



CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: AS BASES DOUTRINÁRIAS DO ANTEPROJETO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Brazilian constitutional procedure code: preliminary draft of Brazilian Bar Association
Revista de Processo Comparado | vol. 3/2016 | p. 279 - 295 | Jan - Jun / 2016
DTR\2016\20473

Paulo Bonavides

Professor-emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Comissão Especial de Juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional.
paulobonavides@candidoalbuquerque.adv.br

Área do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: O presente artigo aborda o anteprojeto de Código de Processo Constitucional brasileiro, enfatizando seu histórico e suas bases teóricas.

Palavras-chave: Código de Processo Constitucional brasileiro - Theory

Abstract: This article discusses the Brazilian Constitutional Procedure Code, with particular reference to its history and theoretical bases.

Keywords: Constitutional Procedure Code - Theory

Sumário:

Paulo Bonavides

Área do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: O presente artigo aborda o anteprojeto de Código de Processo Constitucional brasileiro, enfatizando seu histórico e suas bases teóricas.

Palavras-chave: Código de Processo Constitucional brasileiro - Theory.

Abstract: This article discusses the Brazilian Constitutional Procedure Code, with particular reference to its history and theoretical bases.

Keywords: Constitutional Procedure Code - Theory.

A boa-nova do Código de Processo Constitucional, agora em fase de elaboração no Brasil reside, a nosso ver, na circunstância de que será ele obra duma geração de juristas do País que já têm em si o espírito da Constituição.¹

Tal ocorre por haver sido educada nas letras jurídicas do constitucionalismo normativo e principiológico da teoria material da Constituição; teoria subjacente ao Estado Social da Carta Republicana de 1988.

Em verdade, a codificação pelo ângulo histórico compreende, a nosso ver, no Estado moderno duas distintas fases com suas respectivas ocorrências codificadoras.

A primeira fase abrange os velhos Códigos cujo protótipo, o Código de Napoleão, esteve para o direito civil em França assim como a Carta Magna de João Sem Terra esteve para o direito constitucional na Inglaterra.

Com efeito, a primitiva corrente codificadora do Estado Moderno, pós-Revolução Francesa, inaugurou, desde o advento do Estado liberal, o primeiro período da codificação no continente europeu e na América Latina.

Tal período começa ao início do século XIX e corresponde à época constitucional do



predomínio do princípio da legalidade; uma criação jusfilosófica e positivista da razão pura, tendo por elemento e diretriz axiológica a crença profunda de que a ele se incorporava a legitimidade mesma, em dimensão perpétua, como fato, princípio e valor.

Trata-se aí de uma legitimidade que baixava da esfera especulativa e metafísica do direito natural, onde se domiciliara na concepção racionalista da filosofia de Kant, para se transverter depois em direito positivo, por obra de seu ingresso na legislação civil dos codificadores.

De tal sorte que trilhando esse caminho o positivismo da reação antihistoricista e antiescolástica, adversa à tradição e ao passado, cortava laços de filiação e começava a perder, com o apogeu da legalidade e dos códigos, a lembrança que o prendia às suas antigas origens, ou seja, a uma das escolas do direito natural abraçada ao credo contratualista, racionalista, filosófico e revolucionário, que derrubara na França de Montesquieu as muralhas do "ancien regime".

Tal regime fora uma combinação de elementos, poderes e situações que a história viu prevalecer quando os monarcas do absolutismo, os soberanos do direito divino, fizeram gravitar ao redor de sua autoridade centralizadora, uma aristocracia de fidalgos submissos que traziam no caráter, no sangue e na alma a recordação e o legado sombrio duma sociedade medieval desagregada e desintegrada em fragmentos por dez séculos de ocaso e decadência do poder estatal.

Estabelecido historicamente esse campo de reflexão, verifica-se que o positivismo levou a cabo a unidade dos dois princípios cardeais de que acima se fez menção: legalidade e legitimidade.²

Por um certo prisma, os codificadores de ancestralidade racionalista consumaram, em última análise, uma espécie de absorção ou anexação da legitimidade por uma legalidade triunfante.³

A conjunção histórica dos dois princípios, se assim é possível expressar, significou uma das novidades jurídicas mais importantes das duas primeiras décadas do século XIX.

Tanto na doutrina quanto na práxis buscavam os positivistas passar a certidão de adequação - tocante à forma e à substância - do direito legislado ao direito da realidade; aquele que não se acha na literatura jurídica dos compêndios, mas deita primeiro raízes profundas na positividade social.

Com efeito, na época do fluxo codificador, as bases axiológicas da organização estatal haviam sido trasladadas das culminâncias especulativas e metafísicas da abstração para a realidade e a concretude normativa dos preceitos legais.

Por obra disso, a ascensão fática e valorativa da regra sobre o princípio, abonada pela Velha Hermenêutica, parecia decretar com os Códigos a inferioridade normativa das Constituições programáticas; por esse nome denominadas em razão do seu baixo nível de juridicidade.

Em geral, a morada segura e ostentosa do jurídico não era então a Constituição, mas o Código.

Não raro, pertinente à aplicação e interpretação de normas jurídicas, valia mais uma regra de direito positivo que um princípio de direito natural.

No entanto, já não imperava ao termo do século XX o culto positivista da legalidade, dantes tão fervoroso, tão exagerado, tão distorcido.⁴

O humanismo social, os progressos da civilização, a relevância e evidência dos valores, quer na doutrina, quer na vida do direito, haviam concorrido bastantemente para



arrefecer e abrogar a influência avassaladora dos teóricos da corrente positivista.

Em verdade, os Códigos, ao final da primeira fase, mal sobreviviam, parcialmente desatualizados e carentes de reforma.

Davam eles sinal de fraqueza e de baixa qualidade da produção legislativa, o que constituía um traço bem característico do declínio e crepúsculo da era liberal.⁵

Contudo, a força do jusprivatismo romanista ainda atuava influente ao longo da primeira fase de codificação do Estado moderno.

Instaurada no continente a idade dos códigos, os valores de legitimidade transmitidos ao positivismo pela doutrina jusnaturalista do século XVIII cedo ficaram ocultos e desfigurados numa singular versão: primeiro, despolitizados; depois neutralizados; por derradeiro, incorporados aos códigos apenas como sombra do direito positivo.

Mas antes a História mesma já os havia festejado por espelho duma legitimidade que consagrara o lema da Revolução, a saber, o triângulo humano do pensamento francês que fez a cruzada do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade; germe das doutrinas revolucionárias da soberania: soberania nacional e soberania popular.

Pensamento, outrossim, por seu sentido de universalidade, propulsor do contrato social nas Constituições.

Em verdade, desse contrato emergiram dimensões doutrinárias e fundamentos, que não podem cair no esquecimento dos publicistas da democracia porquanto servem de plataforma e inspiração ao constitucionalismo da liberdade, desenvolvido e legislado por obra e força da consciência contemporânea, fomentadora dos direitos humanos.

Consciência por igual de publicistas que nas batalhas da Constituição se batem por uma sociedade mais justa, mais humana, mais livre, mais aberta, mais igualitária.

Dessa legitimidade diligenciam os autores da iniciativa codificadora se acercar no Brasil, a fim de sustentá-la por credo e emblema duma concepção republicana e social, em contraste com outra, monárquica e privatista, cultivada no auge da época liberal, que amparava, com frequência, um individualismo de classe, perpassado de egocentrismo, arrogância, exclusão e ódio.

Os códigos desse individualismo decadente se tornaram com a evolução social, segundo visão crítica da história, a rubrica jurídica da imobilidade, do status quo, às vezes até do atraso, da frieza, da estagnação das leis.

Imagem da distorção, promanaram eles porém duma fonte pura de legitimidade, que fora direito natural nas Constituições e depois direito positivo nas leis promulgadas.

Mas essa legitimidade acabou despolitizada, neutralizada, acorrentada e anexada ao legalismo da razão, e só teve importância para o positivismo unicamente como expressão de unidade ou identidade com o princípio da legalidade.

Este último, acompanhando a vida do direito, refletindo a organização política da sociedade e presidindo as relações jurídicas do ordenamento, se fizera símbolo e ideia-força do jusprivatismo imperante na época em que o positivismo codificou o direito privado, reforçou a segurança, despolitizou a legitimidade e estabeleceu, por algum tempo, a superioridade aparente e efêmera dos códigos sobre as constituições.

Em seguida, mediante a junção dos dois princípios - legalidade e legitimidade - formou-se a coluna vertebral e axiológica de sustentação do positivismo que floresceu nos códigos do direito continental europeu.



Em nosso tempo, esse positivismo, posto que desfalecido, inda sobrevive à revolução social e normativa dos princípios, ora em curso.

Tal revolução procede duma nova teoria material da Constituição e do direito, substancialmente principiológica e axiológica.

Paraninhou a mudança que pôs termo à neutralização silenciosa da legitimidade, tantas vezes já referida aqui como construção de juristas do positivismo.

Neutralização unicamente percebida quando uma das formulações daquela teoria material colocou os princípios no ápice da normatividade jurídica. E com isso fundou a Nova Hermenêutica.⁶

Os princípios entram na elaboração dos Códigos porque são o espelho da doutrina que os rege.

Vale, por conseguinte, transcrever de obra de nossa autoria excertos ilustrativos dessa assertiva.

Senão, vejamos:

"A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como "válvula de segurança", que garante o reinado absoluto da lei".

(...) De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

(...) As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do direito natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as mediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

(...) É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do direito natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

(...) A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboraram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico, normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais" (Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 30. ed., atual., São Paulo: Malheiros, p. 267 e ss.).

Atravessada, porém, a primeira fase, adveio a segunda, a qual estamos a percorrer em meio à elaboração de novos Códigos e reforma dos antigos.



E assim se há procedido debaixo do influxo dum publicismo jurídico renovador que, no domínio da reflexão teórica propugna a superioridade dos valores, na práxis concretiza a normatividade da Lei Maior, na doutrina impetra a hegemonia dos princípios, nas cláusulas da Constituição garante a observância dos direitos fundamentais.

Disso proveio enfim o forte influxo jusconstitucional sobre todas as matérias do direito, em substituição da primazia jusprivatista do passado.

O retrospecto sumário dessa evolução codificadora do Estado Moderno mostra, de conseguinte, o direito natural nos aparelhando dois graves e distintos momentos axiológicos, de notável efeito e ação sobre a ideologia do direito e sua respectiva legislação, a saber, sobre ideias e preceitos que o tempo colocaria depois no corpo das leis sistematizadas e consolidadas para comporem a unidade orgânica dos códigos.

O primeiro momento axiológico foi portanto aquele que o direito positivo, derivado do direito natural (o da razão) gerou com a codificação e o direito escrito. Daí se originou a consagração do princípio da legalidade, cuja presença dominante é atestada pela dogmática jurídica do penúltimo século.

Foi também o momento em que o mesmo direito natural, professado em cátedras universitárias, tomou a denominação de Filosofia do Direito.

Algo semelhante ocorreu com o direito positivo quando este no século passado viu a Ciência do Direito em determinado período de sua evolução engendrar a Teoria do Direito.

O segundo grande momento axiológico do direito natural, respeitante à marcha da codificação tem data mais recente.

Ocorre na aurora do século XXI desde que esse direito, sem percepção de sua existência pela doutrina contemporânea, se tornou, apesar disso, a nosso ver, a fonte cardeal e primaz da nova legitimidade por onde se destrona a velha legalidade vazada na letra dos códigos.⁷

Doravante se levanta assim uma legitimidade, fadada a ser o braço normativo da ordem principiológica, cuja suserania já se estende a todas as províncias e ramos do direito.

Trata-se de ordem de valores, de manifesta ascendência, proclamada e reconhecida em tempos correntes; ordem que surpreende, clareia, garante e guia a progressão democrática da justiça, da liberdade e dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rompe as barreiras hermenêuticas do positivismo clássico.

Não negamos que esse positivismo, antigo esteio dos Códigos do Estado liberal erigiu no passado monumentos legislativos, que marcaram indelével a idade privatista do Estado Moderno nas regiões do direito.

Mas professamos que o neoconstitucionalismo, desde a Nova Hermenêutica, sobre levar o espírito da Constituição aos códigos, emprestou às regras formuladas pelos sistematizadores estatura normativa inferior àquela conferida aos princípios.

Disso deriva a força maior de juridicidade atribuída à base principiológica, ministrando-lhe em definitivo a prevalência sobre o corpo da legislação ordinária tanto nas regras, quanto na doutrina, na vida do direito e na obra dos codificadores.

Em suma, vale este axioma: o direito natural promulgou Constituições e o direito positivo códigos.

Ultimamente, faz-se mister assinalar, Constituições emergem dotadas de princípios e valores cuja dimensão normativa e hermenêutica, conforme já se disse, tem reflexos de



legitimidade e garantia sobre a lei codificada.

Além disso, a consciência jurídica do século se reforça com o humanismo de cinco gerações de direitos fundamentais que a doutrina desenvolveu e a jurisprudência dos tribunais um dia há de consagrá-los por inteiro.

O Código de Processo Constitucional brasileiro surgirá, de conseguinte, na segunda idade da codificação.

Há de figurar qual repositório duma legislação mais avançada e aperfeiçoada que a do passado em fazer efetivas as garantias processuais da Constituição.

De sorte que suas formas, suas técnicas, seu campo de ação processual não de ser deveras úteis ao juiz constitucional a fim de levar a efeito com precisão, propriedade, diligência e equilíbrio, a prestação jurisdicional do direito codificado.

Representará o Código, por conseguinte, notável adiantamento no emprego dos meios instrumentais do processo, constantes do sistema constitucional.

Confrontada com a conjuntura, é de advertir que a república brasileira corre o risco de mergulhar numa crise de profundidade institucional.

Urge, portanto, em circunstância tão delicada para o normal funcionamento do sistema, que o novo Código regulamente, bem sucedido, aquelas ações protetoras da liberdade, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Desse modo, fará ele muito por garantir a estabilidade do regime, a segurança jurídica da sociedade, o exorcismo dos fantasmas da crise, a dissipação de nuvens que, desde muito, se acumulam condensando as incertezas do futuro.

Disse Nelson Saldanha que "os Códigos sempre surgem na desembocadura de uma crise".⁸

Em se tratando do Brasil, a hora de fazer este Código é por igual a hora de conclamar povo e cidadania a defenderem sua Constituição e seu Estado de Direito, sujeitos a naufragarem no desastre da crise moral, econômica e social que ora açoita o país e abala a forma representativa de governo.

A mesma crise também lavra com variável intensidade, tamanho e força no espaço geopolítico da América Latina.

De maneira que, a esta altura, sem mais caminhos a seguir, afigura-se-nos a Constituição - dado o respeito que ela ainda imprime, pela singularidade e memória do seu papel nas refregas constitucionais do Estado moderno, qual bíblia política de propagação das ideias de alforria - a única salvaguarda do regime, das instituições, da governabilidade e da saúde pluralista de nossa organização de governo e Estado.

Ontem, conforme vimos, os Códigos em sua ambiência histórica do século XIX reorganizavam a sociedade sob a pauta normativa de direito que a liberdade garantia e a razão, supostamente eterna, faria valer. Era a crença dos codificadores.

Mas ao ensejo da segunda fase, o Brasil, garantida a governabilidade e lograda a paz social, reunirá condições razoáveis de levar a cabo a travessia das turbulências, arrostar as tempestades, enfim, manter íntegra e intangível, desde as bases, a reconstitucionalização democrática de 1988.

Considerando assim a Constituição pedestal de legitimidade, a Ordem dos Advogados do Brasil perfilhou a iniciativa pioneira de elaborar um anteprojeto de Código de Processo



Constitucional como contribuição à garantia das instituições, dos direitos fundamentais e do país constitucional.

Com o novo estatuto processual oxigenando e reforçando a presença do advogado nas lides em defesa da Constituição, a OAB escreverá mais um capítulo e introduzirá mais uma data nos fastos de sua tradição e nos anais de sua vida, em proveito da concórdia constitucional, da liberdade, da democracia, da república e da cidadania social.⁹

Pelas razões atrás expostas, o Código no espírito e no texto corresponderá à era constitucional das Cartas abertas, das leis sociais, do pluralismo, das mobilizações populares, das cidadanias participantes, das forças cívicas empenhadas em cimentar e perpetuar a democracia nas bases do sistema.

Cartas abertas são, a nosso ver, as cartas políticas da pureza republicana, do bem comum, da boa convivência, da harmonia dos estamentos sociais, do livre tráfego das correntes de pensamento e opinião.¹⁰

Cartas, em verdade, respeitadas e observadas, regeneradoras da democracia, defensoras das liberdades públicas; Cartas que fazem a palavra livre ecoar na voz pública, aquecer o coração do povo, vibrar na tribuna dos parlamentos, circular nas redes de comunicação, contrastar com a servidão e o silêncio ominoso e totalitário das ditaduras opressoras e ignóbeis.

A Constituição do Brasil, promulgada após interregno ditatório de duas décadas, enquadra-se nessa categoria de Cartas de abertura política e de comunhão pluralista.

A seguir, urge assinalar a missão do núcleo de advogados da OAB encarregados de elaborar a proposta de um Código de Processo Constitucional.

Ao escrever as páginas de seu anteprojeto, já havia o vaticínio de que a OAB o faria movida duma indefectível fé no direito, duma profunda crença na liberdade, dum rigoroso espírito de constitucionalidade.

Este é por igual espírito de justiça, de zelo, de fibra, de virtude e tenacidade, que tão somente a alma dos patriotas constitucionais costuma exarar como documento e registo e prova de sua inquebrantável fidelidade à causa constitucional.

Com efeito, desse mesmo espírito de constitucionalidade compartilha fervorosamente a Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil ao empenhar-se, como se empenhou na apresentação de uma proposta de Código, inspirada daquela doutrina já exposta que, ao alvorecer do novo século, fez a Ciência da Constituição tanto progredir.

Por conclusão, breve terá o Brasil o Código que lhe faltava, que ora impetra, que já existe no Peru, em Costa Rica e na Bolívia: o Código de Processo Constitucional.

O cometimento peruano, histórico e precursor, partiu de eminentes constitucionalistas, entre os quais Domingo Garcia Belaunde, um dos fundadores do Instituto Ibero-americano de Direito Constitucional.

O Brasil - nunca é demais asseverar! - precisa desse Código a fim de ultimar com as garantias constitucionais e processuais devidamente sistematizadas, a tarefa bem sucedida e estabilizadora da restauração constitucional de 1988.¹¹

Trata-se enfim de fortalecer uma Constituição de muita afinidade com a doutrina do Estado social, doutrina construtora de sólido edifício normativo que o Império e a República dantes jamais viram igual.

Criando o Estado da cidadania, deu a Lei Maior sequência a uma ação e projeto de justiça social cujas origens remontam à quadra ideológica da Revolução de 1930.



A Ordem dos Advogados do Brasil cumpre mais uma vez o papel que a advocacia brasileira, tão valorizada pelo Anteprojeto lhe atribuiu de cooperar grandemente para o respeito, a preservação e a consolidação da Lei Fundamental, isto é, do regime, da república e do Estado de Direito; Estado, ad aeternitatem, apanágio da vocação constitucional de um povo que, além de aspirar a democracia, ama a liberdade e preza a Justiça.

Demais disso, nunca esquecer que o princípio é a vida do direito e a regra sua letra normativa na positividade dos Códigos e das Constituições. Em suma, a doutrina do Código de Processo Constitucional será a mesma da Constituição: os princípios sobre as regras e não as regras sobre os princípios.

Fortaleza, setembro de 2015.

1 A nosso ver, na linguagem do direito, "espírito da Constituição" passa por sinônimo de legitimidade, em virtude do padrão de valores que incorpora e do sentido que inculca.

A partir daí poder-se-á dizer, portanto, em boa doutrina, que a Constituição é a legitimidade e o Código a legalidade.

O "espírito da Constituição", ora empregado, se inspira no título da obra prima da literatura jurídica do século XVIII - aquela que fez a glória e a celebridade de Montesquieu e se chama "Do Espírito das Leis".

A Constituição também é lei. Em rigor, a lei das leis. Logo, falar de seu espírito, com a chancela do autor das "Cartas Persas", afigura-se-nos de todo o ponto lícito.

Somos de parecer que esse espírito vem coroar nas esferas do direito e do Estado a soberania constitucional como a mais genuína expressão da vontade geral ("volonté générale") concretizada. Síntese de legitimidade viva, jamais reflexo duma legalidade enferma, o espírito da Constituição é coluna de prevalência e conservação do Estado de Direito e diagrama do neoconstitucionalismo que impera em nossos dias como fórmula normativa dos princípios.

Ao mesmo passo urge repreender o excesso de formalismo jurídico que conduz inumeráveis magistrados a se aterem com a cegueira da lei, com a literalidade da norma, com a privação do descortino social ao positivismo jurídico do século XIX.

Asseveramos ainda que tais magistrados não compreendem que a Constituição é também luz que ilumina o caminho da justiça, da virtude republicana, da ética de quem governa povos e nações.

E o é em sua medida teórica, positiva, substancial, material e normativa.

Toda vez que essa luz falta ou se apaga no cérebro do juiz o direito abandona a norma e a norma, inadequada e imprópria, se manifesta injusta.

O espírito da Constituição traduz, portanto, em grande parte, o respeito e reverência que a Lei Maior instila na cidadania com o vigor da doutrina, com as competências que legitimam o exercício da autoridade, com o valor dos preceitos, mas, sobretudo, com a aura de legitimidade que circunda a Carta Constitucional colocada no topo da hierarquia do sistema, e dotada da força suprema de sua normatividade.

Tal espírito, em rigor, ajuda a selar no país uma aliança de apoio social e moral às instituições da república.

Salvaguarda da democracia, ele é esteio axiológico do regime; proteção e garantia e segurança de direitos fundamentais.



Com ele, ficam mais sólidas as bases do sistema, mais estável a governabilidade, mais forte o combate às crises, mais vivo o sentimento de adesão ao contrato social, corolário e fundamento da democracia, mais legítima a organização política do corpo social.

Dirige pois esse espírito a nação para os fins que a cidadania espera, movendo os governantes a servirem à justiça e à liberdade com honradez e patriotismo.

Ao mesmo passo, servindo à consciência jurídica imperante, o tempo diz sempre se já chegou a hora de tomar determinadas medidas e iniciativas - a elaboração de um código, por exemplo - para aperfeiçoar a ordem constitucional por onde os governantes e governados se regem no exercício de poderes e fruição de direitos.

Tudo corre segundo a contextura dum sistema determinado a introduzir o equilíbrio e o ideal programático de justiça e liberdade no corpo das leis.

Em razão disso, as relações humanas, perlustrando as vias de consenso e da concórdia devem contemplar sempre, hoje e amanhã, no espírito da Constituição, o horizonte da paz e da harmonia.

Com efeito, nesse momento ímpar, o foro moral do cidadão não cerra as portas nem se extingue; e o ânimo de conservar ativa a cidadania tampouco arrefece.

Para tanto concorrem deveras o espírito público de constitucionalidade, a oportunidade do código de processo constitucional, a densidade ética, a benquerença republicana, quais valores que governam e conscientizam a coletividade na edificação do legítimo Estado de Direito.

2 Em dimensão axiológica, urge assinalar que a doutrina da legitimidade prepondera sobre a da legalidade, ou seja, sobre aquela a que o positivismo se afeiçoou.

A legitimidade é o princípio, a legalidade é a regra; a legitimidade, na ordem espiritual, é valor maior, a legalidade valor menor; a legitimidade é Sócrates advogando a consciência livre na tragédia da cicuta; a legalidade é Hegel escrevendo a filosofia do absolutismo por fazer do Estado uma divindade com a dialética da ideia.

Rompida a unidade conceitual dos dois princípios, estabelecida pelo positivismo, restaurou-se a dualidade histórica, com a prevalência da legitimidade. A partir daí, poder-se-á dizer que a legitimidade está para a legalidade assim como a Constituição para a lei, a justiça para o direito, o princípio para a regra, o direito natural para o direito positivo, a democracia direta para a democracia representativa, a separação de poderes para o poder central.

A nosso ver, debaixo dessa divisa fica a inspiração doutrinária do Anteprojeto do Código de Processo Constitucional, lavrado na madrugada do século XXI, século que testemunha a grande revolução em marcha para universalizar os direitos humanos fundamentais, a democracia, a paz e a liberdade; revolução que restará perene na memória das futuras gerações.

As revoluções definem épocas em que a sociedade se transforma, sobe degraus na escalada do progresso, da civilização, da cultura.

Vistas por esse ângulo, as revoluções dão saltos qualitativos na história da humanidade, abençoadas dos povos e das nações que elas libertam.

Alves Mendes, príncipe da eloquência portuguesa, escreveu que um grande escritor chamou à revolução, a condensação dos tempos, e outro chamou-lhe a jurisprudência de Deus.

Noutro lugar da mesma oração, disse o egrégio tribuno: "a revolução (...) produz-se em virtude das leis da mecânica social, tão providenciais e positivas como as leis da



mecânica celeste. (...) Forja-se no laboratório do espírito como o relâmpago no laboratório do universo." (Alves Mendes, Discursos inéditos e dispersos, Lisboa, vol. I, p. 37 e 38).

A revolução é a legitimidade mesma quando a civilização dá um passo à frente.

Mas a evolução é, por igual, legitimidade ao escrever, associada à paz, a crônica dos séculos, o livro dos progressos da humanidade, fazendo a estabilidade dos regimes e estabelecendo as leis sociais de emancipação.

Como se vê, a legitimidade também se adquire. E se adquire gradativamente, paulatinamente por obra duma caminhada lenta de consenso mediante incorporação de valores e salvaguarda de princípios, que são por sem dúvida o cimento da ordem constitucional.

Ordem reforçada com o tempo, com a educação do povo, com o exercício das franquias públicas e civis, com o respeito das garantias constitucionais, com o tirocínio da liberdade.

A legitimidade perdida se restaura também graças à observância de princípios e direitos fundamentais. Essa observância é a única forma de pôr termo à crise estampada na desorganização moral e espiritual da sociedade e do Estado.

A legitimidade, colocada eventualmente em falsa peanha de imparcialidade ideológica, como se fora possível por essa via neutralizá-la, sempre se fez de valores e crenças e sempre incorporou nas suas dobras e interstícios elementos extraídos da tradição, da cultura e dos costumes.

Mas tal neutralidade pertinente a valores é hipocrisia social, impostura duma doutrina decadente, representativa dum positivismo cujo tempo ideológico já passou.

É por esse prisma crítico que o século XXI encara o problema da legitimidade, com adequação dos códigos e das Constituições ao mundo novo criado por uma nova era em que o drama da humanidade possa ser atenuado tocante às dificuldades de concretizar e universalizar a justiça, a paz, a liberdade e os direitos fundamentais.

3 Com efeito, Lei e Código lograram normatividade culminante na gestão da sociedade individualista, mecanicista e liberal, e começaram a perder parte da força normativa, à míngua de reforma e atualização, ou por olvidarem valores e abdicarem princípios gravados no preâmbulo e nas cláusulas da Lei Fundamental.

A Constituição, esta sim, é e será sempre a cabeça dos sistemas e da revitalização dos Códigos; jamais a quimera programática dos primeiros constituintes da época liberal dos séculos XIX e XX.

4 A queda do culto legalista na ciência do direito segue de perto o declínio da influência que a escola clássica do positivismo exerceu sobre o direito na Europa continental.

A esse respeito, veja-se artigo de nossa autoria intitulado "A Despolitização da Legitimidade", estampado na revista O Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, depois reeditado na Alemanha pela publicação jurídica "Der Staat (Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Herausgegeben von Ernst Wolfgang Böckenförde, 35. Band 1996 Heft 4. Duncker Humblot, Berlin) numa tradução de Friedrich Müller, constitucionalista, filósofo do direito e ex. catedrático da Universidade de Heidelberg, onde foi Decano da Faculdade de Direito (1979).

O mesmo ensaio apareceu também em versão italiana intitulada "La Depolitizzazione della Legittimità", publicado pela Universidade de Lecce, na Itália, sob o patrocínio do Prof. Michelle Carducci, coordenador da coleção de traduções daquela instituição. A tradução é da Prof. Anna Sílvia Bruno.



Aliás, toda a reflexão acerca da mudança referida no artigo aqui citado se cifra portanto numa locução do vocabulário político em que se condensa e retrata um dos fenômenos mais relevantes do nosso tempo: a despolitização da legitimidade.

Operada pelo positivismo, essa despolitização determinou o eclipse normativo das Constituições por mais de um século, até ao advento do neoconstitucionalismo coevo quando este inaugurou uma nova era na doutrina do direito e do Estado.

5 As leis da liberdade moderna que inauguram a era liberal nas relações civis começam com os códigos que a concretizam, inspirados das Constituições que as legitimam. E avançam e se robustecem em nosso tempo com a força normativa que a doutrina da Nova Hermenêutica lhes reconhece, a jurisprudência de tribunais consagra e as Constituições já prescrevem.

Aquelas leis guiam e assinalam a primeira fase do movimento codificador, do século XX. Promulgadas numa atmosfera de pensamento livre, sua evolução chega aos nossos dias com a trégua de positivistas e jusnaturalistas, conforme deixamos entrever em prefácio à edição portuguesa da obra "Constituição e direitos fundamentais", de Raul Gustavo Ferreyra, catedrático da Universidade de Buenos Aires.

Escrevemos então:

"Cessado o confronto direito positivo versus direito natural, o semblante jurídico da contemporaneidade é este: para alguns, o advento do pós positivismo, que dá o balanço de suas rejeições e define as novas posições no raio de sua abrangência; para outros, a era do neopositivismo, do positivismo principiológico, que há de perpetuar as conquistas da liberdade. Para aqueles já não cabe falar em positivismo, locução inculcadora de pretéritos erros e dissídios nas esferas da doutrina, mas para estes - os positivistas da principilogia - a expressão continua a ter mérito e cabimento, porquanto conservá-la significa colocar sempre à vista a objetividade, a realidade, a concreta existencialidade do direito, que é vida e não abstração, que é ciência e não devaneio, que é norma e não programa, que é princípio e não apenas regra.

Dantes a Velha Hermenêutica das leis e dos Códigos, nos tratados de direito, na jurisprudência dos tribunais, na cátedra das academias; doravante, porém, com o envelhecimento do positivismo, a Nova Hermenêutica domiciliada e rejuvenescida nos princípios da Constituição; dantes o direito positivo posto em regras compunha toda a legalidade do sistema; agora, esse mesmo direito positivo ancorado em princípios exprime a culminância da juridicidade constitucional; há pouco, um século de estagnação liberal no direito fecha a era do jusprivatismo romanista; a seguir o neopositivismo perpassa a teoria do direito e da Constituição, impulsiona a normatividade, e esta toma mais força, mais relevo, mais espaço até alcançar as altitudes hegemônicas da era principiológica.

A partir daí se faz definitiva a visão publicística do direito, que prepondera sobre aquela meramente jusprivatista. De modo que desde a Nova Hermenêutica, a profundidade normativa dos princípios da Constituição espargue luz, e espanca, com a reflexão social, a escuridade jusprivatista do passado. Já não há lugar para magistrados recalitrantes em sua pretensão obstinada de perpetuar o direito, não raro divorciado da realidade, e de se conservarem refratários à mudança dos tempos que desterram o magistrado "boca da lei" de Montesquieu, a que já nos reportamos em outros lugares destas Bases.

A densidade normativa dos princípios constitucionalizou todos os ramos do direito; fez a idade das Constituições suceder à dos códigos e rasgar horizontes a uma sólida compreensão sistêmica do Direito, qual conjunto integralizante e estruturante de normas e valores".

Em resumo, hoje os códigos - nomeadamente o Código de Processo Constitucional- não se circunscrevem tão somente a trasladar para seus textos a mecânica normativa das



regras, mas por igual a dinâmica axiológica dos princípios e dos direitos fundamentais. A garantia destes é de extrema relevância na codificação processual, objeto destas Bases. Isto porque não basta declarar direitos sem efetivamente dar-lhes os mecanismos constitucionais de proteção e eficácia.

Assim se contribui para o espírito contemporâneo dos códigos e das sistematizações codificadoras. Sob a égide das constituições o direito que ali jaz há de percorrer os caminhos da história, e lograr, em comunhão universal, paz e justiça para povos e nações.

6 A partir do novo campo interpretativo criado pela Nova Hermenêutica poder-se-á escrever, com plena convicção e apoio na realidade, que faz também a lei quem a interpreta e aplica.

Com efeito, isso pode acontecer em alguns ensejos e sistemas quando a corte constitucional cria o direito na operação hermenêutica.

Ocorrendo tal hipótese, o tribunal exerce papel legislativo de exceção e levanta a voz como supremo guardião do regime e das instituições.

A vida sempre revoga as leis que não acompanham as transformações da sociedade.

Não se pode, por exemplo, deprimir a importância capital da nova hermenêutica se quisermos bem compreender a natureza e a evolução do Direito, que na doutrina deixou de ser desde muito uma pugna do direito natural com o direito positivo; um duelo de muitos séculos que já perdeu a razão de ser.

Tinha, portanto, razão o decano da Faculdade de Direito de Harvard, o Egrégio sociólogo e jurista Roscoe Pound, cujas aulas de direito comparado frequentei em Cambridge nos Estados Unidos durante o ano acadêmico de 1944-1945, quando disse que "a vida é um processo de mudança, e a lei que há de governá-la deve mudar com ela". Tais palavras não as ouvi em sala de aula, mas as li em artigo estampado numa obra em homenagem a Hans Kelsen. A reflexão de Pound afigura-se-nos de suma pertinência por patentear como a sociologia do direito ministra a lição que nos faz bem compreender a revolução silenciosa por onde se opera a metamorfose das instituições políticas em sua caminhada rumo à consolidação da democracia e do Estado de Direito.

Em virtude dessa força tão atuante e tão dinâmica que é a vida, se infere que a codificação das leis do processo constitucional obedecem também a uma doutrina do direito, da realidade, e do progresso social, que não pode ser no século XXI idêntica ou do mesmo rosto, teor e estilo daquela que no século XIX a geração de civilistas encabeçados pelo jurisconsulto Portalis insculpiu na letra do Código de Napoleão.

Eis no original a frase de Roscoe Pound: "Life is a process of change and the law that would govern it must change with it" (Roscoe Pound, *Law in the Atomic Age in Law State and Internacional Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, 1964, p. 246).

7 O direito positivo, que entrou na composição dos códigos, examinados nas suas bases, não logra desfazer elos de linhagem, de procedência e filiação, jacentes naqueles fundamentos jusnaturalistas acima retratados. Com efeito, eles configuram, em seu percurso de séculos o influxo deslembado, oculto e adormecido, exercitado sobre distintas formas de positivismo jurídico, vinculado a diferentes fases de evolução da doutrina do direito natural.

8 Nelson Saldanha, *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, p. 39.

9 A 17.04.2009 num discurso de agradecimento proferido em Lima na Universidade



Maior de San Marcus, Decana das Américas, durante ato solene de outorga das insígnias de Professor Distinguido daquela instituição, assinalamos que entre os avanços democráticos proporcionados pelo espírito criativo e pela imaginação poderosa do constituinte de 1988 avultava o advento, na ordem constitucional, duma nova cidadania: a cidadania social.

Com efeito, essa cidadania significava em realidade importante passo dirigido à reconstitucionalização dos poderes da soberania e à restauração do espírito republicano na consciência da nacionalidade.

E acrescentamos:

Foi por esse caminho que rompemos enfim com aquela imagem da sociedade virgem, neutral, estática, imóvel, rodeada de barreiras às intervenções do Estado e que, professando o arcaísmo teórico da neutralidade e da separação, rememorava as oscilantes fases constitucionais do antigo Estado liberal; Estado que todavia gravara no bronze da revolução e na fórmula do contrato social os primeiros progressos da liberdade moderna, ao mesmo passo que inaugurava a era dos Códigos e das Constituições.

Desde o advento da idade principiológica, merece a sociedade a figura do constitucionalista neutro.

Afogado, de todo, na teoria pura e na metodologia do formalismo, do dedutivismo, da subsunção, fica ele na tarefa interpretativa de costas voltadas para a circunjunção social onde se insere a pré-compreensão de sua própria vida e da vida de seus semelhantes.

Não pode, por conseguinte, manter-se tão indiferente aos valores que vinculam a ética ao Estado de Direito e à dignidade da pessoa humana.

10 Há necessidade de manter o regime sob a égide pluralista duma Constituição aberta, porquanto um dos caminhos para alcançar a estabilidade e segurança das instituições democráticas no Estado de Direito contemporâneo é o da simbiose dos direitos fundamentais com os princípios cardeais da Lei Maior.

11 O Código de Processo Constitucional vai nascer pois do ânimo renovador que vivifica o publicismo e a Justiça no século XXI, porquanto une a dignidade e a garantia dos direitos humanos fundamentais em sua objetividade à democracia e ao novo Estado de Direito, obra dos emancipadores sociais, sob o pálio da jurisdição constitucional.