# O DUE PROCESS E O DEVIR PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

## EL DUE PROCESS Y EL DEVIR PROCESAL DEMOCRÁTICO

Rosemiro Pereira Leal<sup>1</sup>

#### Resumo

O devido processo, como direito fundamental, no paradigma de Estado Democrático de Direito, vem inadvertidamente arrastando significações que lhe são estranhas e ainda concernentes ao velho *due process* do direito medieval da Inglaterra de Eduardo III (1354). Por isso, o suporte histórico-compreensivo ou empirismo-analítico dos *landers* (leis da terra) há de sofrer exclusão radical para afastar a *law of the land* adotada como regra hermenêutica do sistema de common law em que o tribunal (*trial*) é que dita o direito em sua concretitude ante leis legisladas que estivessem em contraposição aos conteúdos históricos dos *landers*. Assim, o devido processo como o DEVIR argumentativo numa linguisticidade jurídico-construtiva das decisões em todos níveis de produção e aplicação das normas, segundo uma teoria da constitucionalidade a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, há de ser conjecturado em perspectivas não historicistas, mas em linguagem que suplica uma prévia teorização antes mesmo de ser utilizada conforme é posto na teoria neoinstitucionalista do processo.

Palavras Chave: Devido Processo. Devir. Dever-ser. Vir-a-ser.

### 1. LAW OF THE LAND COMO DEVIDO PROCESSO GARANTISTA-ATIVISTA

É de inesgotável relevância para a ciência jurídica contemporânea (que não é mais dogmática) o registro assinalado por José Alfredo de Oliveira Baracho, em obra clássica, que introduz no Brasil com marcos bem delineados o ensino da novel disciplina "Processo Constitucional", de que, segundo opinião de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo abonada por

<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Obteve créditos plenos no curso de Doutorado em Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG em 1965, sendo que seu diploma de conclusão do referido curso só foi expedido em 1974 com a regularização e integral autorização e reconhecimento do curso pelo MEC. Reiniciou suas atividades acadêmicas após a queda da ditadura militar no país com o advento da Constituição Brasileira de 1988. Recebeu o título de Especialista em Direito Público pela Câmara de Pós-Graduação da UFMG em 1993, fazendo a sua defesa de tese em Direito Constitucional em 1994, obtendo nota máxima da banca examinadora. Desde sua colação de grau, em 1964, pela Faculdade de Direito da UFMG, advogou em várias especialidades jurídicas, entre as quais Direito Comercial, Civil, Econômico, Processual e Direito do Comércio Internacional, possibilitando-lhe atuar em vários países europeus e norte-americanos para empresas brasileiras e instituições bancárias. É fundador de duas secretarias de Estado em Minas Gerais. Vem desenvolvendo estudos em Direito Processual, Constitucional e Econômico com projetos de pesquisa concluídos e em andamento. É autor da TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO, a partir da qual desenvolve e publica vários trabalhos (obras, artigos, pesquisas) que marcam sua jornada acadêmica integralmente comprometida com a TEORIA DO DIREITO DEMOCRÁTICO, uma vez que se recusou a lecionar na ditadura e nada publicou, em Direito, nesse período, dedicando-se mais à literatura, à música erudita e à sua profissão liberal, fundando a ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS da qual foi o seu primeiro presidente, bem como o TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/MG. É professor-fundador dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/MINAS. Atualmente, além do magistério superior que exerce na FDUFMG e

Fix-Zamudio, "deve-se a Hans Kelsen a criação desse ramo especial de processo, que vem recebendo a denominação de Direito Processual Constitucional, através da sistematização dos conceitos que surgiram empiricamente na prática do Direito Constitucional americano" (o gr. é nosso!). Ao lado dessa notícia, colhe-se do mesmo autor a observação de que "As decisões decorrentes do exercício do controle de constitucionalidade das leis, judicial review ou a função criadora da Corte Suprema, por meio da interpretação lata ou construction da Constituição e das leis, demonstram a atuação essencial desse tribunal no sistema jurídico e político dos Estados Unidos". Veremos adiante o que significa o DEVIDO nas interfaces do due process e do judicial review que colimaram no controle jurisdicional de constitucionalidade anunciado por Kelsen a partir da Constituição austríaca de 1920.

Desses recortes, por proveitosas informações históricas de Nelson Neri Júnior, conclui-se 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 ou propriedade (life, liberty or property).

Esse importante aspecto da conjunção do *due process* (*law of the land*) com os direitos de **vida e liberdade como propriedade** é que vem sendo descurado pelos processualistas contemporâneos na investigação dos conteúdos do **devido processo**. A correlação do instituto arcaico do *due process* com a "*property*", e não só com as suas consectárias de vida e liberdade, é que marca o axioma histórico de que vida e liberdade são qualidades que se anunciam no exercício, desde sempre, do labor telúrico que é próprio (*property*-causa) da existência do homem (do seu, do que lhe é **devido**, como imanente), a exemplo do instituto jurídico-romanístico da ACTIO à defesa do que lhe é próprio (*property*) advindo da *land* (limite corporal) como sua condição também dinástica de ser pelos *landers* (leis potenciais da *physis*, as *rules of law* como *regras do ir-e-vir* do agir humano) que impunham natural obediência por todos, dado que eram os desígnios (*traditio*) dos *landers* que vincavam os iguais e desiguais em propriedades, logo em qualidade e quantidade do que era o seu mesmo, intrínseco à *land* determinante do corpus (fração de *physis*), como *metaphysis* não extensiva ao *potus* (ao despossuído).

PUC/MINAS (graduação e pós-graduação), presta consultoria jurídica com especialidade em Direito Processual, Econômico e Educacional.

Seria de todo importante, para explicitação temática, o estudo dos landmarks (leis da physis e da actio) que demarcaram a metafísica da property dos nobres ingleses sobre o ilimitado poder régio, antes mesmo de 1215, e que são fontes históricas relevantes à compreensão da law of the land e do due process of law e das rules of law que deram origem, por extensão, às bills of rights (declarações de direitos subjetivo-individuais) que não se confundem com os direitos fundamentais no Brasil processualmente co-institucionalizados, porque nestes o suporte histórico-compreensivo ou empírico-analítico dos landers perde a sua gênese no pragma da metaphysis para dar lugar à conjectura teórica por uma linguisticidade jurídico-construtiva (DEVIR) como ponto de alavancagem de uma hermenêutica isomênica disponível a todos indistintamente (teoria neoinstitucionalista do processo). Admite-se, portanto, que o período medievo sediou os movimentos dos nobres contra os reis a propugnar originariamente um common law (igualdade com os reis) como law of commons dos que, por direitos iguais (comuns entre si), quanto ao exercício da property, não poderiam ser afetados ou surpreendidos por vontades soberanas de governos ou estatalidades que, por sua vez, já deviam submissão aos landers (landmarks). Esse percurso do pragmático-linguístico ao pragmático transcendental (dos landers aos rights) é que nos interessa para revisitar o **DEVIDO** e o *DEVIR* em seus múltiplos vértices lógico-jurídicos que demandam esclarecimentos inadiáveis.

### 2. O TRIAL NO COMMON E CIVIL LAW

A doxa (cláusula) histórica do devir como **DEVIDO** pela traditio da law of the land, e não do que é devido pela vontade do legislador, põe o trial (tribunal) nos albores do sistema de common law como lugar privilegiado de reconhecimento – acertamento (jurisdictio) de direitos e não o parliament (assembléia de legisladores – os law-makers). Os procedimentos (due process-proceedings) adotados na resolução de conflitos pelo trial (origem do **judicial review**) decorriam da law of the land como **rito** (procedural due process of law) a colocar as partes em paridade de armas (desconsideração dos seus títulos régios e nobiliárquicos que pudessem desfigurar a isonomia intrínseca à nobreza e a lhe conceder um tratamento pelo substantive due process of law assegurador de paridade de participação no process como poder de estar pessoalmente presente), o que historicamente designa o **caráter civil** do due process na condução respeitosa (fair) dos interesses dos detentores da property (land) contigenciadora da **vida** e **liberdade**.

Assim, as expressões "paridade de armas", "processo jurisdicional", "jurisdição constitucional", abonam o **modelo civil** do *process* da *law of the land* por mais que se lhe

acrescentem os termos "democrático", "justo", "moderno", "atual", ou outros adjetivos mais sonoros. Daí, os estudos sobre os costumes (*folkways, mores, behaviour, manners, habits, character, morals*) hão de ser feitos, no âmbito do *common law*, de modo atento às peculiaridades milenares (epifenômenos) provenientes da *law of the land* que tem correlações pragmático-transcendentais e repercussões metafísicas na formação do positivismo jurídico kelseneano pelo dogma do **dever-ser** de sua **norma fundamental** ligada à *property* como núcleo normativo (imperativo hipotético) que se expande axiologicamente em **consectários civis** de vida e liberdade pela legalidade (direito legislado) à formação da realidade estatal de bem-viver (*fair play*) do assistencialismo autoritário do Estado Social de Direito (*welfare state*).

A primazia histórica do *trial* (origem do **judicial review**) sobre o *parliament* no clássico sistema de *common law* consolidou de tal sorte o princípio da razoabilidade das leis (substrato da *law of the land*) que mereceu de Nelson Nery Júnior a seguinte observação: *litteris*:

"toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a "law of the land" é contrária ao direito e deve ser controlada pelo poder judiciário".

Atente-se que a expressão "deve ser controlada pelo poder judiciário" significa "deve ser" **abolida** pelo poder judiciário. E, na mesma página, o autor, ao ressaltar, na hipótese mencionada, a "incidência do *substantive due process*", lembra que (em pé de página) – sic:

"Já em 1798, no caso Calder v. Bull; antes portanto do famoso caso Marbury v. Madison (1803), que marcou o início da doutrina do judicial review, a Suprema Corte Americana, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, ipso facto, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo poder judiciário (Lockhart-Kamisar-Choper-Shiffrin, The American Constitution, cit., p. 246 e segs.)."

Aduz-se que o devido processo legal como *substantive due process* guardava integral imanência com o que se denominou "direitos fundamentais" que certamente aqui adquirem o sentido de "direitos fundantes" (*law of the land*) da normatividade (os chamados direitos materiais) a serem protegidos pela *jurisdição constitucional* (justiça dos juízes). Tudo isso é dito para a precípua indagação sobre o **due** nas perspectivas de Estado Liberal e Social de Direito (Kelsen) em face do paradigma processual de Estado Democrático de Direito como posto na Constituição Brasileira de 1988.

O "devido processo" advindo do DEVER-SER kelseneano arrasta pré-compreensões jurisprudenciais (significantes de demarcação) do *trial* mediev (originador do **judicial** 

review) que, como vimos, remonta às acepções históricas (analógicas) da *law of the land* cuja ruptura inviabilizaria o pressuposto da *property* como **norma fundamental** validadora do sistema liberal-social de legalidade a ser posto (pós-ativado) pelo *process* legislativo do *parliament*. Assim, o legislador seria mero **ativista** de normas *avant la letre*, isto é, antes mesmo que as repassasse à legalidade. O princípio *essente* da patrimonialidade dos "civis" é que gera uma "razoabilidade" (razão de ser "*sein*" para o DEVER-SER "*sollen*") como *condictio sine qua* da unidade ideal de uma realidade normativa a se constituir Estado de Direito. De conseguinte, é a *law of the land* que dimensiona civilmente o exercício dos direitos de **vida** e **liberdade** inerentes aos sujeitos já historicamente individualizados em patrimonialidade como potenciadores da formação das matrizes (**direitos materiais**) da existência jurídica para um povo (nação), se ficarmos cravados nos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito tal qual se encontra em Kelsen. Seria o mesmo que dizer que o *dever-ser* de Kelsen é dogmático, porque se imuniza ante a possibilidade da problematização do seu enunciado, tendo em vista a endogenia monológica da norma fundamental (GRUNDNORM) que semantiza todo o sistema de sua *teoria pura do direito*.

### 3. A PROPERTY e o MITO da NEUTRALIDADE NORMATIVA

Aliás, o próprio Kelsen afirmava que pura era sua teoria e não o direito que deveria ser purificado, querendo dizer que sua teoria era purificadora do direito (regras legisladas) a despojá-lo das impregnações que pudessem afetar a law of the land (validade-eficácia). Afora o que Luís Fernando Coelho entenda por ideologia (para ele, uma situação inescapável que pode ser boa ou má, útil ou inútil), ou seja, conceber a ideologia por uma teleologia, vê-se de sua conferência pronunciada no fecundo e exponencial encontro sobre "Estudos de Filosofia do Direito" dedicado a uma "Visão Integral da Obra de Hans Kelsen" em 1984 (Maringá), ao pontuar a "neutralidade científica almejada por Kelsen", afirmou que, "para ser ideologicamente neutro, é preciso ter consciência dos elementos ideológicos que se pretende idealizar". Depreende-se que, segundo o que disse, a ideologia é o conscientemente idealizável para se obter neutralidade como a significar que quanto mais se sublima a idealização mais racional se torna a neutralidade ideológica. O positivismo nessa alocução se transmuta em metafísica, porque ao perder a sua origem lógica e a sua base empírica, habita escatologicamente o homem como seu instrumental técnico de coerente autoencarceramento normativo por fontes gnosiológicas radicalmente veladas. Entretanto, o reparo que fez Miguel Reale à fala do eminente conferencista suplica menção por inteiro: - verbis-.

"A mim me parece que esse desejo de neutralidade é difícil de ser realizado porque, no momento da interpretação, o elemento "ideológico" de cada um interfere".

A partir desse reparo, Miguel Reale, surpreendentemente, ao revés, para perplexidade geral, afirma que a "Ciência do Direito passou a ter vida nova, no momento em que Kelsen lembrou que não é apenas o legislador que põe a norma, mas também o juiz, quando dá sentença e, mais ainda, também o particular, quando firma um contrato... Kelsen desvinculou, pois, o conceito de norma do conceito de legislação posta por um poder soberano". Adiante, Reale pontua que a "outra contribuição de Kelsen é o reconhecimento de que o jurídico abrange tanto o *lícito* quanto o *ilícito* e logo em seguida anota uma terceira contribuição de Kelsen que "é aquilo que está fora do impacto ideológico que tem caráter puramente técnico, é o reconhecimento de quem diz norma, diz proposição de *dever-ser*, diz uma proposição de caráter hipotético: se A é, B deve ser, e assim por diante". Ao fazer isso, o que Kelsen estabeleceu? Estabeleceu o ponto de partida da lógica-deôntica, Kelsen estava abrindo caminho para apreensão de algo que não tem nada de ideológico".

Ora, no final desse confronto Luís Fernando - Reale, sobra-nos a obscura versão logomáquica de que a ideologia gera neutralidade pela convicta afirmação de ausência de ideologia. Não é difícil concluir que o equívoco foi considerar a "lógica deôntica" como organon de purificação (expurgo) do dogmatismo. Quando não se indaga da teoria proposicional construtiva (Popper) do enunciado imperativo de produção da norma, o deverser não se distingue do ser da lógica apofântica. Aliás, esse aspecto foi motivo de nossas preocupações em obra recente. A autocracia da norma fundamental de Kelsen é inescondível, porque o DEVIR, como o vir-a-ser do dever-ser, se anuncia em Kelsen na atemporalidade do ser que, ao fluir, não tendo começo nem fim, arrasta consigo mesmo (de modo imanente) o passado num presente in-fieri que se dirige para um futuro interminável, deixando em seus índices semióticos (signos) traços mnêmicos (recalques) de impossibilidade investigativa quanto aos seus conteúdos valorativos (axiológicos). A pureza (neutralidade normativa) assim posta é perversa ao ocultar (escamotear) a property mercantilista (civilista) no âmago construtivo das formas de vida e liberdade praticadas pelo homem. O que se deixa de fora dessa engenhosa discussão é que, ao tempo de Kelsen, a episteme adquirira rumos completamente diversos da *physis* e do *nomos gregos* (platônico-aristotélico) pelas obras dos chamados "intencionalistas": herdeiros de um sincretismo filosófico que misturava o idealismo hegeliano (sein-sollen) com a ontologia fundamental heideggeriana do dasein, ambos enraizados nas fenomenologias de Hegel e de Husserl.

Na quadra filosófica kelseneana, trabalhava-se um ucrônico *apeiron* (indeterminismo) que excluía qualquer ligação com a velha etiologia. Estavam em evidência as obras de Jaspers, Dilthey e Freud, onde as representações não mais se achavam "regidas pelo princípio da contradição, nem pelo terceiro excluído" e ignoravam as "relações temporais do antes e do depois", colocando-se "fora de qualquer relação causal possível", como se pode ler das relevantes lições de Georges Lanteri-Laura ao examinar o apagamento (dissolução) da gênese individual pelo abandono da compreensão histórica. Sustentava-se um saber do cognitivismo simbólico, no qual "acontecimentos efetivos revelam-se sem importância..." e "onde qualquer causalidade real acabava por se afigurar desprovida da mínima pertinência".

Essa desistência filosófica (ceticismo) de pesquisar a "causalidade real" engendrou um devir como dever-ser irrecusável para o homem aos moldes da falácia idealista e naturalista que migra do ser para o dever-ser e deste para o ser pela monologia de acepções insuscetíveis à analiticidade, criando pulsões incontroláveis de condutas no substrato vital de forças que se revezam no movimento pendular da fusão-fissão e fissão-fusão por leis inalcançáveis à compreensão humana. A **norma fundamental** de Kelsen foi concebida como comando ordenamental advindo desse acaso-necessidade, cabendo ao homem inelutavelmente aceitá-la (jurisdicizá-la) segundo a relação condição-consequência (imputabilidade) pela normação (positivação) parlamentar (legislativa). O controle de constitucionalidade balizado por uma norma neutra (dever-ser) e perenemente vigorante ("fora do poder soberano" -Reale), como indica o positivismo kelseneano, instala uma tirania da autoridade na eternidade (acaso) pela ideologia dos fatos em nome da necessidade, isto é: é assim **porque é** ou é assim porque deve ser. O dilema do regressum ad infinitum desaparece ante um devir que adquire neutralidade normativa (ausência explicativa de suas fontes causais) na atemporalidade em que lícito e ilícito não fazem qualquer diferença. O crime (delito) em Kelsen acata uma relação de custo-benefício em sua dinâmica econômico-estrutural, não encerrando qualquer juízo de valor quanto à proibição de sua prática. As ameaças e lesões a direitos são reparadas pelas repercussões no universo da property de seus atores, não se ocupando de valores de vida e liberdade fora da patrimonialidade. O potus, o despossuído em Kelsen, é objeto da pena de conversão de sua despatrimonialidade em restrição de vida e liberdade em face da impossibilidade de aplicação de astreintes.

O fetiche criado pela **neutralidade normativa** do indeterminismo reinante (1905-1927), que consistia numa atrativa repulsa à busca de causas primeiras-últimas, acenou para o positivismo a possibilidade de extrair da experiência uma lógica do *dever-ser* como estabilizadora do fluxo de uma *law of the land* cujos marcos temporais de sua justificação

sucumbiam na eternidade. Tornara-se irrelevante qualquer cogitação sobre a trama dos homens ou do tempo histórico. Preconizava-se uma linguagem universal que precedia e enredava o homem de modo inescapável, situada fora da realidade causal, a lhe ditar um **devir** ininterrogável. Essa vedação à reflexão das causalidades e de sua teorização intercorrente (hermenêutica filosófica), com a supressão dos juízos de valores ou crítico-analíticos, promoveu o culto a uma *técnica e ciência* dogmáticas do Direito expungidas de contaminações temporais. A técnica e a ciência de índole positivista (kelseneanas) revelavam uma verdade (**dever-ser**) na subjacência normativa fundamental e atemporal da *ex-sistência* (existência) humana que conferia um equilíbrio perene ao sistema adotado desde que manejado pelos criadores (achadores compreensivo-ontológicos) de normas (legisladores e juízes) em harmonia ao corolário da "verdade" (compreensão) pressuposta da **norma fundamental**.

Assim, a ilusão de um *devir* puro (purificado das contaminações da temporalidade) acarretou a construção do **mito do referente** diretivo de um justificacionismo (verificacionismo) que já trazia em si mesmo um saber técnico indiferente ao bem e ao mal (tudo é permitido, se não é proibido) a vincar impreterivelmente as legislações. Essa suposta neutralidade normativa do estruturalismo, causadora, segundo Popper, de violências e guerras, gerou para Kelsen a crença no caráter purificador do Direito como direito DEVIDO, porque, se não acatado em sua **norma fundamental** do vir-a-ser do DEVER por si mesmo (reificação do DEVIR), o sistema fatalmente se romperia em sua base autocriadora. Caberia, então, ao legislador, ao juiz, ao civil, a atividade continuada de certificação normativa (pósativação) desse direito DEVIDO mediante produção de leis escritas (direito positivo), sentenças e contratos. Kelsen não atentou para o fato de que sua norma fundamental, embora inferida da metafísica fundamental de um devir como vir-a-ser compreensivo, não etiológico, porque indeterminado, mas necessário, descendia dos avatares da law of the land onde ser e ter, significando land, são indissolúveis no cerne da formação do mito da imanência estrutural de um sistema aliada a um dever-ser irrecusável para todos e para tudo. A pureza da crença no indeterminismo (ausência de causalidade) é o suporte dogmático (deôntico-alético) da norma fundamental de Kelsen e dos gadamerianos. O devido é legislativamente posto sob sanção, punição, castigo, aos infratores e delinquentes (o potus). A autoridade sancionadora (hércules dworkiano) é dotada aqui de uma pesada carga de saber ontológico (integridade) por juízos monológicos de adequabilidade principiológica, conveniência, equidade, justiça e ponderabilidade, encarregada que é de uma vigilância perpétua que só a ela cabe tecer e conduzir.

### 4. A PROPERTY e o MODELO CIVIL do PROCESSO

Nesse passo, a distinção entre ordem e estrutura haveria de ser feita, porque a ordem, o nomos, se desligara da physis para que esta não mais impusesse uma ordem a ser compreendida pelos homens como metaphysis, mas que fosse uma estrutura dogmática (repressiva) em si mesma e imanente (ethos) a um dever-ser inexorável. Entretanto, o que o positivismo kelseneano do dever-ser como DEVIDO deixou à sombra em suas cogitações foi à tradição da law of the land que, por milênios e por nomenclaturas que vão da teologia à gnose, estabelece uma trincheira normativa a favor dos que têm (patrimonializados) contra os que querem tomar (despatrimonializados). Erigiu-se uma law garantista (resolutiva de conflitos) a ser ativada no devir do continuum de uma estrutura mitologizada desde sempre como land a significar um vir-a-ser do homem no ter da terra como condição de sua própria existência material-corporal (property) fundadora de vida (vis activa) e de liberdade de ativar a força da vida. Quando se emprega, nessa perspectiva, a expressão due process, oculta-se, na escola positivista-normativista e do empirismo lógico, a law of the land que, a rigor, solicitaria a denominação de *due process of law (law of the land)* que remonta ao proceder do trial (**judicial review**), e não ao *parliament*, para recompor, atualizar, reafirmar, a *law* pela doxa recursal da máxima jura novit curia (o tribunal recompõe o direito) que, a seu turno, se vincula à proibição de autoativismo tribunalício pelas máximas do nemo judex ex-officio e nemo judex sine actore. O direito que se abre a todos à reparação de ameaça ou lesão a direitos pelo trial (judicial review) é a mímesis de um estruturalismo de fundo normativista (positivismo lógico) onde o exercício do due process (devido processo) é o DEVIDO modo do vir-a-ser da law of the land. A property, como se pode ler no art. 5°, XXXV, da CB/88, é o substrato histórico (conditio sine qua) da atuação da jurisdictio (justiça tribunalícia do judicial review) pelo modelo civil do processo definitório dos paradigmas de direito liberal e do social-liberalismo, não contemplando o devir do vir-a-ser do DEVIDO PROCESSO na concepção democrática não paideica (não physis) como discorremos adiante.

Antes, é oportuno lembrar que a fenomenologia hegeliana plantou a tradição numa crença nomológica de leis que governam a subjacência do *devir* (vir-a-ser), as quais invertidas do céu para a terra, serviram também a Marx para justificar a lógica do materialismo histórico, colocando o homem como ator (não autor) de cenários epocais, de fins inescapáveis pela dialetização dogmática das contradições (conflitos de interesses) a assegurar ao homem (no *trial* da justiça da história) a vitória sobre a sua própria escravidão. A tradição da *law of the land* no socialismo científico sai do privatismo para o coletivismo como a permutar o

devido, como DEVER-SER do indeterminismo, pelo JUSTO do determinismo hegelianomarxista. A expressão *processo justo* tem raízes no *substantive due process* da *law of the land* do idealismo alemão a conceber uma substância primal (*property* como corpo-vida-liberdade) que se mostra pelo *agir* como um *ser* tendo o direito fundante (fundamental) de ser atordestinatário de uma justiça social pela *land* (o ter produtivo desde sempre). Esse **justo** sinalizador de um bem-estar geral é posto por uma falange de benfeitores que, inatos a uma estrutura atemporal do **justo agir** (*jurisdictio*), arbitram os conflitos em juízos de vida ou de morte (conveniência ou equidade).

### 5. O DEVER-SER INESCAPÁVEL do AGIR COMUNICATIVO

Hegel, em sua obra mestra, "Fenomenologia do Espírito", também inocula um deverser inescapável na ação do homem. Em suas palavras:

"Assim, o indivíduo que vai agir parece encontrar-se em um círculo onde cada momento já pressupõe o outro, e desse modo não pode encontrar nenhum começo. Com efeito só da ação aprende a conhecer sua essência originária que deve ser seu fim; mas para agir deve possuir antes o fim. Mas, por isso mesmo, tem de começar imediatamente, e sejam quais forem às circunstâncias; sem mais ponderações sobre o começo, meio e fim, deve passar à atividade, pois sua essência e sua natureza emsi-essente são princípio, meio e fim: tudo em um só..."

Se continuarmos a leitura, vemos que em Hegel há um *dever-ser* que se desvela no *agir* e só neste é possível ao indivíduo conhecer seu *em-si-essente* na unidade de seu começo, meio e fim (passado-presente-futuro). Então, a teoria dos sistemas do autoconhecimento em Hegel não passa pela base de uma pura lógica, mas pela dialética (*o pragma*) compreensiva da silogística escatológica do esclarecimento das contradições intrínsecas às atividades vitais (formas materiais de vida, não como em Marx no sentido de técnicas de denominação, mas como modos de descoberta dos *fins* da história humana). Em Kelsen, esse *dever-ser* emerso de um sistema jurídico-normativo pelo *DEVIDO* também coleta seus *fins* pela eficácia (potência) revelada de uma *ação* (agir comunicativo como decisões corretivas) de preservação da integridade ordenamental do Estado-Segurança para todos.

Nota-se que, nesse ponto do conceito do *agir*, Hegel aponta o destino próprio do indivíduo como sua natureza originária que se configura e se determina no *interesse* (**estarente-outros-homens**) a explicitar o *talento* inato de alguns (predestinados pela *metaphysis*) que põem as coisas como já suas (*law of the land*) por ter "mais forte energia na vontade ou possuir *natureza mais rica*, isto é, cuja determinidade originária é menos limitada. Inversamente, pode entender uma outra natureza como mais fraca e mais pobre" (p. 249-*fine*,

ob. cit). Há traços hegelianos na teoria pura de Kelsen que, ao atribuir competência criativa (complementar-suplementar) de normas ao juiz pela via sentencial (decisória), também o faz pela atividade jurisdicional de um talento ínsito ao julgador (jura novit curia) a se tornar eficaz pelo grau de preservação de uma ontológica integridade (unidade) do sistema normativo. A consistência de um sistema em si pelo devir como dever-ser de uma norma abstrata a ser positivada (colocada em efetividade-efetuação por individualidades talentosas) encontrou algumas restrições em sua logicidade (fundamentação última) no curso do séc. XX a ponto de, com o crescimento vertiginoso da violência administrativa, parlamentar e judicial, dispensar-se da necessidade de uma norma fundamental (norma suprema) para, por mais dogmática que fosse, validar e eficacizar um sistema, a exemplo do espírito hegeliano como "a substância e a essência universal, igual a si mesma e permanente: o inabalável e irredutível fundamento e ponto de partida do agir de todos" (sic – p. 8, Parte II, ob. cit.). Talvez em Hegel se desperte também o dasein heideggeriano.

É que, conforme acentua Maurício Moreira Portugal Ribeiro em excelente trabalho de conclusão do Curso de Teoria Geral do Direito do Programa de Pós-Graduação da PUC/SP em 1998, com pequenos reparos que aqui faremos, estudos foram feitos no sentido de "transformar em algoritmos os processos de tomada de decisão jurídicos" como forma de aproximação da matemática à teoria do ordenamento jurídico. Sabe-se que os algoritmos são regras lógico-formais (não analógico-empíricas) para busca de resultados (soluções) em face de problemas semelhantes ou similares em áreas às vezes consideradas rigidamente distintas. O autor traz a socorro o teorema de Gödel desenvolvido na primeira metade do séc. XX para fazer sua proveitosa abordagem. Gödel sustentou "a possibilidade matemática de demonstrarse a impossibilidade de realizar determinadas demonstrações" (sic) e acrescenta, analisando o teorema de Gödel, que "certos teoremas não podiam ser deduzidos de um determinado corpo de axiomas e que, portanto, alguns problemas milenares não encontravam, nem podiam encontrar, soluções no plano do sistema no qual tinham sido formulados". Lançou-se em jogo se era possível provar a consistência de um sistema a partir de axiomas internos ou externos ao sistema. O que Gödel concluiu por uma metamatemática foi que a consistência de um sistema só poderia ser comprovada mediante regras provenientes de um sistema mais complexo e este através de regras mais complexas ainda e assim sucessivamente. Também, por isso, demonstrou-se que qualquer sistema axiomático é essencialmente incompleto.

A teoria da incompletude (indecidibilidade) de Gödel colide com a pretendida consistência normativa do sistema teorizado por Kelsen. O *devir* como vir-a-ser do *dever-ser* vinculado a um referente desconteudizado como crença axiomática a validar todo o sistema (a

norma fundamental) é, para Gödel, uma axiomatização inócua, porque ainda incompleta (aporítica), a não ser que seja erigida em dogma. Aliás, é esse dogma que, em Direito, institui a Ciência Dogmática do Direito e seus doutrinadores (decisores do saber sem compromisso com os fundamentos de ver edição) porque, ao dogmatizarem (ideologizarem) a verdade (ser eternal), dispensam-se fundamentos teóricos. O dogma aqui exclui o postulado de Gödel de "que não existe prova de que sabemos tudo que pensamos saber, já que tudo que pensamos saber não pode ser formalizado". No sistema jurídico da Ciência Dogmática do Direito, prevalece o dogma da proibição do non-liquet como norma fundamental a impor uma completude sistemática ao direito (o tudo saber) pelos juízos ontológicos de conveniência e equidade de construção metajurídica do decisor jurisdicional.

O que é relevante aqui examinar é se a "verdade", como axioma absoluto, não é suscetível à formalização por um referente (devido como DEVER-SER) intra ou extras sistêmico de estabilização do sentido normativo. A enunciação autocrática de uma norma fundamental não pode criar parâmetros de "verdade" (nem sua justificação ou aplicação proposicionais em juízos axiomáticos). A incompletude estrutural do sistema normativo kelseneano, porque demonstrado pelo teorema de Gödel, não cria, per se, o dogma de que, em sendo impossível banir a incompletude, a construção das decisões pelos juízes assumiria a condição completicista de um DEVER-SER imperativo e saneador de anomias extraído do mundo da experiência do decisor. Para Popper, o plano empírico, em sua autopoiese eventiva, não pode entrar para um sistema cognitivo sem prévia testabilidade teórica a pretexto de sua copiosa carga de dígitos algoritmizados em compreensões resolutivas de antinomias no sistema. Elidir-se-ia, nas democracias, se tal se admitisse, o discurso juridicamente teorizado (normas legisladas processualmente) para reger o direito igual de argumentação jurídica para todos os destinatários normativos. Parece que Gödel percebeu, como Popper já afirmara, que a incompletude não está nos sistemas em si, mas na linguagem construtiva dos sistemas. Daí a cogitação popperiana sobre a indispensável demarcação da teoria da linguagem antes mesmo de se examinar a validade ou eficácia dos sistemas de verdade em qualquer área do conhecimento, porque a racionalidade em Popper não fica imune à crítica epistemológica como referente de ver edição. Não há em Popper algoritmos que, em si mesmos, já não estivessem impregnados de teorias a serem testadas quanto à oferta de possibilidades (corroborações) refutacionais. A axiomatização é, em qualquer hipótese, um referente mítico.

As idéias de Peirce reforçaram, desde Platão, a tese de que signos instituem uma linguagem universal que, ao preceder a língua humana gramaticalizada, é portadora de uma indimensionável riqueza semântica (sabedoria de vida – Dilthey) que extermina as pretensões

de racionalidade (acesso a significados) intradiscursiva. A impressão que se retira da semiótica é a de que o demonstrado pelo teorema de Gödel torna impossível o saber humano sem a fixação dogmática de sentido (sabedoria de vida) por uma autoridade (Kelsen) ou pela aceitação da fatalidade performativa subjacente à fala humana (Apel-Habermas-Brandom). Ora, o que Gödel mostrou com o seu teorema é a impossibilidade de alguém pretender sistematizar verdades absolutas, o que, para uma nova ciência jurídica de *Sociedade Aberta* (Popper), equivale a uma oferta da possibilidade democrática de uma construção decisória não confinada a critérios justificacionistas e verificacionistas pelos quais o **Estado-juiz** já saberia os fundamentos ou escopos que deveriam prevalecer quanto ao sentido das normas de um ordenamento jurídico antes mesmo de colocar à testabilidade teórica as suas asserções decisórias.

# 6. O DEVIR PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E O PARADOXO POSITIVISTA

Ocorre, na contemporaneidade, nos estudos do Direito, um paradoxo a ser erradicado: 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*, desgarra-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. O **devido processo** pelo *trial* é o DEVIR como *vir-a-ser* conforme a necessidade historizada da *traditio* à solução de conflitos de interesses (Von JHERING) entre patrimonializados. Por isso, ante a recusa de Kelsen "em buscar em fatos ou valores o fundamento último do direito", é o *substantive due process of law* que imporá um **dever-ser** como **proceder** dos juízes para validar a constituição (controle de constitucionalidade) aqui considerada a **norma fundamental** (abrigo atemporal do **ser**, **haver** e **ter**, da *law of the land*) que "confere validade à última norma positiva do ordenamento".

Conclui-se que o *devir*, como DEVIDO processo, nos positivismos jurídico e sociológico, assume em Kelsen um esmerado sincretismo, porque esse direito (ordenamento jurídico), ao ocultar a causalidade configurativa da *property*, instala desde sempre um **deverser** de fundo procedural (pragmatismo linguístico de geração e aplicação do direito pela autoridade) que compromete sua apregoada *neutralidade normativa*, porque o controle de constitucionalidade é sempre operado pelo saber do *trial* no exclusivo nível constituído do

direito em que constituição escrita e norma fundamental (*law of the land*) se dissociam quando a constituição possa ameaçar prevalecer sobre os conteúdos ontológico-deônticos ou mítico-historicistas da *law of the land*. Também se verifica idêntico simulacro, por mímesis, se o controle de constitucionalidade vir a ser realizado pelo *parliament* segundo a máxima da *Lex posterior revogat legem priori*. Kelsen não refletiu o **Estado Democrático de Direito** para construir sua *teoria pura do direito*, o que nos impõe pensar atualmente o **Processo Constitucional** como disciplina jurídico-científica em acepções diversas das por ele concebidas, excluindo de nossas cogitações a **Ciência Dogmática do Direito** que pelo direito romano-canônico e germânico se firmou ao longo dos séculos e já adentrando o séc. XXI com engenhosos rótulos tecnicistas a premiar um saber absoluto e ininterrogável de decisores onipotentes escorados em "doutrinadores" talentosos, sensíveis, sensatos e intuitivos.

A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de devido processo como devir a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco interpretante de criação (vir-a-ser) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma co-institucionalidade instrumental à sua respectiva implementação. A constituição não é um mero artefato gráfico-cartular (ou eletrônico), mas um discurso cujo texto se faz por uma teoria do processo como interpretante construtivo e operacional do sistema a possibilitar um igual direito de interpretação para produtores e destinatários normativos, rompendo-se, assim, com o axioma positivista de que "não é possível construir um saber unitário e coerente sobre o direito, oferecendo respostas no âmbito de uma só teoria". O devir processual como devido processo é que anuncia o paradigma linguístico de status democrático de direito como instância discursiva em que fato e direito (faticidade-validade) numa fusão de representação de coisa e palavra não se perdem em significantes analógicos e digitais da psicopatologia do embaralhamento mental do não verbal e do verbal (esfera pública) a impossibilitar a criação de sentido presencial no **discurso textual** da comunicação humano-jurídica.

A discussão da "faticidade" em dimensões inefáveis (analógicas) da linguagem humana (representações internas dos fenômenos) gera polissemias (errâncias) que agravam o entendimento humano a pretexto de que possa estar assegurando a integral liberdade de expressão. De outro lado, o debate do direito abstraído dos fatos como "validade" da fala sobre as coisas agiganta a prepotência de um saber apofântico (jurisdicional) de significantes digitais privilegiados. Nessa quadra de transtornos sígnico-representativos é que, a pensar uma democracia expressa pela única e simples liberdade de votar, maior se afigura o peso do

silêncio (**voto secreto**) sobre os fundamentos do sistema jurídico praticado, porque a interpretação jurídica oscila entre os rumos dados pelos mitos de um passado-necessário (devir como "devindo" do passado) e das afecções das empatias analógicas do imaginário (sincretismo) sem qualquer controle intrassignificativo de um *interpretante* lógico-jurídico-autocrítico-linguístico (*devido processo*) que possa disponibilizar um direito igual de compreensão e operacionalização (hermenêutica isonômica) de um sistema processualmente co-institucionalizado para todos os destinatários normativos.

O devido do devido processo não tem origem, se concebido na democracia não paideica, no dever-ser da deôntica kelseneana afirmativa de uma atemporalidade jurídica que torna autopoiética a norma fundamental indutora de um sistema legislado que entrega ao trial o controle de constitucionalidade pela law of the land (direito judicial ou jurisprudencial), mas vai significar um devir processualizado que, como interpretante construtivo e intradiscursivo do sistema jurídico, expurga o atributo de necessidade fatal (escatológica) da traditio dos doxólogos direitos materiais como pressupostos míticos da law of the land. O vir-a-ser pelo **processo** cria juridicamente existência presencial na realidade fracassada (restos institucionais da violência histórica) a promover uma co-institucionalidade a serviço de uma comunidade jurídica de legitimados ao processo que, autoincluindo-se na fruição de direitos de sua própria fundação (direitos fundamentais), como líquidos, certos e exigíveis (vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade), estabelecem uma sociedade humana (democrática) de seres responsáveis pelo seu próprio destino. Portanto, o devir processual democrático (DEVIDO PROCESSO) não é um vir-a-ser pelo já ser (o passado irreflexo), porém se enuncia como construtivo de um ser (existência jurídica) teoricamente corroborado (co-institucionalizado) e operativo de direitos fundamentais *líquidos*, *certos* e *exigíveis*, desde o nível constituinte da produção normativa.

#### Resumén

El debido proceso, como derecho fundamental, en el paradigma del Estado Democrático de Derecho, viene inadvertidamente arrastrando significaciones que le son extrañas y aún concernientes a lo viejo due process del derecho medieval de la Inglaterra de Eduardo III (1354). Por eso, el soporte histórico-comprensivo o el empirismo-analítico de los landers (leyes de la tierra) han de sufrir exclusión radical para alejar la law of the land adoptada como regla hermenéutica de lo sistema de common law en que el tribunal (trial) es que dicta el derecho en su concretud ante las leyes legisladas que estuviesen en contraposición a los contenidos históricos de los landers. Así, el debido proceso como el DEVIR argumentativo en una lingüisticidad jurídico-constructiva de las decisiones en todos los niveles de producción y aplicación de las normas, según una teoría de la constitucionalidad a ejemplo de la Constitución Brasileña de 1988, ha de ser conjeturada en perspectivas no historicista, pero

en lenguaje que suplica una previa teorización ante mismo de ser legalizada, conforme es puesto en la teoría neoinstitucionalista del proceso.

Palabras Llaves: Debido Proceso. Devir. Dever-ser. Vir-a-ser.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**, Editora Forense, RJ, 1984, p. 23, p. 214.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 1996, ps. 28-31, p. 37.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**, 2ªed., Editora Renovar, RJ, 2000, p. 53, p. 55.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, Editora Fórum, BH, 2010, p. 33/34, p. 53-55, p. 154-155, p. 271-283.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**, Virtuajus, PUC-Minas, www.fmd.pucminas.br

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**, Editora Aide, RJ, 1992, ps. 120, 127 e 170.

KELSEN, Hans. O Estado como Integração, Martins Fontes, SP, 2003, p. 14.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Modelos Processuais e Constituição Democrática**, in Constituição e Processo, Editora Del Rey, BH, 2009, ps. 283-292.

COELHO, Luis Fernando. **Estudos de Filosofia do Direito – Uma visão integral da obra de Hans Kelsen**, Coordenação Geral Luiz Regis Prado e Munir Karam, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1985, ps. 62-63.

STEIN, Ernildo e Luís A. de Boni (org.). **Dialética e Liberdade**, Editoras Vozes, RJ, e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1993, ps. 11-25.

LANTERI-LAURA, Georges. Leitura das Perversões, Jorge Zahar Editor, RJ, 1994, p. 129.

MONOT, Jacques. O acaso e a necessidade, 3ª Ed., Editora Vozes, Petrópolis, RJ, 1976.

KUSCH, Martin. Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal, Editora Unisinos, RS, 2001.

POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**, Edições 70, Lisboa, Portugal, 1996, ps. 159-160.

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**, Parte I, 5<sup>a</sup> ed., Editora Vozes, Petrópolis, 2000, p. 248.

RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. **Influência do Teorema de Gödel na Concepção kelseniana de Consistência do Sistema Jurídico**, in Revista Trimestral de Direito Público, n° 27, IDAP, Malheiros Editores, SP, ps. 147/155.

GOLDSTEIN, Rebecca. **A Incompletude – a prova e o paradoxo de Kurt Gödel**, Editora Cia das Letras, SP, 2008, p. 172.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica, Editora Landy, SP, 2002.

POPPER, Karl. Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária, Itatiaia, BH, 1975, p. 236/237.

NÖTH, Winfried. **Panorama da Semiótica**, 1ª ed., Annablune Editora, SP, 1995.

BÜLOW, Oscar Von. La Teoria de las Excepciones Procesuales y los Presupuestos Procesales, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**, Unisinos, Porto Alegre, 1999, p. 40, p. 41.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-político**, Editora Método, São Paulo, 2006, p. 36.

ROSOLATO, Guy. Elementos da Interpretação, Editora Escuta, SP, 1988, ps. 89-106.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Principiologia Jurídica do Processo na teoria Neoinstitucionalista**, in Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial –
Coordenadores Freddie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão, Editora Podium, Salvador, BA, 2007, ps. 905-916.