263</sup>, as normas são deduzidas como regras, como enunciados de condutas a serem seguidos (pragmatismo)<sup>264</sup>, por

<sup>260</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico**: soberania e mercado mundial. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 10-11.

<sup>261</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 146.

<sup>262</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

<sup>263</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba:

meio de linguagens estrategicamente definidas com a única finalidade de manutenção do poder, seja este legal ou tradicional porque “De acordo com a ‘máxima pragmática’, o significado de um conceito deve ser dado pela referência às consequências ‘práticas’ ou ‘experimentais’ de sua aplicação [...]. Assim, a abordagem dos pragmatistas à verdade era a de perguntar que diferença faz se uma crença é verdadeira”<sup>265</sup>. Com isso uma teoria da decisão jurídica está ainda para ser feita, cujo fenômeno é quase sempre analisado parcialmente, disperso nos quadros da dogmática jurídica.

O pragmatismo ressalta no discurso normativo que normas jurídicas são decisões pelas quais são estabelecidos controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. Dessa forma, os discursos normativos de concepções pragmáticas constituem sistemas de controles de expectativas no sentido de que as partes, no dizer e contradizer, estão em um processo constante de imposição da definição das suas interpretações, vale dizer, imposição da valoração ideológica, o que não se fundamenta no Estado Democrático de Direito.

Com o avanço do direito constitucional, que imediatamente após a segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX redefiniu o lugar da Constituição, as proposições ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias, porém ainda encarcerado em “uma *maldição* inescapável da linguagem para os que inventaram e praticam a linguagem jurídica, apontando-se como única saída para a construção dos sentidos jurídicos o *saber* dos decisores de *bom-senso* e sua arguta sensibilidade e talento”<sup>266</sup>. Dessa forma, quanto à atribuição da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo.

---

CRV, 2012, p. 62.

<sup>264</sup> O termo pragmatismo decorre da tradição, o seguir regras. De acordo com o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, “Esse termo foi introduzido na filosofia em 1898, por um relatório de W. James a *Califórnia Union*, em que ele se referia à doutrina exposta por Peirce num ensaio do ano 1878, intitulado “Como tomar claras as nossas idéias”. Alguns anos mais tarde, Peirce declarava ter inventado o nome P. para a teoria segundo a qual “uma *concepção*, ou seja, o significado racional de uma palavra ou de outra expressão, consiste exclusivamente em seu alcance concebível sobre a conduta da vida”; dizia também que preferia esse nome a *praticismo* ou *practicalismo* porque, para quem conhece o sentido atribuído a “prático” pela filosofia kantiana, estes últimos termos fazem referência ao mundo moral, onde não há lugar para a experimentação, enquanto a doutrina proposta é justamente uma doutrina experimentalista. (...). O P. *metodológico* não pretende definir a verdade ou a realidade, mas apenas um procedimento para determinar o significado dos termos, ou melhor, das proposições. (...). A concepção de P. *metafísico* encontrasse em W. James e em F. C. S. Schiller; suas teses fundamentais consistem em reduzir verdade a utilidade, e realidade a espírito. (...). (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 784).

<sup>265</sup> HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 140.

<sup>266</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 149.

Jürgen Habermas<sup>267</sup> atribui ao texto normativo no processo democrático legitimidade pelo fato de preenchimento das condições que levam a formação de opiniões por vontades discursivas, bem como entender que direitos fundamentais liberais são inerentes a uma institucionalização legal. Manifesta-se, dessa forma:

A tarefa central é a de esclarecer por que o processo democrático vale como um procedimento de uma normatização legítima: enquanto ele preencher as condições de uma formação de opiniões e vontades inclusa e discursiva, ele fundamenta uma suposição da aceitabilidade racional das conseqüências; e por que a democracia, no processo de elaboração de uma Constituição, delimitam-se mutuamente a partir de uma mesma fonte: a institucionalização jurídica do procedimento de normatização democrática exige a garantia concomitante dos direitos fundamentais políticos e liberais.<sup>268</sup>

A criação do direito, pela ciência jurídica dogmática, baseada “no senso comum e ao solipsismo metódico da tradição”<sup>269</sup>, e conseqüentemente das normas jurídicas, pode ocorrer por repetição ou por decisão. No primeiro caso consistir-se-á pelo costume, da criação de uma norma em razão de uma prática reiterada. No segundo caso, qual seja, por decisão, haverá um ato de vontade, por um Estado judicial como “garante de direito”<sup>270</sup>, portanto, a norma ditada pela autoridade de um contínuo domínio do Estado soberano por uma dogmática jurídica contemporânea. Prepondera no Brasil o segundo caso, pelo qual “Enuncia-se a vontade imperativa da autoridade e não a verdade ou falsidade normativa em si mesma da norma concebida em concepções da lógica clássica”<sup>271</sup>.

Na tradição da ciência jurídica, o direito positivo, ou positivismo, de inspiração kelseniana, considera o Estado como fonte central de todo o direito e a lei sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, com pretensão de

<sup>267</sup> Conforme informações da redação do Cadernos Mais do jornal Folha de São Paulo, “Em 19 de janeiro de 2004, um inusitado debate reuniu, de um lado, um dos pensadores mais influentes da atualidade e, de outro, um teólogo de peso, que, pouco mais de um ano depois, se tornaria o sucessor de João Paulo 2º. O encontro do filósofo Jürgen Habermas e do cardeal Joseph Ratzinger, atual papa Bento 16, ocorreu na Academia católica da Baviera, em Munique, no qual se discutiram ‘as bases pré-políticas e morais do Estado Democrático’. Saudado como o confronto entre o filósofo da ‘iluminação’ e o cardeal do dogmatismo, a discussão também tratou de temas como a complementaridade e a opinião entre razão e fé, a crítica ao capitalismo globalizado, a necessidade de uma base moral nas sociedades pluralistas e midiáticas. Ratzinger, especialmente, tratou da interculturalidade, renunciando uma das possíveis linhas de atuação de seu papado”. (HABERMAS, Jürgen. O confronto Habermas – Ratzinger: cisma do século 21. **Cadernos mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 de abril, p. 4-5, 2005, p. 4).

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. O confronto Habermas – Ratzinger: cisma do século 21. **Cadernos mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 de abril, p. 4-5, 2005, p. 4.

<sup>269</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84.

<sup>270</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26.

<sup>271</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 153.

“completude”, sendo a ciência do direito considerada “uma metalinguagem que fala sobre as normas”<sup>272</sup>.

Dessa forma, “à medida que para Kelsen o poder do Estado não é outra coisa senão a eficácia do ordenamento jurídico, a eficácia se identifica com a força, e Kelsen acaba introduzindo um elemento fático no seu conceito de direito”<sup>273</sup>. Isso implica uma concepção da ciência jurídica como simples repertório de dogmas, favorecendo a formulação da dogmática jurídica como um mero conjunto de normas. Como defende Kelsen, “O modo pelo qual essas regras devem ser entendidas é o da dogmática, isto é, elas deverão ser vistas como normas”<sup>274</sup>.

[...] na edição revista da *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen procede ao famoso *giro decisionista*, alterando o capítulo oitavo da obra dedicada à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão somente em razão da pronúncia, como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçado pela doutrina, e responde: azar da Ciência do Direito, é a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista. Kelsen buscara restringir a natureza aberta dos textos mediante a contribuição de uma ciência neutra, seu fracasso, no entanto, revela a ingenuidade com que buscou enfrentar o problema da linguagem.<sup>275</sup>

Percebe que para Kelsen, e sua doutrina permanece sólida para muitos cientistas (ideólogos) do Direito, a saída para a linguagem normativa termina por ser decisionista. Ao estabelecer um consenso em torno do monopólio da força assumida pelo Estado e ao condicionar os modos de pensar dos juristas, em sua maioria, e é o que ainda prevalece, o positivismo normativista tende à perpetuação, por “determinado tipo de Estado que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em *normatizações* que aspiram a ser Direito”<sup>276</sup>, redefinindo os problemas e as incoerências até então sem resposta, fornecendo-lhes soluções convincentes que “vedam a exeqüibilidade do projeto

<sup>272</sup> RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico. *Revista trimestral de direito público*, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 151.

<sup>273</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 107.

<sup>274</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

<sup>275</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49-50.

<sup>276</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidade de legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 2. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

democrático constitucionalizado, uma vez que obstam a investigação e a constante fiscalização do cidadão perante o Estado”<sup>277</sup>.

Anote-se que pelo discurso jurídico-enunciativo no modelo de Kelsen as enunciações descritivas, em estando no texto da lei, atende o princípio da reserva legal sem, entretanto, estabelecer os critérios de aplicação da **lei**. É esse aspecto do **positivismo jurídico** que, ao não escapar do sincretismo das lógicas na produção dos conteúdos normativos, entrega à **jurisdição**, por uma fundamentação última (intuição do pré-sentido da verdade ou das estruturas do mundo vivido) o monopólio da interpretação e aplicação das leis a reforçar o realismo hermenêutico do decisor hercúlio (principiologia moral) que faz um direito no vazio ou na ausência enunciativa da norma ou dentro ou à margem da norma legal pela mesclagem **autoridade-poder** que lhe é conferida em **lei**, tornando, assim, retóricas as críticas de Kelsen ao sociologismo.<sup>278</sup>

Da mesma forma que Kelsen, Max Weber defende conceitos de dominação fixados na crença no positivismo de concepção racional, esta tomada como única e onipresente, afirmando que “As formas de dominação burocrática estão em ascensão em todas as partes”<sup>279</sup>. O poder como monopólio do Estado por um dos três tipos puros de dominação legítima apresentados por Weber, qual seja, a legal, “em que a ‘linguagem normativa’ tem limites em si mesma”<sup>280</sup>.

As teorias positivistas, sobretudo a teoria kelseniana, que na realidade são ideologias, haja vista que não se permitem submeter à “discussão crítica”<sup>281</sup>, buscaram criar o ordenamento jurídico como sistema fechado (autopoiese)<sup>282</sup> de regras, de caráter meramente instrumental, com ausência de raciocínio crítico e problematizante, como estrutura para a legitimidade<sup>283</sup> das normas jurídicas por uma pressuposta base teórica linguística. Justifica-se

<sup>277</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 393.

<sup>278</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155.

<sup>279</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 130. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>280</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 45.

<sup>281</sup> POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 37.

<sup>282</sup> Na definição jurídica, autopoiese corresponde ao conceito de um sistema jurídico fechado e autossuficiente, ou seja, que não sofre a influência de outros sistemas ou subsistemas, sendo capaz de solucionar sozinho os conflitos que forem desencadeados em seu interior.

<sup>283</sup> Explicando a origem da palavra legitimidade, Diniz esclarece que “Em face de seu caráter evidentemente polissêmico, é problemático fixar um conceito unívoco de legitimidade. Como é de se supor, o termo legitimidade e seus equivalentes históricos não guardam unicidade, exceto quanto à idéia-mestra de justificação da dominação jus-política, ganhando ciclicamente renovadas significações e atualizações. Não obstante as divergências pontuais entre os estudiosos acerca de determinadas nuances conceituais e suas derivações, via de regra, o vocábulo está diretamente associado a juízos axiológicos, à esfera das obrigações morais, no campo da filosofia política; e à investigação dos critérios empíricos de legitimação da autoridade da

o fato de as teorias positivistas serem ideologias, porque não permitem que sejam expostas à refutações, entendendo assim serem insuscetíveis à crítica. Conforme Rosemiro Pereira Leal:

*A hipótese de refutação crítica quer dizer tudo aquilo que é passível de mal-entendidos e de confronto (rivalização) com outras teorias existentes ou confrontos a partir de seus próprios conteúdos informativos (variáveis implícitas). Essa oferta à testabilidade é que vai corroborar o grau de auto-resistência de uma teoria em face de outra(s). Por isso as teorias (ideologias) auto-imunizáveis, oniscientes, são dogmas ou mitos, não são teorias no sentido de Popper (falseáveis, falíveis, ad-hoc).<sup>284</sup>*

O uso de uma linguagem normativa usada pelo Estado dogmático, e por isso positivista, não ultrapassa a fronteira da autoridade, a fronteira do dogmatismo, porque limitada se encontra na sua ortodoxia (rigidez) e portanto restringida na tentativa de atravessar seus limites internos como justificativa para atribuir aos seus atos pretensa legitimidade e legalidade “(herramienta lingüística que sirve para ciertos fiens)”<sup>285</sup>, como posto por Genaro Carrió.

E o mesmo autor, ao discutir os limites da linguagem normativa, interroga os mitos e enigmas do poder constituinte originário que por séculos de uma dominação obscurantista, adquiriu a condição de possuidor de um poder incomum com única e exclusiva finalidade de, perpetuamente, manter o monopólio do sentido pela *auctoritas* (autoridade). Dessa forma, segundo Genaro Carrió, “para atribuir facultades ao soberano frente a seus súditos, é necessário [...] buscar sustento na lei de Deus e na lei moral, entretanto essas leis ‘em sentido impróprio’ [...] podem impor sobre os súditos o dever de obedecer ao soberano. Mas então tais facultades do soberano não são facultades jurídicas”<sup>286</sup>.

O Estado tradicional e secularmente construído mostra-se incapaz de tratar as lacunas do ordenamento jurídico no sentido de tornar inativos os sentidos preestabelecidos no texto da lei, com o propósito de romper com o autoritarismo do saber extrassistêmico (pertencente a si próprio) do legislador ou juiz. Isso porque tanto o sistema do direito vigente, como o recinto ocupado pelo judiciário são veículos permanentes de relações de dominação, com uso de técnicas de domínio ideológico e sujeição. Sendo assim, é preciso examinar o direito, “não

---

ordem político-jurídica, na área sociológica”. (DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 42).

<sup>284</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 171.

<sup>285</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los limites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 21.

<sup>286</sup> Para atribuir facultades al soberano frente a sus súbditos es necesario [...] buscar sustento em la ley de Dios o em la ley moral, em cuanto estas leyes "en sentido impropio" [...] pueden imponer sobre los súbditos el deber de obedecer al soberano. Pero entonces tales facultades del soberano no son facultades jurídicas (CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los limites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 90).

sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática. Logo, a questão [...] é curto-circuitar ou evitar esse problema [...] da soberania e da obediência dos indivíduos submetidos a essa soberania”<sup>287</sup>.

Dessa forma, com uma pretensa ciência do direito “juridicamente acolhida em paradigmas de Estado Liberal ou do Estado Social de Direito”<sup>288</sup>, a sustentar a dogmática jurídica, haja vista que “Os modelos desenvolvidos por Kelsen têm por escopo representar as normas jurídicas de uma forma sistemática”<sup>289</sup>, implica uma obstrução na possibilidade de discussões epistemológicas, esta, por estudos avançados “de uma epistemologia quadripartite de índole popperiana (técnica-ciência-teoria-crítica)”<sup>290</sup>, valorizando-se quase que exclusivamente uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva, com privilégio ao princípio da autoridade, com institutos jurídicos como formas de soluções de conflitos com raízes no processo instrumental, e não no processo como “espaço procedimental processualizado”<sup>291</sup>.

O discurso instituinte da normatividade (processo), realizando “o pacto de sentido na democracia dissociada da tradição e o mito”<sup>292</sup>, é que proporcionará a construção de um enunciado proposicional à compreensão do que é processualidade democrática.

### 4.3 Sistemas jurídicos e devido processo

Considerado ainda como instrumento da jurisdição pela maioria dos processualistas, que em suas manifestações doutrinárias procuram deixar bem claro o caráter instrumental utilizado pelo Estado para solucionar os conflitos de natureza jurídica, por cujos “instituto básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico”<sup>293</sup>,

<sup>287</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

<sup>288</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O declínio do Estado Hegeliano e o esperado fim das guerras. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 162.

<sup>289</sup> RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico. **Revista trimestral de direito público**, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 151.

<sup>290</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 105. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>291</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 57.

<sup>292</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 347.

<sup>293</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

ao processo é atribuído finalidade de fazer eficaz o direito vigente por uma “linguagem do conhecimento dogmático (ciência-do-direito)”<sup>294</sup>, bem como por uma linguagem em que se expressam as normas positivadas inerentes a um sistema, este “considerado como um conjunto de deduções previamente dado, a partir do qual se inferem todas as respostas [...]”<sup>295</sup>.

Isso porque a dogmática, “entre discurso e comportamento despótico”<sup>296</sup>, não questiona suas premissas (diretrizes) porque elas foram estabelecidas, seja por um árbitro, por um ato de vontade ou de poder, como irrefutáveis (indiscutíveis), seja pela produção do Direito, como um mito, que ainda é defendido como uma prerrogativa de um poder que não se define, “quando o sistema jurídico acolhe o costume como forma de produção normativa, ou é centralizado pelo Estado, que representa a comunidade jurídica, a sociedade politicamente organizada pelo Direito”<sup>297</sup>.

O direito positivo tem por pretensão sua aproximação da máxima racionalidade, à medida que se alcança a noção de sistema, de harmonia social, de um mundo controlado feito legislação por uma ciência dogmática do direito “prevalentemente liberal, em sua ideologia”<sup>298</sup>. Com isso, o dogmatismo jurídico, fechado, pois está preso a conceitos fixados, aspira a máxima preponderância do direito positivo sobre o direito costumeiro, bem como o direito legislado sobre o não legislado. Theodor Viehweg, “pela dogmática analítica que tristemente celebrizou e vem celebrizando os processualistas-jurisprudencialistas de formação tópico-retórica por uma escola viehweguiana que não quer ter fim”<sup>299</sup>, de forma sutil e no sentido de encarceramento por uma ideologia dominante, afirma que:

[...] estas positavações se fixaram através de um procedimento às apalpadelas, no sentido da tópica, na busca do direito, e elas concluem apenas a primeira fase desta busca, na medida em que se convertem, no final, em fontes do direito. Como seu conteúdo se baseia implicitamente em positavações mais profundas, formadas à vista de determinadas situações de problemas, podem ser aplicadas de modo extensivo por aqueles que podem compreender indubitavelmente estas situações.<sup>300</sup>

<sup>294</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 27.

<sup>295</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

<sup>296</sup> KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 94.

<sup>297</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 27.

<sup>298</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

<sup>299</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 10.

<sup>300</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 51.

O plano essencialmente jurídico ou dogmático envolve as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica, por um formalismo que tem como marca essencial uma construção mecanicista do Direito. Dentre elas estão os elementos de interpretação, que incluem, na sistematização tradicional, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, bem como figuras como os costumes, a interpretação extensiva ou a estrita e princípios específicos da interpretação constitucional, como os da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade.

Para a compreensão do conceito de sistema<sup>301</sup>, ainda prevalece como determinante a definição clássica de Immanuel Kant, filósofo prussiano, que definiu o sistema como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios. Para o direito positivo, tendo-o como uma ciência, para a definição de sistema jurídico, este “é a tentativa de reconduzir o conjunto da justiça, com referência a uma forma determinada de vida social, a uma soma de princípios racionais”<sup>302</sup>. Identifica-se uma dogmatização do direito, em cuja ciência é atribuída uma estrutura racional.

O direito positivo, dessa forma, defende a unidade do direito a partir do caráter científico da jurisprudência, por reconhecimento de um postulado da justiça que é o de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença. Essa expressão caracteriza uma adequação racional que caracteriza o pensamento sistemático na Ciência do Direito, recusado por uma auto-reflexão crítica porque parte de uma “**racionalidade técnica** naturalmente adquirida, ou seja, uma racionalidade que se ajustasse ao axioma da analítica aristotélica de tal sorte a entregar à autoridade a escolha do melhor sentido para o destino humano”<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> De acordo com o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, a palavra sistema passou a ser usada em filosofia para indicar principalmente um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras. (...). Kant subordinou-a a outra condição: a unidade do princípio, que fundamenta o sistema, pois ele entendeu por S. "a unidade de múltiplos conhecimentos, reunidos sob uma única idéia"; afirmou que o S. é um todo organizado finalisticamente, sendo portanto uma articulação (*aiUculalio*), e não um amontoado (*coacervatio*): pode crescer de dentro para fora (*per intussusceptionem*), mas não de fora para dentro (*per appositionem*), sendo, pois, semelhante a um corpo animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção do conjunto, torna cada um dos membros mais forte e mais apto a seu objetivo (*Crít. R. Pura*, Doutr. do método, cap. III). Com base nisso, Kant fala de "unidade sistemática do conhecimento, da qual as idéias da razão pura tentam aproximar-se" (*Ibid.* Dialética, cap. II, seq. I). (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 908-909).

<sup>302</sup> CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 14.

<sup>303</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 5.

O direito vigora em sua abstração (imagem), mas também se manifesta como realidade concreta nas instituições e nas práticas da sociedade civil, misturando-se, portanto, às individualidades e às particularidades morais e civis dos povos. Impera o sistema jurídico não somente quando se trata de pensar na lei, mas também quando se trata de pensar na aplicação da lei. No direito positivo o sistema jurídico tem a necessidade de funcionar na base de proibições e negações (não fazer, deixar de fazer, controlar o fazer), que significam restrições da liberdade abstratamente concebida.

É a perpetuação, pelos juristas pragmáticos, “a construírem uma **dogmática jurídica** indicativa de rumos jurídico-semânticos instrumentais e estratégicos (ideológicos) de fácil adesão popular para uso dos legisladores”<sup>304</sup>. No direito democrático, ao contrário do liberal e social de direito, não há uma banalização da cidadania<sup>305</sup>, que tem função preponderante na criação das leis.

Há uma justificativa, errônea e desconcertante, haja vista a dificuldade que ainda se encontra em muitos juristas da compreensão de significado de Estado Democrático de Direito, de que o fundamento da legitimidade pressupõe o uso da força e assim, perpetuando e garantindo a dominação que há séculos impera sobre as sociedades.

[...] o fundamento da legitimidade é sempre momento de força, que *procura justificar*, estando, pois, pelo menos implicitamente, referido a uma fundamentalidade discursiva, isto é, possibilidade de que a posição normativa (definição da relação como autoridade/sujeito) seja justificável e defensável quando criticada, devendo-se notar, porém, que esta referência implícita, por sua vez, não é consequência de si própria, mas de uma cosmovisão garantidora da dominação, numa palavra, ideologia. Isto explicaria, entre outras coisas, que o discurso normativo compatibilize a ambigüidade entre monólogo e diálogo no sentido de que a força da autoridade não repouse em meios externos de coação (não se reduza à sanção), mas, ao mesmo tempo, reintroduza a força ao nível do relato das normas.  
306

Desse entendimento é defendido que o limite da legitimidade de um sistema normativo é dado pela forma como fundamentalmente é capaz de manter-se nos quadros de sua racionalidade aporética<sup>307</sup>. E essa índole (caráter) aporética do conceito não pode ser

<sup>304</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 162.

<sup>305</sup> Cidadania em direito democrático, “é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de *decisões*, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao *devido processo constitucional*.” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 151).

<sup>306</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 295.

<sup>307</sup> Conforme conceituação do dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, aporética é “o estágio da pesquisa filosófica que consiste em pôr em evidência os problemas, isto é, todos os aspectos dos fenômenos que não foram compreendidos e que, por isso, constituem aporias naturais”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de**

eliminado, pois, sob pena de ruir em uma racionalidade do discurso, que por esse pretendesse transformar a regra que possibilita a noção de soberania ela própria em um dogma (doutrina), cujo “caráter dogmático do discurso normativo revela, portanto, um modo específico de racionalidade que consiste em não eliminar, ao contrário em assumir aporias como ponto de partida do seu discursar, estabelecendo premissas que apenas contornam a aporia, [...]”<sup>308</sup>.

Percebe-se o surgimento de um conflito que, segundo Lourival Vilanova, para que isso aconteça, pretende que o seja no interior de um só sistema, porque, segundo ele, “Cada sistema (jurídico) tem uma órbita pessoal, material, espacial e temporal de validade”<sup>309</sup>. Com essa afirmação entendemos que o jurista, de forma dogmática, não vislumbra outro sistema jurídico senão o fechado, e que para ele “A proposição normativa fundamental de um sistema não se transpõe para outro”<sup>310</sup>.

Tomando o modelo kelseniano como parâmetro, que é dogmático e dialético, este sendo argumentos que concluem a partir de premissas, aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras, conforme conceitua Tércio Sampaio Ferraz Jr. no prefácio do tradutor, no livro “Tópica e jurisprudência” de Theodor Viehweg, Vilanova informa que o que confere uniformidade a todas as regras de Direito positivo é a sua normatividade, deixando claro que a igualdade estrutural daquele modelo parte de um modo constante em relacionar os dados ou elementos, ou seja, fatos e condutas, da experiência.

Há que se concluir que os mencionados juristas mantêm-se em um mesmo alçapão, ao manifestarem a livre vontade de um sistema jurídico construído e mantido em um autoritarismo milenar. Por isso a afirmação de que a Ciência dogmática jurídica, “ao se desdogmatizar, inclinar-se-ia a conjecturar **teorias críticas** sobre os conteúdos proposicionais dos enunciados normativo-jurídicos para o estudo de compatibilidade do sistema normativo adotado [...] nos *Estados de Direito Democrático*”<sup>311</sup>.

O autoritarismo do direito kelseniano é um kantismo antropológico racionalizado numa sociologia de senso comum em que a razão natural da natureza humana assume o *imperium* de uma reta e livre vontade normativista intrinsecamente válida pela autoridade do legislador dotado de poder político, submetendo todas as hipóteses (modelos) de Direito a um dever-ser jurídico-normativo não suscetível de discernimento nos seus fundamentos de legitimidade. Ora, nos **Estados de Direito**

---

**filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 74).

<sup>308</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade.** São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 296).

<sup>309</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 28.

<sup>310</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 163.

<sup>311</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 162.

**Democrático**, a legitimidade se enuncia *proposicionalmente* em direitos-garantias de fiscalidade processual ampla e irrestrita desde sempre da existência do ordenamento jurídico. **Direito, Lei e Norma**, confundem-se no ensino kelseniano, não permitindo a discussão no marco de uma **teoria crítica da lei** por seus próprios conteúdos proposicionais a distingui-la de outras concepções de **lei** egressa da voluntariedade humana impregnada de **poderes míticos** juridicamente institucionalizados pela força da autoridade.<sup>312</sup>

Para os positivistas, que parecem não se inclinarem à conjecturar criticamente sobre o ordenamento jurídico constitucional sobre o qual transitam, a ciência do direito consiste apenas em observação neutra e objetiva das normas em vigor, por uma “comunidade de argumentadores”<sup>313</sup>, e não a crítica ou a justificação dessas normas. Abandonam as doutrinas do direito natural, concluindo que o direito positivo é justo e de conformidade com a natureza dos homens.

É nesse sentido que o direito positivo é para Kelsen uma pirâmide de normas hierarquizadas que refletem em realidade a hierarquia existente entre as autoridades estatais que produzem estas normas, e por esse movimento de hierarquia, ou seja, a submissão das normas inferiores às normas superiores encontrar-se baseado na Constituição, aceita-se o dogma de que “O fato de o poder estatal ser legal deverá suprimir e negar especialmente todo *direito de resistência* enquanto Direito”<sup>314</sup>. Essa postura decisionista kelseniana reflete no problema das lacunas do ordenamento na medida em que na falta de regras (ou quando estas estão em um conflito no qual não se encontra solução jurídica), e considerando a vedação do *non liquet* (não decidir), o juiz está “autorizado” a julgar, não importando se sua decisão é ou não legal.

Para Kelsen a Constituição é a norma fundamental (Grundnorm), que se presume válida, desde que condiciona a validade do conjunto hierárquico que ela domina. Posto isso, “À medida que nos elevássemos em direção a normas superiores, encontraríamos normas com conteúdo cada vez mais genérico, como leis gerais e, acima delas, a Constituição que, por sua vez, se fundava no que Kelsen chamou de Norma Fundamental: um conjunto postulado do conhecimento jurídico”<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159-160.

<sup>313</sup> KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 95.

<sup>314</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade de legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 30. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

<sup>315</sup> RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico. **Revista trimestral de direito público**, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 151.

É sobre as teses de Kelsen que se chega a uma dimensão constitucionalista, na qual o sistema tem por objetivo manter o ordenamento jurídico, o respeito à Constituição, imperativamente assegurado pelo controle de constitucionalidade das leis. Na realidade, isso é a “implicação da idéia, contida no conceito de soberania do povo, de fundamentar a autoridade no reconhecimento da soberania por parte dos submetidos ao domínio”<sup>316</sup>.

A linguagem é o meio utilizado para manifestar as estruturas lógicas no ordenamento. No direito dogmático, cujas “*normas* são enunciados autoritários diferentes dos *enunciados* essenciantes da lógica *clássica*, porque já são em si *normas* que assumem sentidos conforme a *vontade livre* dos proponentes”<sup>317</sup>, é a linguagem jurídica, “por um sistema lógico formal”<sup>318</sup>, que fornece suporte material às formas que especifica dois níveis de linguagem, quais sejam, a do direito positivo e a da ciência do direito, esta tendo o direito positivado como objeto de conhecimento jurídico. Os sistemas jurídicos prevalecentes, dessa forma, não se separam de uma dogmática dominante e de influência extremamente kelseniana, haja vista quando, como defendido, “a teoria pura do Direito define o domínio do Direito como o normativo, põe uma região ontológica definida e só permite como pertinente a essa região proposição normativa”<sup>319</sup>.

Lourival Vilanova, em defesa da possibilidade da consistência do sistema jurídico na Teoria Pura do Direito, tendo a completude como propriedade formal de um sistema e a consistência repousando na lei de não-contradição, afirma que “Os elementos de um sistema proposicional são as proposições que têm de satisfazer à consistência no interior do conjunto para pertencerem ao sistema”<sup>320</sup>. Por essa consistência, segundo Lourival, o sistema encontra-se saturado, sem hiatos (lacunas) e sem antinomias, formalizando, assim, aspectos da completude do sistema jurídico.

Contudo, a consistência de sistema que o considerasse completo, somente poderia ser provada recorrendo-se a regras de dedução mais complexas que as regras do próprio sistema. O problema é que a prova da consistência se baseia nesta para tornar um sistema em sua completude, e que a prova dessa consistência “dependeria da prova da consistência deste

---

<sup>316</sup> PREUB, Ulrich K. Os elementos normativos da soberania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 173.

<sup>317</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 160-161.

<sup>318</sup> HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 40.

<sup>319</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 186.

<sup>320</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 209.

sistema mais complexo, que por sua vez, e, assim sucessivamente, requereria, sempre, um sistema mais complexo para ser provada”<sup>321</sup>.

Portanto, “não se consegue obter uma prova da consistência de um sistema formal dentro do próprio sistema”<sup>322</sup>, pela sua inevitável incompletude estrutural. A fundamentação última de um sistema está sempre fora dele. E é isto que a teoria neoinstitucionalista do processo, criada por Rosemiro Pereira Leal, demonstra: a expansão do sistema, por negação da sua completude.

Kurt Gödel, matemático criador do teorema da incompletude, cujos pais eram de origem alemã, contemporâneo de Albert Einstein e companheiro de caminhada no Instituto de Estudos Avançadas, em Princeton, Nova Jersey, demonstrou, segundo Maurício Moura Portugal Ribeiro, “a impossibilidade de se provar a consistência de um sistema”<sup>323</sup>, ou seja, com o Teorema de Gödel aplicado ao sistema kelseniano é revelado que a norma fundamental como fundamento último de validade do sistema não se sustenta.

Os sistemas jurídicos, dessa forma, interpretam a sistematicidade do direito vigente como necessidade de observância das leis do país. E isso a doutrina procura as garantias da Magna carta, quando se refere à expressão *law of the land*, cujo significado foi acolhido pela Constituição dos Estados Unidos da América que formula: ninguém será privado da vida, da liberdade e da propriedade, sem um justo processo. Rosemiro Pereira Leal informa que,

[...] o *due process*, se estudado desde suas origens pela *law of the land* da Carta Magna de João Sem Terra de 1215, torna-se *due process of law* em 1354 pela lei inglesa do reinado de Eduardo III “como garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa”, encontrando recepção na Constituição Americana de 1787, uma vez que já em 1776 a “Declaração dos Direitos” de Maryland (inciso XXI), de modo pioneiro, já fazia menção à *law of the land* como via garantista e ativista dos direitos de vida, liberdade e propriedade (*life, liberty or property*).<sup>324</sup>

A possibilidade de utilizar-se o *due process* (devido processo), “em muitos casos, o exemplo mais característico do trabalho da interpretação constitucional, quando se adotou a

<sup>321</sup> RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico. **Revista trimestral de direito público**, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 150.

<sup>322</sup> GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude**: a prova e o paradoxo de Kurt Gödel. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 172.

<sup>323</sup> RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico. **Revista trimestral de direito público**, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 152.

<sup>324</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 100.

Constituição em seu significado mais processual<sup>325</sup>, foi de grande utilidade na evolução da sistematização do processo, seja civil ou penal. No *due process of law* (devido processo legal), o elemento a que se subordina toda a legalidade do processo é a efetiva possibilidade da parte defender-se, de sustentar suas razões, de ter seu dia na corte (his day in court), na denominação consagrada pela Corte dos Estados Unidos.

As expressões *law of the land* e *due process of law* examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos individuais, em especial em matéria de garantias processuais. Com o tempo, a “cláusula do *due process of Law*”<sup>326</sup> passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade.

A garantia do *due process of law*, “A interpretação da cláusula do *devido processo* da Emenda XIV, como as de números XIII e XV, tinham o objetivo de proteger e assegurar a liberdade”<sup>327</sup>, destinava-se a fazer valer apenas no processo penal. Era compreendida como a violação de garantia e formas de procedimento que impedissem o direito de defesa: ninguém poderia testemunhar contra si mesmo; o acusado tinha o direito de ouvir as testemunhas de acusação; ninguém poderia ser condenado duas vezes pelo mesmo crime; a instrução criminal seria processada perante o juiz; o “Poder” Legislativo não poderia editar normas retroativas.

O exame do *due process of law* na importância da interpretação judicial no sistema do direito dogmático, tem na sua compreensão restrição ao arbítrio do legislativo. A expressão do devido processo legal serviu para a construção de uma jurisprudência com finalidades de proteção de direitos individuais, sobretudo em matéria que trata das garantias processuais adotado pelo modelo constitucional.

Entretanto como já exposto em capítulo anterior, é um paradigma de Estado que não se livrou da tópica por “discurso normativo-analítico de feições viehweguianas”<sup>328</sup>, cujo processo continuou a ser um instrumento da jurisdição no Brasil. Para o direito dos Estados Unidos da América, “a função política do Poder Judiciário americano (função conservadora e

---

<sup>325</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, Ano 16, n. 62, p. 135-200, jan.-mar., 2008, p. 196.

<sup>326</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 100.

<sup>327</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, Ano 16, n. 62, p. 135-200, jan.-mar., 2008, p. 194.

<sup>328</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 13.

unificadora) encontrou o seu pleno instrumento, de que o ‘due process of law’ foi parte construtiva fundamental”<sup>329</sup>.

Houve inovação do ordenamento jurídico constitucional no Brasil em 1988, consistindo em um conjunto de garantias processuais que compõem a chamada cláusula do devido processo legal, dispostas no artigo 5º da Carta Magna, que não prescindem da fundamentação dos julgados para que se tornem efetivas em qualquer processo. Mas há que se fazer “ investigação dos conteúdos do devido processo”<sup>330</sup> porque este instituto ainda é estudado pela matriz inglesa e norte-americana, ou seja, pelo sistema constitucional de garantia do processo, transformando-o em instrumento de justiça e de efetivação dos direitos.

Tendo como marco histórico o constitucionalismo jurisprudencial norte-americano pelo sistema de *common Law* (baseia-se no julgamento conforme os costumes que é diferente do *stare decisis*, sendo este a obrigatoriedade de se seguir a decisão anterior), bem como na obra de Hans Kelsen, houve o surgimento de preocupações em torno da jurisdição constitucional e posteriormente de aspectos instrumentais do processo constitucional. Ocorreu a centralização de preocupações no controle de constitucionalidade, por instrumentos jurídicos decorrentes da resolução de conflitos, surgidos da aplicação das normas fundamentais. Conforme Rosemiro Pereira Leal:

[...] o **Direito Processual Constitucional**, por ter raízes no ensino de Kelsen, cuida de conteúdos jurídicos na perspectiva de sua **teoria pura do direito** que, ao trabalhar o **processo** como DEVIR instrumental do *trial*, para decidir entre **livres e iguais** em seu *ser* e **haver** pelo **ter** como *property* adquirida na *atemporalidade*, desgarrar-se da instrumentalidade bülowiana de cumprimento prévio de pressupostos de delimitação judicante para se transmutar em *substantive process* e significar a atuação jurisdicional (*jurisdictio*) da *law of the land* pelo *rito* de condutas procedurais livremente postas pelos juízes.<sup>331</sup>

O processo, no Estado Democrático de Direito, não é um instrumento de justiça, vale dizer, um instrumento da jurisdição. Na desmistificação da crença positivista, entendendo esta que norma fundamental é jurídica, ou seja, onde há a produção da força por uma autoridade legal, Rosemiro Pereira Leal coloca o devido processo (*due process*) no âmbito de três níveis, quais sejam, o instituinte, onde é realizada a produção das leis, anterior à Carta Magna; o constituinte, onde há uma constitucionalização de direitos, deveres e faculdades que teve

<sup>329</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 749.

<sup>330</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 100.

<sup>331</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 111.

como pressuposto o nível anterior; e por último, o constituído, onde o processo operacionaliza o direito, cuja lei, em sua origem, criou o texto normativo, “com a publicação do provimento legislativo (LEI)”<sup>332</sup>. Portanto, ele faz a distinção do “*due process* do direito anglo-americano (seja de característica de *civil* ou *common law*) e o **dever processual democrático**”<sup>333</sup> na compreensão da sua teoria neoinstitucionalista do processo.

#### 4.4 O instituinte processual na base constituinte do direito

A estrutura constitucionalizada do devido processo a partir da Constituição Federal de 1988, haja vista a promulgação de um Estado não mais centrado em um modelo liberal, social ou até mesmo constitucional de direito, mas um Estado constituído em Democrático de Direito, como consta no preâmbulo, reivindicou uma releitura da sua atribuição no novo paradigma de construção processualizada, que ainda não aconteceu, posto a manutenção de uma ciência dogmática secularmente implantada, instrumento de dominação do qual utiliza o Estado no exercício do seu suposto poder.

O preâmbulo de uma Constituição é o conjunto de enunciados formulado pelo legislador constituinte originário, situado na parte preliminar do texto constitucional, que veicula a promulgação, a origem, as justificativas, os objetivos, os valores e seus ideais, servindo de condutor interpretativo para a compreensão do significado das suas prescrições normativas e solução dos problemas de natureza constitucional.

Sendo instituído o Estado Democrático de Direito a partir de 1988, em cujo “texto constitucional brasileiro suscita uma reflexão ainda mais profunda e de grande repercussão na teoria do processo”<sup>334</sup>, juristas e doutrinadores sentiram-se no dever em falar o que é democracia a partir deste marco institucional, não havendo, porém, demarcação, tendo em vista “conduzirem a compreensão desse paradigma estatal pela ‘Ciência Dogmática do Direito’ [...], instrumento lógico-jurídico de livre manobra dos *experts* e autoridades para realizar, [...] a mítica dos ideais de falaciosa justiça, [...]”<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 167.

<sup>333</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 23. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>334</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 300.

<sup>335</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 14. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

A dogmática não questiona suas premissas porque elas já foram estabelecidas. Por isso que “Por trás da dogmatização de componentes das nossas convicções, também costuma estar a decisão de manter essas convicções, independentemente das objeções que possam ser colocadas contra elas e, conseqüentemente, também da estrutura da realidade”<sup>336</sup>.

A noção de democracia e sua origem continuam, desse modo, distantes de serem compreendidas no Estado Democrático de Direito, sobretudo na manutenção da tópica que “tem como objeto os raciocínios que derivam de premissas que *parecem* verdadeiras, porque sua base encontra-se em opiniões amplamente aceitas. Trata-se de opiniões que [...] servem de premissas, na medida que funcionam de base para a compreensão [...]”<sup>337</sup>.

A democracia continua sendo entendida, como nos Estados liberal e social de direito, em falsas convicções, como “ligada à eleição popular para os cargos governamentais ou, pelo menos, à eleição popular dos membros do Legislativo”<sup>338</sup>, ou como àquela que assegura a uma sociedade democrática direitos de ir e vir, de liberdade de expressão e da conquista da cidadania pelo voto. Até mesmo a expressão “o poder emana do povo”, que tem por pretensão a legitimação do Estado de Direito, é desprovida de fundamento quando encontra o substrato (razão), qual seja, precedência da dominação. Dessa forma, “Fala-se em Democracia sem precisa demarcação científica”<sup>339</sup>.

Por isso a importância da revisitação do estudo da cidadania como origem da democracia, para que se possa entender aquela (cidadania) na contemporaneidade, haja vista a repetição ao longo dos séculos de uma convicção modesta de que democracia se limita como governo do povo, expressão surgida na Grécia de Péricles, este um dos principais líderes da democracia de Atenas e maior personalidade política do século V a. C.

Rosemiro Pereira Leal demonstra que a versão de democracia, como nos tempos da Grécia de Péricles, ainda é recebida entusiasticamente pelos continuadores de um Estado dogmático, em molduras republicanas e liberais, e que “por multidões de sociólogos, historiadores, antropólogos e cientistas sociais, é ainda concebida a partir da *polys grega* como ‘**processo histórico**’ da *hubris* fatal condutora de um DEVIR imprevisível [...]”<sup>340</sup>.

<sup>336</sup> ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 51.

<sup>337</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 148-149.

<sup>338</sup> PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 372.

<sup>339</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 344.

<sup>340</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Texto sobre**

Utiliza-se “a técnica, no sentido mais amplo da palavra”<sup>341</sup>, cujos meios de organização e seus instrumentos de dominação se revelaram habilidosas soluções não para a superação, mas para a administração da alienação de todas as formas de pertencimento ativo dos homens com o mundo enquanto obra humana e esfera do político.

No Estado Democrático de Direito a compreensão de democracia, bem como sua origem, tem como pressuposto a processualidade jurídico-democrática que se contrapõe à Ciência Dogmática do Direito. A construção do processo somente pode ocorrer em “uma estrutura procedimental processualizada como *espaço jurídico-discursivo* dos direitos pretendidos”<sup>342</sup> no sentido de “que estabilize a democracia numa órbita de discursividade reconstrutiva incessante”<sup>343</sup>, e não em um plano constituído do direito, já que a produção das leis nesse nível representa “um instrumento despótico de dominação”<sup>344</sup>, mas no plano instituinte da lei, onde ocorre sua produção.

O direito, para ter fundamento, tem que passar, obrigatoriamente, pela fiscalidade processual que ocorre no nível instituinte da produção das leis. E o processo concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação normativa, é que será a base constituinte do direito para articulação das estruturas das funções do Estado, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário. São ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal que há anos criou e instalou pesquisas sobre sua **teoria neoinstitucionalista do processo**, e as divulga, no sentido de que o Direito possa se livrar de um dogmatismo jurídico provocador das mais terríveis atrocidades da humanidade. Conforme expõe:

Entendo que minha teoria inaugura fecundos estudos do direito em *três níveis*: instituinte, constituinte e constituído, bem como desenvolve a construção de um sistema jurídico em proposições processuais não repressivas pela via de uma teoria da linguisticidade jurídico-autocrítica só possível à *fala e escrita processuais* dentre todas as especialidades do Direito conhecidas, desde que trabalhadas em bases epistemológicas a partir das matrizes filosóficas de Karl Popper como se pode concluir de toda a minha produção acadêmica.<sup>345</sup>

---

**palestra de encerramento do II congresso de direito processual e cidadania da USJT (Universidade São Judas Tadeu)**, SP, em 26.08.05, p. 4.

<sup>341</sup> BENJAMIN, Walter. Crítica da violência, crítica do poder. *Revista religião e sociedade*, Rio de Janeiro, V. 15, n. 1, p. 132-140, 1990, p. 137.

<sup>342</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 141.

<sup>343</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 75.

<sup>344</sup> KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 104-105.

<sup>345</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 6. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

Por isso discordamos do posicionamento, com respeito ao jurista, que afirma, categoricamente, que “Uma fundamentação do direito só pode ser encontrada, portanto, na Filosofia do Direito (ou Ética), instância de conhecimento racional”<sup>346</sup>. Portanto, o direito sendo fundamentado pelo processo ainda no plano instituinte da produção das leis, e dessa forma “no recinto discursivo do devido processo constitucionalizado para lhe oportunizar a saída de sua arrogância autocrática”<sup>347</sup>, proporcionará identificar a origem da democracia em sua base constituinte.

#### 4.5 Comunidade jurídica e coletivização processual do sentido normativo

A Constituição Federal de 1988 instituiu a existência do sujeito de direito quando, no artigo 5º, inciso LIV, menciona que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É o devido processo constitucional fundamentando à parte o exercício do seu direito fundamental “de estar em *juízo democrático*”<sup>348</sup>, independente se demandante, demandado ou interveniente, quaisquer que sejam os sentidos.

Mas esse sujeito de direito, pela significação na estrutura normativa constitucional, não é mais um ser corpóreo ou público (coletivo), como pessoa física ou jurídica ocupando pólo ativo ou passivo no “*procedimento (ação)*”<sup>349</sup> jurisdicional, mas instituto constitucionalizado “por todos os integrantes de uma comunidade jurídica como conjunto total de legitimados ao processo e processo como o lócus (interpretante) teórico-jurídico do exercício intertextual do discurso da constitucionalidade segundo princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa, isonomia)”<sup>350</sup> como direitos fundamentais de “desconstrução”<sup>351</sup> e movimento de incessante recontextualização, haja vista o processo, que legitima e instrumentaliza a jurisdição, na construção do Estado Democrático de Direito.

<sup>346</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, direito e paz perpétua. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 303.

<sup>347</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006, p. 91.

<sup>348</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático, p. 371-379. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz e Almeida; FERREIRA, William Santos (Coord.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 371.

<sup>349</sup> DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no **Processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 75.

<sup>350</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006, p. 90.

<sup>351</sup> RODRIGUES, Ana Maria Matos. Derrida e as desconstruções. **Revista de estudos e comunicações da Universidade Católica de Santos**. Ano 30, nº 81/82, p. 107-115. Santos, 2005, p. 107.

Os resíduos do poder constituinte originário são evidentes no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a institucionalização do Estado em Democrático de Direito. Isso porque tal como ocorrera nos Estados Liberal e Social de Direito por cujas normas kelsenianas se regiam, ainda se mantém essa estrutura normativa por um modelo constitucional de processo, pelo qual prevalece uma jurisdição que utiliza um “discurso de dominação que tanto agrada as mentes liberalizantes e assegura eternamente a liderança carismática burocratizada em perfis de ESTADO, UNIÃO e PODER PÚBLICO”<sup>352</sup>, por cujas normas kelsenianas ainda se regem.

A estratégia de dogmatização se firma em uma crescente crença positivista na racionalidade e na idealidade do sistema de normas como elementos constitutivos do modelo de legitimidade racional-legal, e “as medidas institucionais que são produzidas, no âmbito de suas possibilidades, por grupos com sistemas dogmáticos de convicção, a fim de imunizar seus membros contra a influência de concepções divergentes [...]”<sup>353</sup>. Pelas estruturas formais, por cuja proposição normativa no sistema do direito positivo não permite argumentação fundamentada do ato decisional, decorre validade meramente analítica<sup>354</sup>. Conforme Rosemiro Pereira Leal:

Esse é o artifício (simulacro) acolhido pela Ciência Dogmática do Direito que, ao tempo em que coloca o **princípio da reserva legal** como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto de embuste), dele simultaneamente se utiliza para, **por lei**, dispensar a existência de **lei** nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial dos conflitos. A *norma fundamental* de Kelsen é exemplo que abona o artifício autoritário de se colocar fora do sistema jurisdicionado a norma primeiro-última (hipotética), que é fundamentante de todo o Sistema Jurídico, a ser extraída de um mundo não primariamente legiferado e que se expressa em forças ético-morais ou sociais (*grundnorm*) que se integram como precedente ideológico da coesão normativo-jurídico de um sistema a ser legiferativamente constitucionalizado (*direito pós-ativo* retoricamente denominado “direito positivo”). A *completude* do sistema jurídico em Kelsen é

<sup>352</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 320.

<sup>353</sup> ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Guddé e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 119.

<sup>354</sup> Pela conceituação do dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, analítica é “Em geral, uma disciplina ou uma parte de disciplina cujo método fundamental é a *análise* (v.). Aristóteles chamou de A. a parte da lógica que visa resolver qualquer raciocínio nas figuras fundamentais do silogismo (*Primeiros analíticos*) e qualquer prova nos próprios silogismos e nos primeiros princípios, que constituem suas premissas evidentes (*Segundos analíticos*). Kant chamou de “A. transcendental” a primeira parte da “doutrina dos elementos” na *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática* (enquanto a segunda parte é a Dialética), entendendo por A. a determinação das condições *a priori* do conhecimento e da ação moral. A *Crítica do Juízo* contém, além disso, uma A. do belo, uma A. do sublime e uma A. do juízo teleológico, que determinam as condições *a priori*: respectivamente, as primeiras duas do juízo estético, a outra do juízo sobre a finalidade da natureza”. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 54).

assegurada por normas já postas por uma pauta de crenças e valores primordiais (*direito ativo*) só acessível ao decisor investido de *autoridade*.<sup>355</sup>

O positivismo normativo kelseniano projeta-se por um direito homologatório em uma comunidade que acredita viver em uma sociedade democrática, que inconscientemente é portadora de valores historicamente dominadores e nem ao menos procura refletir sobre suas bases de fundamentação. Não percebe, ou não quer perceber, a existência “de um **poder** instituinte ou constituinte originário das **leis** por uma gênese autopoietica de uma intimidante sobrenaturalidade ou por uma dinâmica histórica de sentidos secularmente sedimentados (comunicabilidade por consensos aculturalizados)”<sup>356</sup>.

Há que estabelecer uma base constitucionalizada por um direito fundamental de auto-inclusão, sendo o legitimado ao processo construtor de um sistema normativo a partir do plano instituinte do direito. Não sendo assim, os fundamentos de justificação continuarão consistindo em critérios de legitimação justificantes da obediência dos dominados à autoridade invocada pelos detentores do poder de um Estado que se julga soberano.

E essa estrutura de dominação se expressa, quando no Estado positivista dogmático são estabelecidas regras, através de um jogo linguístico que para a autoridade tem que ser o ideal no sentido de serem absolutas, como condição de possibilidade e validade, “de modo que todos que cumprem uma regra antecipam este jogo ideal de linguagem como possibilidade real do jogo linguístico ao qual encontram-se ligados”<sup>357</sup>. A comunidade jurídica, escolhendo entregar à autoridade a escolha do melhor sentido para o seu destino, estará eternamente condenada a ser guiada como ovelhas mansas e resignadas.

Por isso Rosemiro Pereira Leal insiste que o Estado Democrático de Direito só existirá quando, pelo processo, no nível instituinte, e na ordem pelos níveis constituinte e constituído, as leis forem produzidas, e com isso demarcando a origem da democracia, pois,

A característica democrática de um **discurso jurídico**, com os avanços que a semântica obteve no século passado, só é conjecturável pelo atributo de *coletivização do sentido* normativo (interpretante) que o próprio discurso possa oferecer no transcurso da procedimentalidade processualizada desde o nível instituinte da Lei. O que afasta o despotismo de *incidentes de coletivização* de sentidos normativos pela jurisprudência da *auctoritas* é a designação de um *Direito Democrático* da contemporaneidade na visão neoinstitucionalista do Processo.<sup>358</sup>

<sup>355</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 19. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>356</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99.

<sup>357</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 85.

<sup>358</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 21-22. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

O sentido normativo da coletivização processual será projetado por “sistema jurídico criado e estabilizados por **direitos fundamentais líquidos e certos** do PROCESSO (não por cláusulas pétreas do discurso prático-moral) desde seus níveis instituinte e constituinte”<sup>359</sup>. A teoria neoinstitucionalista do processo, que “elege uma teoria da linguagem jurídica (*processo*) como apta a tornar o povo, por sua própria iniciativa, integrante de uma comunidade jurídica, [...]”<sup>360</sup>, a partir da matriz problematizante de Karl Popper (racionalismo crítico), de forma científica, suscita (provoca) expurgar os restos institucionais da violência histórica há séculos implantada pelo obscurantismo dogmático.

---

<sup>359</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p. 185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 188.

<sup>360</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 175-176.

## 5 PROCESSO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS

No Estado Constitucional o conceito de soberania do povo parte da lógica de um direito positivo, de herança kelseniana, por completude de sistema jurídico que não é possível compreendê-lo e nem encontrar sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito. Por paradoxal que seja, a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático, mas com uma soberania que se “caracteriza, de um lado, por uma marca de dominação e controle e, de outro, pelo elemento normativo da legitimação através do reconhecimento”<sup>361</sup>.

A pretensão, assim, é a busca de uma garantia da legitimidade dos meios de um poder supremo que se apresenta na forma de uma ordem jurídica exercendo domínio sobre cada indivíduo, por “direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”<sup>362</sup>, estrategicamente utilizando um discurso de índole doutrinadora.

Os direitos fundamentais não podem pressupor exigência moral de autocompreensão compartilhada mutuamente, como constituição de um componente central para a formação da identidade comum como quer Habermas. Não podem também, os direitos fundamentais dependerem, como quer Marinoni, da mediação do legislador, pois, como ele mesmo conclui, pode ocorrer omissão por parte desse. Muito menos, em um Estado Democrático de Direito, tendo por imprescindível a tutela normativa diante de um caso concreto, “admite-se que o juiz possa supri-la, dando tutela jurisdicional ao direito fundamental material mesmo na ausência da lei”<sup>363</sup>, como defende o mesmo autor.

### 5.1 O caráter de liquidez dos direitos no fundamento instituinte da lei

Os direitos fundamentais devem ter sua origem no fundamento instituinte da lei, por isso sua liquidez (autoexecutividade) já pré-decida “no plano constituinte [...] que, uma vez pleiteados em bases pré-cógnitas e inequívocas da estrutura de admissibilidade das ações constitucionais, exigem execução judicial nos Estados Democráticos de Direito”<sup>364</sup>.

<sup>361</sup> PREUB, Ulrich K. *Os elementos normativos da soberania*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 169.

<sup>362</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I, p. 154.

<sup>363</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

<sup>364</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo

No plano constituído da Lei, como afirma Cleber Lúcio de Almeida, citando Cândido Rangel Dinamarco, “Uma obrigação é líquida (a) quando já se encontra perfeitamente determinada a quantidade dos bens que lhe constituem o objeto”<sup>365</sup>.

Essa liquidez, que ao constar no título executivo judicial, é um direito fundamental processualmente posto em vigência, institucionalizado nas estruturas procedimentais da legislação processual civil brasileira, conhecimento e execução, como bases para a liquidez dos direitos. A liquidez dos direitos fundamentais na teoria neoinstitucionalista do processo tem sua origem no momento da produção da Lei, em seu nível instituinte do Direito.

O poder, servindo-se do aparelhamento jurídico, qualifica-se pelo direito no momento em que transpõe para o Estado, disciplinando a força por meio de regras jurídicas, formalmente reconhecidas como leis. Nas modalidades de Estados liberal, social e democrático de direito, as estruturas básicas de totalitarismo e autoritarismo se mantiveram, apenas se adaptando às circunstâncias para a preservação do caráter oculto de sua legalidade. Dessa forma, “A mobilidade de uma instrumentalidade do processo, tão festejada pela doutrina brasileira, que põe a jurisdição a serviço da paz social [...], desmonta o discurso constitucional brasileiro em seu eixo de legitimidade paradigmático instituidor do **Estado Democrático de Direito**”<sup>366</sup>.

A legitimação da instrumentalidade, dessa forma, encontra legalidade na ordem jurídica estatal com vinculação kelseniana por uma estrutura do discurso que passa a ser determinado a partir de uma perspectiva privilegiada da autoridade, porque a doutrinação do positivismo jurídico aniquila ou suprime do debate jurídico científico a fiscalidade dos direitos fundamentais<sup>367</sup> que “reclamam execução ininterrupta de *mérito* pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigorante”<sup>368</sup>. Dessa forma, é de se supor a existência de uma estrutura de dominação que carrega reais pretensões de reconhecimento.

Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 57. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>365</sup> ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 1075-1076.

<sup>366</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 34.

<sup>367</sup> Rosemiro Pereira Leal emprega a expressão “**direitos fundamentais** no sentido de direitos fundamentados pelo **devido processo** como discurso do **decidir** juridicamente adotado na criação e aplicação de direitos e **não** como idéia-vontade (*noema*) adquirida no saber instantâneo (*noese*) de uma racionalidade inatamente pressuposta”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23).

<sup>368</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 338-339.

O positivismo jurídico, cujas afirmações tornaram aceitáveis a crença dos juristas no poder regulatório de regras racionalmente evidenciadas “pelo talento do intérprete clarividente”<sup>369</sup> e observador onipotente, idealiza um sistema fechado, cujo problema da legitimidade e das fontes se resolve pelo ordenamento jurídico e por autoridades com competência para decidir. Isso é uma armadilha da norma fundamental de Kelsen, porque isso é o decisionismo, pela jurisdição, ou seja, a autoridade produz a decisão sem passar pelo processo.

Desse modo, a “fundamentação da decisão é apenas aparente e sem possibilidade de controle [...], comprometendo gravemente a previsibilidade e a segurança do direito”<sup>370</sup>. Não há, dessa forma, formação de uma vontade instituinte (produção das leis em sua origem) por uma constitucionalidade democrática. Conforme expõe Rosemiro Pereira Leal:

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos *líquidos* (autoexecutivos) e *certos* (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de *lesões ou ameaças* após efetivamente concretizados *ex-officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (*devido processo legal*) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável.<sup>371</sup>

Há que se ter por importância considerável a natureza da liquidez (autoexecutivo) dos direitos fundamentais ao processo nos planos instituinte e constituinte de sua construção, porque a lei constitucionalizada é provimento de mérito irrevogável ou inarredável por juízos que desejam “manter o poder constituinte na sua transcendência soberana com relação a toda ordem constituída”<sup>372</sup>. Isso porque no Estado instituído como Democrático de Direito não há fundamentação para uma atividade jurisdicional de “formação dogmática”<sup>373</sup>, por cujo direito aceita a intervenção da autoridade por um ato de vontade ou de poder, por um discurso com pretensão de revelar-se como essência da verdade para se tornar certeza na consciência. Como denuncia Rosemiro Pereira Leal:

<sup>369</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 38.

<sup>370</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 51.

<sup>371</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 338).

<sup>372</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 47.

<sup>373</sup> POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**: organização e tradução de David Miller. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2010, p. 28.

O que se testemunha é o **ativismo-garantismo** de um direito homologatório de realidades políticas miticamente implantadas em que decisores (autoridades) já pertencem a uma *sociedade pressuposta* antes mesmo de se considerarem integrantes de um projeto de uma Sociedade Democrática de Direito Constitucionalizado, negando a esta existência real e atribuindo àquela uma existência verdadeira e portadora de valores aos quais historicamente aderiram sem qualquer reflexão sobre suas bases fundantes e operacionais.<sup>374</sup>

O dogmático, dessa forma, estreita-se ao ordenamento jurídico, e persiste “inconstitucionalmente em preservar a eternidade normatizante, sábia e insondável dos princípios e fins do Estado hegeliano”<sup>375</sup>, por um raciocínio dialético, que é o que obtém originando de proposições conforme as opiniões aceitas, bem como pela legitimidade sob uma dimensão exclusivamente lógico-normativa em bases ideológicas que prevalecem nas “autocracias contemporâneas”<sup>376</sup>.

É identificado, sobretudo, pela adoção de pontos de vistas formalistas e legalistas, quais sejam, superioridade da lei e pela representação da atividade da autoridade jurisdicional por juízos de convencimento (não está preocupado com a fundamentação) com “forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que constituía sua justiça a partir de decisões concretas, para então extrair princípios que lhe servissem de fundamento de validade”<sup>377</sup>.

Dessa forma, imperando o descumprimento da aplicabilidade do texto constitucional pela “procedimentalidade estruturante do *devido processo* instituinte [...] à compreensão de legitimidade *a posteriori* da construção constituinte do Estado Democrático de Direito [...] como *espaço* jurídico-hermenêutico de difusa e irrestrita fiscalidade”<sup>378</sup>, o que perpetua é um Estado legiferante regido por normatizações com conteúdo de legalidade duvidosa, haja vista estar estacionado em um modelo constitucional que não rompeu a barreira, dada a conveniência, de paradigmas de Estados Dogmáticos (liberal e social de direito).

<sup>374</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 248.

<sup>375</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O declínio do Estado Hegeliano e o esperado fim das guerras. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 163.

<sup>376</sup> FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 19.

<sup>377</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 141.

<sup>378</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 335.

## 5.2 A jurisatisfatividade pré-cógnita dos direitos fundamentais ao processo

A democracia é pressuposto inerente dos direitos fundamentais, tendo em vista a tenacidade para sua concretização. Mas no Estado Democrático de Direito é pelo devido processo instituinte, em bases “juridicamente normatizados e abertos a uma fiscalização procedimental legitimada a todos (concreta e abstrata)”<sup>379</sup>, que se fundamentam os direitos fundamentais pela irrestrita fiscalidade no espaço processualizado, elegendo uma teoria da linguagem jurídica (processo) habilitando o povo na integração de uma comunidade jurídica por uma relação biunívoca (correspondência entre dois conjuntos), como ensinado por Rosemiro Pereira Leal, vida-contraditório, liberdade-ampla defesa e dignidade-isonomia.

Dessa forma, contrapõem-se ao entendimento prevalecente nos Estados de dogmatização reinante, e que ainda se faz presente, mesmo com a instituição de um novo paradigma de Estado, em decisões pragmáticas de realização de preferências (princípios de adequabilidade e proporcionalidade) e afirmações de igualdade e liberdade para efetividade da atividade jurisdicional que, sem antes instituir fundamentos “no espaço de discursividade processualizado”<sup>380</sup>, é admitir a tiranização de uma jurisdição que se acha única legitimada para o destino dos povos.

Mas essa é a forma como o Estado-juiz, por um “fundamento místico da autoridade”<sup>381</sup>, ainda impera no Estado Democrático de Direito, em razão de continuar estacionado em um modelo constitucional no qual o processo é um mero instrumento da jurisdição. Para essa, a legitimidade está contida totalmente na legalidade e a consequência dessa aceitação é a timidez da participação ativa do legitimado ao processo constitucionalizado, bem como o acanhamento da resistência possível às leis que negam os fundamentos da democracia.

À vista disso, é imperativo destacar “a total inocuidade de um discurso constitucional, quanto a direitos porventura ali assegurados, se não considerados como conteúdos de um sistema lingüístico permanentemente aberto à textualização [...] por todos os integrantes de uma comunidade jurídica [...]”<sup>382</sup>. Nesse sentido, indivíduos e populações podem ser e são excluídos do estado de direito, vivendo em uma zona de indeterminação na

<sup>379</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 133.

<sup>380</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalingüística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 180.

<sup>381</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 20.

<sup>382</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006, p. 90.

qual sua liberdade processual é subtraída, na medida em que estrategicamente utiliza-se de um pragmatismo social de feições ideologicamente dominante, a usurpar (lesar, burlar, enganar) direitos fundamentais constitucionalizados e já antecipados no nível instituinte de produção das leis em bases constituintes a “legitimarem *executividade* incondicionada”<sup>383</sup>. De acordo com Rosemiro Pereira Leal:

O crescimento incontido dos fossos de desigualdade social e a fúria beligerante pela sobrevivência explicam-se pelo reforço hermenêutico que o aplicador da lei empresta à realidade contraposta aos conteúdos dos direitos fundamentais desatendidos no plano executivo da constitucionalidade vigente. Utiliza-se o processo como instrumento mórbido de uma jurisdição judicial de resolução de conflitos emersos da constitucionalidade não cumprida a serviço de uma paz sistêmica metajurídica sentencialmente provimentada em critérios jurisprudenciados por valores de uma eticidade estranha aos destinatários normativos a quem se nega o acesso processual à execução dos direitos fundamentais já acertados em cognição constituinte.<sup>384</sup>

Dessa forma, os legitimados ao processo aparecem como cidadãos com o direito constitucionalmente assegurado negado por uma jurisdição estruturalmente estagnada (parada, estacionária) em paradigmas de Estados Liberal e Social de Direitos, à negar-lhes “o **devido processo** como *devoir* a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco *interpretante* de criação (vir-a-ser) e atuação de um sistema normativo”<sup>385</sup>, bem como efetividade de direitos fundamentais ao processo já pré-decididos (pré-cógnitos) em níveis instituinte e constituinte no Estado Democrático de Direito. O jurídico e o científico se tornam, assim, amarras desta trama formulada por “força coercitiva do poder”<sup>386</sup>, levando ao que Agamben propõe como o *Estado de Exceção*, afirmando:

[...] o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.<sup>387</sup>

<sup>383</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 336.

<sup>384</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 57. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>385</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o *devoir* processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010, p. 112.

<sup>386</sup> FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 63.

<sup>387</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 48-49.

A estabilização dos direitos fundamentais ao processo encontra-se demarcada e assegurada nos níveis instituinte e constituinte da produção da Lei, “como fundamento do sistema jurídico-democrático para a criação de uma sociedade aberta derivada de uma comunidade de *legitimados ao processo* (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados (*hermenêutica isomênica*)”<sup>388</sup>.

Sendo assim, e como demonstra cientificamente Rosemiro Pereira Leal, a concretização dos direitos fundamentais ao processo dispensa, por total ausência de fundamentação jurídica por um percurso epistemológico (crítico) da linguagem processualizada, apreciação e concessão do julgador do alto do seu poder soberano por meio de decisões meramente técnicas estruturas no século XVIII, o chamado século das luzes.

### 5.3 A queda do monopólio do sentido pela *Auctoritas*

Os dispositivos de poder nas sociedades a partir da perspectiva da formação do Estado Moderno, tendo por base a razão de Estado (Maquiavel e Hobbes), tiveram como ajuste um poder soberano no sentido de manter o monopólio do uso da força. E o Estado sempre se utilizou de meios, seja por trapaça, engodo e principalmente pela violência, para que a ideia (ideologia) da força não sucumbisse à força da argumentação (debate).

Dessa forma, em oposição ao monopólio da força, o Estado, por meio mais adequado ao fim por ele escolhido, ou seja, racionalizar o comportamento político para a manutenção do poder, considera que a violência praticada não é tida como atitude irracional. O poder público, pois, submete a sociedade a um movimento perturbador na medida em que privilegia o império das leis bem como um saber organizado (metafísica<sup>389</sup>), em detrimento

<sup>388</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 274.

<sup>389</sup> Conforme consta no dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, metafísica é “Ciência *primeira*, por ter como objeto o objeto de todas as outras ciências, e como princípio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Por essa pretensão de prioridade (que a define), a M. pressupõe uma situação cultural determinada, em que o saber já se organizou e dividiu em diversas ciências, relativamente independentes e capazes de exigir a determinação de suas interrelações e sua integração com base num fundamento comum. (...). Portanto, a M., como foi entendida e projetada por Aristóteles, é a ciência primeira no sentido de fornecer a todas as outras o fundamento comum, ou seja, o objeto a que todas elas se referem e os princípios dos quais todas dependem. A M. implica, assim, uma *enciclopédia* das ciências, um inventário completo e exaustivo de todas as ciências, em suas relações de coordenação e subordinação, nas tarefas e nos limites atribuídos a cada uma, de modo definitivo (v. ENCICLOPÉDIA). A M. apresentou-se ao longo da história sob três formas fundamentais diferentes: 1- como teologia; 2- como ontologia; 3- como gnosiologia. (...). O terceiro conceito de M. como gnosiologia é expresso por Kant. Na verdade, a origem desse conceito deve ser identificada na noção de *filosofia primeira* de Bacon: “Uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e que, no progresso das doutrinas, constitua a parte comum do caminho, antes que as sondas se separem e se desunam”. (...). A característica da M. kantiana é sua pretensão de ser “uma ciência de conceitos puros”, ou seja, uma ciência que abarque os conhecimentos que podem ser obtidos independentemente da experiência, com base nas estruturas racionais da mente humana. (...). (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo:

à construção destas em “espaço processual como recinto possível e legítimo”<sup>390</sup> para a construção do direito.

Há uma ausência racional da efetividade do direito (uma defenestração jurídica proposital), em virtude, especialmente, do uso do poder da autoridade que se julga soberana, por cujo aparelho estatal se utiliza da força e do ordenamento jurídico como meio de negação do próprio Estado legitimado. Conforme Walter Benjamin:

Pois se a sua origem for a violência, a violência coroada pelo destino, não está longe a suspeita de que na instituição do poder supremo – o poder sobre vida e morte, o qual se apresenta na forma da ordem jurídica –, as origens do poder-violência interferem de maneira representativa na ordem existente e ali se manifestam de forma terrível.<sup>391</sup>

Não há a preocupação e muito menos o compromisso de redução da violência institucional, em razão de a prática tradicional do exercício do poder estar alojada nas áreas obscuras do direito e da democracia, legitimando a violência, a arbitrariedade e a suspensão dos direitos, em nome da segurança e da manutenção do poder que se julga legítimo. Isso é a evidência da “sequela histórica do paradigma do Estado liberal e social de direito que, abonando o dogma do discurso finito posto pela *auctoritas*, impede a reconstrução procedimental processualizada [...] do Sistema Jurídico pela comunidade dos legitimados ao devido processo”<sup>392</sup>. Dessa forma, vivemos, sem que o ser humano, em sua maior parte, tenha consciência disso, conforme denuncia Rosemiro Pereira Leal,

[...] numa autocracia jurídica duradoura pela ‘jaula de ferro’ de um direito de feições milenarmente dogmáticas. O mundo hegemônico é refém secular dessa estrutura paranoica não dilucidada que leva o próprio homem ao autoextermínio com suas armas a cada dia mais sofisticadas. [...], o desejo dos paranoidizados é que nos dogmatizemos a cada dia mais. Que a nossa crença numa *realidade* implantada pelos *heróis* da história aumente cada vez mais.<sup>393</sup>

---

Martins Fontes, 2007, p. 660-665).

<sup>390</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 35.

<sup>391</sup> BENJAMIN, Walter. Crítica da violência, crítica do poder. **Revista religião e sociedade**, Rio de Janeiro, V. 15, n. 1, p. 132-140, 1990, p. 135.

<sup>392</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático, p. 371-379. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz e Almeida; FERREIRA, William Santos (Coord.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 374.

<sup>393</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 101. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

A vigência desse imperativo de exceção para a construção do Estado Democrático de Direito implica uma negativa de reconhecimento dos direitos fundamentais ao processo, e consequentemente em não reconhecimento do legitimado no exercício da cidadania plena. É uma inconstitucionalidade que se reduz por uma distinção entre o conceito grego de *zoé* e *bíos*<sup>394</sup> que transporá no *homo sacer*<sup>395</sup>, figura jurídica do direito romano arcaico que designa aquele que pode ser morto, ou seja, a vida matável e indigna de viver.

A liberdade do homem na democracia processualmente constitucionalizada, e nesse recinto da institucionalização do processo afasta-se qualquer mito da ideologia, “define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (LEIS)”<sup>396</sup>, sendo o interpretante na discursividade democrática o devido processo legal. Nesse sentido:

A crer que o “código” discursivo (interpretante) é sempre ideológico, descuida-se da distinção atualmente possível, com o ensino de Popper, entre ideologia e teoria, bem como do afastamento do dogma de que a interpretação da interpretação é sempre produtora heterossignificativa (plurissignificativa) de textos plurissubjetivos. Vimos que, na *democracia*, a partir do instante em que o texto (teoria) institui o discurso (**lei**), esta não é mais objeto de interpretação correta e exclusiva do destinador (locador-instituidor) da normatividade e de seus locatários e sublocatários (decisores oficiais), porque o *interpretante* (neo-paradigma processual) já é posto na rede normativa (sintagmática) como referente lógico-jurídico (*devido processo*) para toda a comunidade linguística constitucionalizada (co-institucionalizada).<sup>397</sup>

Ausente o “interpretante, no espaço processual de discursividade que antecede e legitima a decisão na democracia”<sup>398</sup>, a comunidade jurídica será apenas joguete no interior

<sup>394</sup> Conforme explica Ruiz, “O termo *zoe*, na cultura grega, designa a mera vida natural, enquanto o termo *bios* denomina a vida humana que vai além da mera vida natural. Ou seja, a constituição do sujeito na sua vida social e política”. (RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Paradoxos do biopoder: a redução da vida humana a mera vida natural. **Revista de filosofia Unisinos**, set/dez, p. 263-275, São Leopoldo, 2007, p. 264).

<sup>395</sup> Pela explicação de Amitrano, “O termo *sacer* indica o *enigma de uma figura do sagrado aquém ou além do religioso*, uma figura obscura do Direito romano arcaico, que foi julgada por um delito, e que, a partir disso, não é considerada pura e não poder ser oferecida em sacrifício; porém, se for assassinada, seu assassino não é considerado um homicida. Agamben retoma a expressão *sacer esto – impune occidi*, que indica exclusão do sacrifício, e o termo *Sacrum*, que indica o que é destinado aos deuses. Isso nos leva à dificuldade conceitual do significado do termo *homo sacer*, pois, enquanto é vetado violar coisas sacras, é lícito matar o homem sacro. Se o *homo sacer* era vítima de sacrifício arcaico, poderíamos entender que sua morte fosse defendida na forma prescrita de um ritual; porém não se trata disso, embora pudessem matá-lo sem que isso fosse sacrilégio ou *contaminasse (tornasse impuro)* seu autor. Alguns afirmam que esse conceito é resíduo de uma época em que o Direito penal e o religioso eram indistintos, sendo essa a mais antiga forma de penalidade do Direito criminal romano. (AMITRANO, Georgia. O paradoxo do *homo sacer*: entre o abandono e o bando. **Cadernos de ética e filosofia política**, São Paulo, n. 23, p. 78-92, 2014, p. 80).

<sup>396</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 271.

<sup>397</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 277.

<sup>398</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 84.

do jogo violento, fracionado e bifurcado das interpretações da *auctoritas* (autoridade) no uso peculiar do seu modo de dominação, porque “nenhum é mais eficiente do que o da manipulação dos sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e antivalor; [...]”<sup>399</sup>.

Manter uma postura de submissão e aceitar a interpretação de dominação dogmática da *auctoritas*, significa acolher a perpetuação de uma violência milenar e não se inquietar (desesperar) contra as angústias contemporâneas. O direito que se perpetua no Estado Democrático de direito, por força tradicionalmente de ainda vigorar, de forma obscura, os Estados liberal e social, é um direito autoritário e que não pode ser considerado democrático, porque para isso a formação das leis deve necessariamente ser produzida no plano instituinte do direito.

Os elementos narrativos da leitura de *O Processo*<sup>400</sup>, romance de Franz Kafka, obra contemporânea da simultaneidade da falência da explicação do mundo apoiada em conceitos metafísicos, e a inexistência de uma construção do direito em bases concretamente democráticas, e por isso a lacuna do ordenamento jurídico é a ordem do dia, são assustadores na medida em que é deixado para o poder soberano todas as decisões na condução da humanidade, vale dizer, toda a construção de um ordenamento jurídico que lhe possibilite atuar de forma mais dogmática (poder da *auctoritas*) possível.

A personagem protagonista Joseph K. (personagem apresentada como réu sem indiciamento e direito de defesa, sendo acusado e julgado sem saber porquê e muito menos por quem) é, ou melhor, pensa ser um sujeito de direitos vivendo em um Estado de Direito. Na hipótese de que isso fosse verdade, tal sujeito teria direitos assegurados universalmente pelo Estado e, portanto, poderia reclamá-los a qualquer momento.

Ainda na tendência da mesma hipótese, Joseph K. estaria protegido por valores universais que sinalizariam as condutas necessárias e próprias. E tudo isso no contexto de um sistema jurídico baseado na existência do Estado de Direito, ambos orientados por princípios constitucionais.

O Estado democrático de Direito instituído com a Constituição Federal de 1988 ainda é orientado por princípios e propósitos metafísicos (ciência que envolve os conhecimentos que podem ser obtidos independentemente da experiência, com base nas estruturas racionais da mente humana, conforme Nicola Abbagnano), haja vista a

<sup>399</sup> LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 4.

<sup>400</sup> KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

contradição de ainda imperar no paradigma atual de Estado o “dogma positivista de preservação do caráter oculto do sentido normativo [...] com total ausência de conteúdos de **democraticidade** caracterizada pela teoria jurídica do *devido processo* que distingue a constitucionalidade democrática brasileira [...]”<sup>401</sup>.

Os princípios e objetivos metafísicos há muito estão falidos, porque é uma utopia (mito) que não pode mais oferecer segurança para a vida em sociedade, traduzindo essa segurança que o legitimado ao processo dispõe em consequência “da evolução de uma linguagem descritiva e argumentativa”<sup>402</sup> na criação das leis. A falência da metafísica como asseguradora da segurança aparece na narrativa kafkiana.

Em *O processo*, os princípios e objetivos metafísicos dos Estados dogmáticamente implantados há séculos, a perpetuar em trevas mantidas pela *auctoritas*, estão realmente falidos: existem ao lado dos valores históricos, mas já perderam sua força e as personagens secundárias sabem disso.

A falência é reconhecida por todos, menos por Joseph K., que não percebe que, uma vez ruída a base do Estado de Direito, ele mesmo deixa de ser um Estado de Direito e pode se tornar uma coisa qualquer, menos um cidadão.

No raciocínio dialético “que é o que se obtém partindo de proposições conforme as opiniões aceitas”<sup>403</sup>, a obra *O processo* pode ser interpretada como a apresentação de um estado de coisas que conta com os valores metafísicos para garantir seus ideais humanistas, para se justificar, mas que convive, de fato, com a total degeneração da metafísica e de determinado humanismo ligado ao saber transcendental (enigmático). Conforme Kafka:

O processo não pode parar sem que pelo menos existam para isso motivos aparentes. E, assim, é necessário que aconteça alguma coisa externa no processo. É preciso, portanto, que de tempos em tempos sejam tomadas diferentes medidas, e o acusado tem de ser interrogado, investigações têm de acontecer e assim por diante. O processo tem, pois, de girar continuamente no pequeno círculo em que está artificialmente encerrado.<sup>404</sup>

<sup>401</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 105-106. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>402</sup> POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da Racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 121.

<sup>403</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 24.

<sup>404</sup> KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 187.

O que serve de alerta para o legitimado ao processo, este pede a Joseph K.: que abandone a “postura de submissão e subserviência”<sup>405</sup> que propicia o monopólio do sentido pela *auctoritas*, e repudie a dialética como se ela fosse inerente ao ordenamento jurídico. Que assumam-se enquanto intérprete para a construção do “espaço processual como recinto possível e legítimo da metalinguagem”<sup>406</sup>, para denunciar a democracia instalada como simulacro (simulação) de uma constitucionalidade jurídica que ainda é orientada por uma ideologia da dominação social.

O texto kafkiano reforça tais considerações quando Joseph K., refletindo sobre a necessidade de redigir sua petição, afirma que “O que não podia era ficar parado a meio caminho; isso era, e não apenas nos negócios mas sempre e referente a tudo, a coisa mais insensata”<sup>407</sup>.

A teoria neoinstitucionalista ao trabalhar processo como metalinguagem (suplantar as limitações da linguagem objeto determinadas espontaneamente pela realidade cultural) por uma lógica do racionalismo crítico<sup>408</sup>, desmistifica (revela) que a democracia que atualmente se pratica no Estado Democrático de Direito mantém traços preponderantes de um Estado hegeliano (liberal e social) em um recinto dogmático em que prevalece o poder da autoridade.

No Estado Democrático de Direito, para que possa haver a construção do processo, que na teoria neoinstitucionalista, cientificamente formulada por Rosemiro Pereira Leal a partir da matriz problematizante de Karl Popper (racionalismo crítico), “é o referente lógico-

---

<sup>405</sup> POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**: organização e tradução de David Miller. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2010, p. 18.

<sup>406</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012, p. 173.

<sup>407</sup> KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 152.

<sup>408</sup> O Professor David Miller (discípulo de Karl Popper) do Departamento de Filosofia da Universidade de Warwick (fundada em 1965 e localizada no limite da cidade de Coventry, no coração da Inglaterra) estando no Brasil no ano de 2014, a convite do Professor Rosemiro Pereira Leal, Presidente do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos no Brasil, proferiu a palestra “*A Lógica do Racionalismo Crítico*”, versão de 27 de setembro de 2014, conforme se transcreve: “O *racionalismo crítico* é a filosofia do conhecimento humano que foi esboçada pela primeira vez por Karl Popper no capítulo 24 de seu famoso livro *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos* (1945). É realmente uma generalização inspirada e sutil a todo o nosso conhecimento da filosofia da ciência empírica que Popper apresentou em seu primeiro livro publicado, a saber *A Lógica da Pesquisa Científica* (1934). Essa filosofia da ciência chama-se o *falsificacionismo* ou o *falseacionismo*. A lógica do falsificacionismo é essencialmente a lógica do racionalismo crítico escrita nas maiúsculas. (...). Todo o nosso conhecimento, como Popper sugeriu, consiste em suposições injustificadas. Mas, embora essas suposições sejam feitas livremente e de maneira extravagante, elas podem ser disciplinadas depois que elas criarem raízes. Elas não são, ou não são necessariamente, apenas suposições selvagens que abandonam qualquer responsabilidade. Como uma alternativa a fazer tentativas fúteis para justificar nossas suposições, nós podemos fazer tentativas frutíferas para criticá-las e eliminá-las se não resistem às críticas. Nós não usamos o raciocínio indutivo para consolidar nossas suposições (ainda que elas sejam verdadeiras), mas o raciocínio dedutivo para liquidá-las (se elas forem falsas). Em suma, a nossa exploração do mundo, em todos os seus aspectos, é uma sequência complicada de *conjecturas e refutações*”.

jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema jurídico”<sup>409</sup>, o legitimado ao processo é interpretante e não interpretado para a construção do direito em níveis instituinte, constituinte e constituído para formação do direito, formalizados e oferecidos à crítica científica da linguagem pelo discurso, provocando, assim, a queda do monopólio do sentido pela *auctoritas*.

---

<sup>409</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 271.



## 6 PROCESSO INSTITUINTE ORIGINÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a institucionalização do Estado em Democrático de Direito, cuja Constituição Federal foi promulgada em 1988, houve, como consta no artigo 1º, a abolição do republicanismo, ou seja, do paradigma dos Estados Liberal e Social de Direito com prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador desses modelos.

O positivismo jurídico tem como característica fundamental um ordenamento jurídico construído pela ciência dogmática do direito e com manutenção da autocracia da autoridade. O despotismo legitimado na norma jurídica tem por finalidade a perpetuação da dominação legal, conforme manifestado por Max Weber<sup>410</sup>.

O que se pode constatar no paradigma de Estado instituído pela Constituição Federal vigente, é que não houve a ruptura com os padrões estabelecidos estruturalmente dos Estados passados, e mesmo com o chamado modelo constitucional tão defendido por juristas com formação democrática, houve a preservação de uma jurisdição que tem aversão à crítica jurídica, portanto “abonando o dogma do discurso finito posto pela *auctoritas*”<sup>411</sup>, que por esta é implementado mero ato de vontade, com a consequente perpetuação de um obscurantismo tradicionalmente formado por valores e crenças estabelecidos há milênios.

### 6.1 Fiscalidade processual democrática

O Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se em crise, haja vista que a sociedade dita pressuposta continua profundamente enraizada nas concepções do século XVIII, em cujas revoluções originaram-se os Estados de estruturas dominantes e manipuladoras, por cuja “alienação do Outro é mantida e vivida em cada um por uma liberdade alienada. Alienada em sua objetivação, em seus resultados [...]”<sup>412</sup>. E esse poder soberano que coage, oprime, manipula, ameaça e não admite contestação, perpetua pelo mito de um poder constituinte originário comportando-se como protetor de uma pretensa

---

<sup>410</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

<sup>411</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático, p. 371-379. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz e Almeida; FERREIRA, William Santos (Coord.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 374.

<sup>412</sup> SARTRE, Jean-Paul. **Crítica da razão dialética**: precedido por Questões de método. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 750.

democracia disfarçada por uma absoluta tirania de valores e normas, sob um manto ideológico e mítico por autoridades que se pretendem legitimadas. Dessa forma, conforme firme crítica de Rosemiro Pereira Leal:

[...] sob o rótulo da *reserva legal* é que os Estados liberal e social de direito validaram e vêm validando, ao longo dos séculos, as maiores atrocidades, opressões e tiranias dissimuladas contra a humanidade por via de poderes judiciários, como o brasileiro, que, adeptos do instrumentalismo processual supostamente realizador de escopos metajurídicos, são, por acenos de salvação das leis, captados pela ideologia axiológica de pacificação sistêmica (ilusória) da sociedade política e guardiães míticos (depositários fiéis) da ordem jurídica.<sup>413</sup>

Existe o hábito inconsciente da aceitação sem indagação do poder da *auctoritas*, seja pelo medo do titular da autoridade por mero costume, e aqui a atribuição da legitimidade “baseada na ‘crença cotidiana do sagrado das tradições prevalecentes’”<sup>414</sup>, seja pelo caráter racional-legal como descreve Weber no ensaio “Três tipos puros de dominação legítima”, fundada na crença na legitimidade de ordens objetiva e de pretensa legalidade instituída, com direito de mando exercido por aqueles investidos, não por legitimados ao processo, na autoridade procedente de Estados aparelhados, e muito bem aparelhados, para exercer a completa dominação ideológica, sendo o homem condenado a ser um prisioneiro eterno do discurso do tirano.

Várias teorias, quase sua totalidade ideologias, foram e estão sendo propostas para interrogar, por meio do processo, o mito da autoridade (*auctoritas*), bem como seu poder nos ordenamentos jurídicos que se eterniza nos Estados constituídos. Criar uma teoria que possa interrogar e apresentar caminhos cientificamente sólidos para iniciar uma desconstrução<sup>415</sup> de um Direito dogmático (aquele que aceita a intervenção da autoridade para dizer qual é o direito) há milênios implantado, há que se ter um grau elevadíssimo de ousadia, bem como um estoque teórico que somente pode ser adquirido em décadas de estudos.

A teoria neoinstitucionalista do processo<sup>416</sup>, criada e em elaboração por Rosemiro Pereira Leal, haja vista que sua finalidade é pretender compreensões por uma ciência democrática de direito, tem por fundamento científico a teoria do racionalismo crítico de Karl Popper, por sua matriz filosófica e problematizante, para a construção do conhecimento em

<sup>413</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 113.

<sup>414</sup> FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 38.

<sup>415</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>416</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

bases morfológicas (técnica-ciência-teoria-crítica) de uma epistemologia jurídica proposicional formalizada e oferecida à crítica. Conforme Hans Albert:

Para a análise das conseqüências do racionalismo crítico no âmbito da teoria da ciência, pode-se partir do fato de que se aspira, no pensamento científico ao conhecimento das condições do mundo real e, conseqüentemente, à teorias que possuam grande força de elucidação e que penetrem profundamente na estrutura da realidade; teorias que, podemos supor, se aproximem, o mais possível, da verdade, embora nunca possamos alcançar a certeza nesse sentido.<sup>417</sup>

A partir da instituição do Estado Democrático de Direito, houve a necessidade de interrogar e examinar os postulados (dogmas) de uma ciência dogmática que continua se perpetuando, porque milenarmente estabelecida, por “uma investigação desconstrutiva da realidade culturalmente fabricada ao longo das ideologias constitucionalmente formalizadas que ainda orientam as interpretações mítico-historicistas e utópicas nas instâncias jurídico-políticas do Estado, [...]”<sup>418</sup>.

Essa desconstrução pela investigação não quer significar a demolição do que se constrói, mas o anúncio do que resta por pensar. Não se pretende o desfazer-se total do ordenamento jurídico, mas a construção deste pela reconstrução de discursos reconstitutivos em uma operação de recontextualização aberta ao legitimado pelo devido processo legal (*due process of law*).

Dessa forma, o processo é o meio pelo qual proporcionará a construção do direito liberto do mito da ideologia de um poder autocrático e presunçoso, não no plano constituído da Lei como atualmente prevalece, e, portanto, a prevalência do poder constituinte originário, mas o direito sendo constituído em sua origem da “produção da lei”<sup>419</sup>, no nível instituinte do direito, demarcando assim a democracia em sua base de criação.

Mas o poder como posto e inquestionável continua sendo aceito e compartilhado, consensualmente, e com ausência quase total de reflexão crítica sobre sua continuidade e dominação capturante (gaiola de Weber<sup>420</sup>), que torna-se quase impossível romper o mito da alienação implantada por uma influência milenar e de formação dogmática, porque “As

<sup>417</sup> ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 63.

<sup>418</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008, p. 342.

<sup>419</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 147.

<sup>420</sup> WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

discussões sérias e críticas são sempre difíceis”<sup>421</sup> para mudança da postura de submissão e subserviência que a sociedade se acostumou.

Por isso o Estado brasileiro ainda é instrumentalizado pela Ciência Dogmática do Direito, no qual prevalece um poder constituinte originário em que as leis originam-se pelo plano constituinte e constituído, com uma jurisdição que utiliza o processo como instrumento de sua atuação e para servir “apenas à autoridade na discussão do Direito”<sup>422</sup>, bem como prevalência ao culto a um Estado onipotente (poderoso), portanto soberano.

Rosemiro Pereira Leal, para elaborar sua teoria neoinstitucionalista do processo e que continua em construção, encontrou nas proposições de Karl Popper o ponto de partida para indagar um direito extremamente dogmatizado com exacerbada adoração à autoridade. Nesse sentido:

De acordo com Popper, o trabalho da ciência é o de conceber e testar conjecturas. Os cientistas não podem estar seguros de que suas conjecturas atuais são verdadeiras, nem mesmo que eles vão algum dia atingir a verdade ou que iriam saber, se atingissem mesmo a verdade, que o fizeram. Contudo, se a verdade deve ser não apenas um ideal, mas um ideal ‘regulador’ ou que *guia*, deve ser possível dizer, quando uma teoria substitui outra, se a ciência está se aproximando da verdade.<sup>423</sup>

Daí ser imprescindível “a pré-instalação de um **pacto** de significância (paradigma discursivo-linguístico) como *teoria da constitucionalidade* [...], a regenciar e balizar a construção, aplicação e extinção do **direito** que reclama [...], ao seu exercício, falantes **dialógicos** (*legitimados ao processo*)”<sup>424</sup>, que é o que conjectura (forma de adquirir conhecimento pelo debate crítico) a teoria neoinstitucionalista do processo, esse como fundamento (origem) da democracia no plano instituinte para a produção do direito. Rosemiro Pereira Leal, cujas pesquisas científicas para a construção do processo no Estado Democrático de Direito tem como demarcação a matriz filosófica e problematizante de Karl Popper (racionalismo crítico<sup>425</sup>), ensina que para os historicistas (concepção da ciência e conhecimento pelo senso comum):

<sup>421</sup> POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da Racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 84.

<sup>422</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 101. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>423</sup> HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 164.

<sup>424</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 44. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

<sup>425</sup> POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**: organização e tradução de David Miller. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2010, p. 33-44.

[...] não há interesse por uma reconstrutividade de um sistema social pelo refutacionismo científico-evolucionário permanente e gradual como se colhe em Popper. A falseabilidade contra o senso comum e o senso comum de conhecimento é, em Popper, condição edificativa de uma **sociedade aberta** pelo *método crítico* (teorias falseabilizáveis) cujo critério de demarcação científica implica na exclusão de medir conclusivamente (sincronicamente) os resultados da pesquisa científica e ofertá-los de modo eventual (*normal*) ao poder intelectual e institucional quando ditos imprescindíveis à *ordem social* dogmaticamente implantada e operacionalizada.<sup>426</sup>

Na teoria neoinstitucionalista, esta valendo-se do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, bem como mantendo-se distante das ideologias porquanto além de ser uma teoria crítica é, sobretudo, uma teoria autocrítica, ou seja, para ser refutada há a necessidade de utilizar a própria teoria, o processo atua no plano instituinte da constitucionalidade, haja vista “ajuste constitucional pelo **Devido Processo Coconstitucionalizante** como instância crítico-constitutiva de uma democracia jurídica de Estado não dogmático”<sup>427</sup>. Dessa forma, identifica o marco (demarcando) do paradigma do Estado Democrático de Direito na sua origem pelo qual o povo, como comunidade de legitimados ao processo, exerce uma fiscalidade incessante no nível instituinte e constituinte do discurso constitucional pelo interpretante (devido processo legal).

O poder dessa forma, na sua constitucionalidade originária (poder constituinte originário) não mais detém a legitimidade, tornando-se um mito, porque a democracia não pode originar-se no plano imediatamente anterior ao da vigência do direito para que este se operacionalize na processualidade jurídica democrática, qual seja, no plano constituinte, mas sim no nível do direito onde há produção da lei, no nível instituinte pelo processo, para que seja “possível a legitimidade de um **sistema jurídico** mediante uma fiscalidade procedimental”<sup>428</sup>, determinando aplicação originária (processo instituinte) no Estado Democrático de Direito.

<sup>426</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 184.

<sup>427</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

<sup>428</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 198.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo por pretensão interrogar as formas de poder há séculos impostas pela ciência dogmática do direito, o presente trabalho procurou demonstrar que as mesmas estruturas de dominação erigidas, sobretudo, nos Estados Liberal e Social de Direito, mantêm-se, em seus alicerces, inalteradas no Estado Democrático de Direito. Logo, os instrumentos de multiplicação dos conflitos e de violência continuam a se perpetuar na sociedade contemporânea.

Identificar as origens da produção das leis a partir de uma epistemologia jurídica formalizada e oferecida à crítica, tornou possível apreender que o Poder Constituinte Originário não se sustenta em um Estado Democrático de Direito, como o constituído no Brasil no ano de 1988.

Isso porque ao questionar o Poder Constituinte, o que se tem por pretensão é interrogar o aparelhamento ideológico de um poder que se julga institucionalizado mesmo sem legitimidade democrática e, portanto, pretensamente portador de um poder soberano. O poder da autoridade vem sendo reforçado há séculos, adequando-se às circunstâncias de cada época, cuja estrutura de dominação vem sendo mantida por ideologias baseada em uma violência estatal autoritária que não permite questionamento.

Portanto, não há como compreender o Estado Democrático de Direito na construção de uma sociedade democrática livre de técnicas de tiranização de um Estado Soberano, se continuar havendo violência da autoridade por cujas ideologias procuram legitimar seu poder. Constatou-se, dessa forma, a incompatibilidade da prevalência da Ciência Dogmática do Direito em um Estado Democrático que deve ser regido pelo Devido Processo Constitucional.

Pois que não houve o desvencilhamento da tópica, sendo esta o poder da autoridade com estruturas sedimentadas nos Estados Liberal e Social de Direito, que utilizam seus instrumentos de multiplicação de conflitos na vigência do Estado atual. Dessa forma os direitos fundamentais ao processo continuam limitados por um poder constituinte originário moldado por uma dogmática radical, implantado por Estados no exercício do poder soberano com utilização de mecanismo de opressão e autoritarismo.

Interrogando a pretensa legitimidade de um poder constituinte elaborado sob estruturas dogmáticas tradicionalmente dominantes e secularmente estabelecidas, demonstrase os meios pelos quais o Estado exerce seu domínio no sentido de perpetuar o mito da autoridade, sobretudo pela estratégica dominação legal por meio de tecnologias para o controle da sociedade.

Pela análise do ponto dos estudos que trata do mito do poder constituinte originário, sua competência ainda é considerada absoluta, sendo onipotente porque não está submetido a uma fiscalidade originária do nível instituinte da criação do direito, sendo isso uma característica de uma dogmática jurídica cuja ideologia não permite seja interrogado os fundamentos de sua origem, o que perpetuou nos Estados Liberal e Social de formação positivista kelseniano.

A ciência jurídica dogmática parte do pressuposto de que o sistema jurídico é completo, considerando o Estado a fonte principal de todo o direito, sendo a lei sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente. Isso traz implicações negativas na medida em que a ciência jurídica é considerada como simples compilação de normas, perpetuando o positivismo normativista.

Logo, o presente estudo contesta essa prevalência na qual se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, um sistema jurídico consistente com vinculação kelseniana, porque saturado, como defende Lourival Vilanova, em cujo interior as regras se satisfazem, formalizando a sua completude. Buscando amparo científico em autores como Rosemiro Pereira Leal e Rebecca Goldstein, chega-se a conclusão de que não se consegue obter uma prova da consistência do sistema jurídico porque a fundamentação última está fora dele, ou seja, o sistema estando em expansão contínua (teoria neoinstitucionalista) só pode ser incompleto.

O processo no Estado Democrático de Direito, é uma instituição em cujas bases científicas têm por determinação questionar as estruturas de poder tradicional e ideologicamente dominantes, haja vista a construção da democracia somente ser possível a partir do plano instituinte da criação do direito. Dessa forma, revela-se a necessidade de ruptura com o poder constituinte originário, posto ser esse um mito empregado pela autocracia de um poder soberano na sustentação de uma ordem de dominação secular pelo monopólio da autoridade, e por isso ser incompatível com o direito democrático estabelecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Como instituto para a construção e controle de um direito em bases fundamentalmente democráticas, bem como demarcando o paradigma do Estado Democrático de Direito no recinto da discursividade processualizada em sua base de criação, ou seja, no plano instituinte da norma para o exercício da fiscalidade processual, somente haverá uma ruptura do mito da ideologia do poder autocrático, dominante e manipulador por um processo instituinte originário.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva , Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço Jurídico Processual na Discursividade Metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- AMITRANO, Georgia. O paradoxo do homo sacer: entre o abandono e o bando. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, n. 23, p. 78-92, 2014.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 22, n. 87, p. 63-69, jul.-set., 1997.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.
- ASSIS, Jacy de. Couture e a Teoria Institucional do Processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, Forense, v. 38, p. 13-26, 2º Trimestre, 1983.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- AULAGNIER, Piera. **A violência da interpretação: do pictograma ao enunciado**. Tradução de Maria Clara Pellegrino. Rio de Janeiro: Imago, 1979.
- AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. O campo de extermínio como paradigma do poder soberano na contemporaneidade. **Cadernos Benjaminianos**, número especial, Belo Horizonte, p. 77-88, 2013.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 16, n. 62, p. 135-200, jan.-mar., 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. **Revista Forense**. V. 337, jan.-mar., p. 105-123. Rio de Janeiro, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.). **Estudos de Direito Processual Constitucional. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito**. São Paulo: Unam-Malheiros, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. V. 1, n. 6, p. 131-148. Porto Alegre, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência, crítica do poder. **Revista Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, V. 15, n. 1, p. 132-140, 1990.

BORNHEIM, Gerd. Crise da ideia de crise, p. 47-66. In: NOVAIS, Adauto (Org.). **A crise da razão**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 7, n. 13 e 14, 1º e 2º sem., p. 150-163. Belo Horizonte, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 8, n. 16, 2º sem., p.147-161. Belo Horizonte, 2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do direito político. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Nova fase**. N. 8, p.107-122. Belo Horizonte, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. Tradução de Rodolfo Krestan. São Paulo: Melhoramentos, 1983.

CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los limites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

CHALITA, Gabriel. **O poder. Reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie**. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Marcelo. As idéias no lugar de Raymundo Faoro. **Cadernos Mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 14 de maio, p. 4-13, 2000.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese Editora, 1979.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. Técnica legislativa e teoria do processo, p. 23-47. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional, v. 7).

FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e Autoridade em Ciência Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

GALUPPO, Marcelo campos. A Constituição pode fundar uma República? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GILES, Thomas Ransom. **Estado, poder, ideologia**. São Paulo: EPU, 1985.

GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude**: a prova e o paradoxo de Kurt Gödel. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, direito e paz perpétua. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, jan./jun. p. 105-121, 1995.

HABERMAS, Jürgen. O confronto Habermas – Ratzinger: cisma do século 21. **Cadernos Mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 de abril, p. 4-5, 2005.

HOMERO. **Odisséia**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2 ed. rev. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2012.

KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KERSTING, Wolfgang. Democracia e educação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira**: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática. Belo Horizonte: Del Rey / FUMEC/FCH, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**: a crise jurídica das economias nacionais. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito econômico**: soberania e mercado mundial. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **O ciclo teórico da coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p. 185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). **Direito**

**Processual:** estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático, p. 371-379. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz e Almeida; FERREIRA, William Santos (Coords.). **O Direito de estar em juízo e a coisa julgada:** estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. O due process e o devir processual democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** Belo Horizonte, V.13, n. 26, jul./dez., p. 99-115, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea, p. 1-22. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). **Técnica Processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy Editora, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. O declínio do Estado Hegeliano e o esperado fim das guerras. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada:** temática Processual e Reflexões Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Judicialização do Processo nas últimas reformas do CPC Brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo Civil Reformado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e Processo:** a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia – A ação como exercício da cidadania. **Revista Eletrônica VirtuaJus da Faculdade Mineira da PUC Minas.** Ano 4, n. 1. Julho de 2005, 9 p. Disponível em: [WWW.fmd.pucminas.br/virtuajus](http://WWW.fmd.pucminas.br/virtuajus).

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia – A Ação Jurídica como exercício da Cidadania. **Texto sobre palestra de encerramento do II Congresso de Direito Processual e Cidadania da USJT (Universidade São Judas Tadeu), SP, em 26.08.05.**

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, V.9, n. 17, p. 89-100, 1º sem. 2006.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEBRUN, Gerard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara. 14ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

LEFORT, Claude. O imaginário da crise, p. 27-45. In: NOVAIS, Aduato (Org.). **A crise da razão**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LENZI, Eduardo Barbosa; VICENTINI, Max Rogério. Vico e a história como ciência. **Revista Acta Scientiarum**. Maringá, v. 24, n. 1, p. 201-210, 2002.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante**. São Paulo: Cultrix, 1978.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe e Dez Cartas**. Tradução de Sérgio Bath. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTON, Scarlett. Um século depois, ainda um extemporâneo. **Cadernos Mais da Folha de São Paulo**. São Paulo, 6 de agosto, p. 16-17, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do Espírito das leis**. Coleção Os pensadores – Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MOREIRA, Luiz. Direito e normatividade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Editora Moderna, 1986.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Mariangela. Soberania, poder e biopolítica: Arend, Foucault e Negri. **Revista de Filosofia**, V. 6, n. 2, dez., p. 152-169. Amargosa, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de Potência**. Tradução de Antônio Carlos Braga e Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2010. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – n. 97, Parte I.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de Potência**. Tradução de Antônio Carlos Braga e Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2010. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – n. 98, Parte II.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

POPPER, Karl Raimund. **Textos Escolhidos**. Organização e tradução de David Miller. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2010.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da Racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PREUB, Ulrich K. Os elementos normativos da soberania. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. *A influência do teorema de Gödel na concepção Kelseniana de consistência do sistema jurídico*. **Revista trimestral de Direito Público**, n. 27, p. 147-155. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. Carl Schmitt – Crítico do positivismo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. O conceito de Constituição na Modernidade: um estudo a partir da Revolução Francesa. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Ana Maria Matos. Derrida e as desconstruções. **Revista de Estudos e Comunicações da Unversidade Católica de Santos**. Ano 30, nº 81/82, p. 107-115. Santos, 2005.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Paradoxos do biopoder: a redução da vida humana a mera vida natural. **Revista de Filosofia Unisinos**, set/dez, p. 263-275, São Leopoldo, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

SARTRE, Jean-Paul. **Crítica da razão dialética**: precedido por Questões de método. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Antiga**. Lisboa: Edições 70, 1984.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Moderna**. Lisboa: Edições 70, 1984.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1986.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHMITT, Carl. **Legalidade de legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução de M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVEIRA, Alípio. **O fator político – social na interpretação das leis**. São Paulo, 1946.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 1, n. 1, 1º sem., p. 90-107. Belo Horizonte, 1998.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. p. 128-141. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN Gabriel (Org.). **Max Weber**. Sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2004. (Série Grandes cientistas sociais, v. 13).

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise, p. 67-82. In: NOVAIS, Adauto (Org.). **A crise da razão**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.