

O que é *Processo Constitucional*?

What's Constitutional Process?

Camilla Mattos Paolinelli.

Resumo: O presente artigo intenciona responder a seguinte questão: ‘o que é o Processo Constitucional?’ Para tanto, a investigação parte do argumento de que o processo constitucional, por um recorte sistemático-metodológico, é visão científica que examina as relações diretas e indiretas das normas processuais com a Constituição Federal. Demonstra-se como o processo constitucional acentua a tendência de constitucionalização do direito e institui garantias asseguradoras do exercício dos direitos fundamentais. A abordagem parte também das noções de Estado Democrático de Direito conformadas à concepção principiológica traçada pela Constituição Brasileira de 1988, demonstrando-se que o processo e a Jurisdição, nessa perspectiva, têm necessário fundamento de validade na Constituição. Traça-se um paralelo entre direitos e garantias fundamentais, para apontar que as garantias constitucionais são imprescindíveis à pretensão de efetivação dos direitos. Passa-se ao exame das linhas teóricas que contribuem para o delineamento e amparam o modelo constitucional de processo democrático, para então, concluir-se a respeito do modo pelo qual o processo constitucional, numa perspectiva democrática, constitui-se como *metodologia normativa de garantia de exercício e concretização* de direitos fundamentais, ao propiciar ao cidadão efetivo controle e participação na formação dos atos de poder estatal.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito, Direitos e Garantias Fundamentais, Processo Constitucional.

Abstract: This article intends to answer the question, 'what is the constitutional process' Therefore, the investigation of the argument that the constitutional process by a systematic-methodological approach is scientific view that examines the direct and indirect relationships of procedural rules with the Federal Constitution. It is shown how the constitutional process accentuates the constitutionalization trend of law and establishes Insurer guarantees the exercise of fundamental rights. The approach also part of the democratic state of law notions conformed to principled design drawn by the Brazilian Constitution of 1988, demonstrating

that the process and the jurisdiction, in this view, are necessary foundation date on the Constitution. Draws a parallel between fundamental rights and guarantees, to point out that constitutional guarantees are essential to the realization of the rights of claim. Passes to the examination of theoretical lines that contribute to the design and bolster the constitutional model of the democratic process, and then be concluded about the way in which the constitutional process in a democratic perspective, it is as binding approach guarantee exercise and implementation of fundamental rights, to provide the effective citizen control and participation in the formation of the acts of state power.

Keywords: Democratic State of Law, Fundamental Rights and Guarantees, Constitutional Process.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado Democrático de Direito: uma abordagem principiológica. 3 Dos Direitos e Garantias Fundamentais: da necessária distinção. 4 O processo constitucional democrático. 5 O processo constitucional como garantia de direito fundamentais. 6 Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

A concepção de processo constitucional como garantia de concretização e exercício de direitos fundamentais só foi possível a partir do momento em que a Constituição Brasileira de 1988 elegeu o Estado Democrático de Direito como *matriz principiológica* apta a orientar e reger toda e qualquer concepção normativa. Significa dizer que, daí em diante, a Constituição Democrática passou a ser fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, de modo que, hodiernamente, é impossível conceber-se um direito processual que não seja constitucional¹.

A instituição do paradigma do Estado Democrático de Direito através da Constituição Brasileira de 1988 que, por sua vez, consagrou um extenso rol de direitos humanos elevados à categoria de direitos fundamentais (via positivação interna), não só possibilitou a proteção, mas o efetivo exercício desses mesmos direitos - fundamentos do Estado (art. 1º, III c/c art. 4º, II da CR) - através da consagração das garantias constitucionais (inúmeras delas de natureza processual), como exigência lógica para proteção integral da dignidade humana.

¹ ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.101.

Dessa aproximação e vinculação direta entre Processo e Constituição surge o processo constitucional (Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual) que, por sua vez, constitui-se como um conjunto de princípios e regras que norteiam e regem a atuação da Jurisdição², assegurando a supremacia do Texto Constitucional e garantindo a proteção de direitos e garantias fundamentais, conformadores do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, conforme assevera Dhenis Cruz Madeira (2008, p.125):

“[...] a pluralidade da sociedade contemporânea atribui um encargo gigantesco aos juristas comprometidos com o Direito democrático: o de operar um sistema jurídico que garanta a igualdade sem suprimir as diferenças. Do mesmo modo, outro desafio, talvez mais importante, apresenta-se: o de constituir decisões estatais legítimas, confeccionadas com co-participação de seus destinatários³”.

Diante disso, a presente reflexão propõe-se a analisar como o processo, a partir de um ponto de vista metodológico-sistemático, examinado em suas relações diretas com a Constituição, dentro da matriz constitucional do Estado Democrático de Direito, é capaz de assegurar e garantir o exercício e implementação de direitos fundamentais.

Para tanto, será utilizada como vertente metodológica a analítico-interpretativa, através do delineamento de noções de Estado Democrático de Direito, Direitos e Garantias Fundamentais, das aproximações entre Processo e Constituição que acabam por conformar um *modelo constitucional de processo*, para, por fim, traçar-se uma interpretação (*proposta teórica*⁴) a respeito do Processo Constitucional como garantia de efetivo exercício de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Partir-se-á de uma perspectiva macro para a micro-analítica, no intuito de se adentrar à análise dos pontos necessários à abordagem do objeto da reflexão.

² Nesse mesmo sentido, alerta Marcelo Cattoni: “[...] o constitucionalismo democrático necessita da atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro*: Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel intransponível realidade político social. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgibi/upload/texto86.rtf>. 2005. Acesso em 03.02.2011.)

³ MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da Impossibilidade da Supressão dos Princípios Institutivos do Processo. p.123-143. IN: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, Direito e Processo*: Princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2008. p.125.

⁴ POPPER, Karl Raimund. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultrix, 2006.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma abordagem principiológica

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, num esforço para se superar as atrocidades cometidas durante o Regime Militar, inaugura-se no Brasil o projeto constitucional (“*inacabado, em constante edificação*”⁵) do Estado Democrático de Direito como constatação das insuficiências e omissões normativas advindas dos paradigmas de Estados Liberal e Social⁶, que já não eram mais capazes de responder às demandas de legitimação do Poder Estatal pelo Povo⁷, tampouco ao pleito de proteção e efetivação de direitos humanos⁸ (“*fundamentalizados*”⁹).

Atendendo justamente a este propósito de legitimação democrática do exercício do poder estatal e garantia de direitos e liberdades fundamentais, a Constituição Brasileira de 1988 cuidou de consagrar expressamente em seu Título I – “Dos Princípios Fundamentais”,

⁵ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 67.

⁶ A expressão “paradigma” deve aqui ser compreendida, com base nos ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, como sistema jurídico-normativo consistente (“matriz disciplinar”), afastando a concepção que equivale a expressão ao sentido de “modelo ou padrão”, o que poderia sugerir que o Estado Democrático de Direito não teria quaisquer contribuições advindas dos “modelos” de Estado anteriores. Afinal, não é possível se conceber um novo paradigma de Estado que enseje diretamente na conformação de um processo democrático, sem a contribuição de um conjunto de conquistas amealhadas pelos “modelos” anteriores. Daí porque aqui se diz que o Estado Democrático de Direito surge diante das crises e omissões normativas dos Estados Liberal e Social. Portanto, não se pode olvidar que as matrizes disciplinares (Galuppo) que precedem o Estado Democrático de Direito, contribuíram para o surgimento deste. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ed.- rev. e ampl.- Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.53-57)

⁷ Aqui entendido como comunidade política, conjunto de indivíduos (pessoas), segundo os ensinamentos de Baracho. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984. p.154)

⁸ Nesse sentido, já tivemos a oportunidade de tratar em artigo anterior: “[...] ao estudar o Estado contemporâneo é preciso se ter em mente que se trata de ‘uma instituição que se legitima na Constituição, não podendo ultrapassar a medida de seu caminho traçado por esse texto articularizador (DEL NEGRI, 2008, p.26)’. Por isso mesmo, diz-se que com o Estado Democrático de Direito, o Brasil inaugura a cultura dos direitos humanos, em contraponto à Razão do Estado, cultuada durante os longos e sombrios anos de Regime Militar. Daí a se falar em cultura democrática de direitos humanos. De nada adianta, contudo, a instituição de um novo paradigma de Estado que pretenda superar os mais de vinte anos de anti-democracia violadora de direitos, - inaugurando a cultura democrática de direitos humanos, e que assegure com primordialidade, a observância, o respeito de direitos fundamentais - sem a existência de um mecanismo que promova a efetivação desses direitos.” (PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O modelo transacional brasileiro e a imprescritibilidade dos crimes de tortura como dever jurídico de memória: pela conformação do princípio de direito internacional ao paradigma da constitucionalidade democrática*. Artigo apresentado à Disciplina Filosofia do Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC-Minas em 30.06.2012, ainda não publicado).

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. O Paradigma Processual ante as Seqüelas Míticas do Poder Constituinte Originário. IN: Direito Público: Revista *Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, nº1/2, jan/dez 2009.

art. 1º que a “*República Federativa do Brasil [...] constitui-se Estado Democrático de Direito*”¹⁰”.

A partir da citada disposição constitucional, o Estado Democrático de Direito é eleito como matriz disciplinar de caráter principiológico que deve orientar todas as cogitações normativas na contemporaneidade.

Com efeito, este caráter principiológico não advém somente do fato da previsão do Estado Democrático de Direito estar inscrita no título referente aos princípios fundamentais. Isso porque, também separadamente, tanto a Democracia quanto o Estado de Direito foram erigidos à categoria de princípios fundamentais.

Ora, ao dispor em seu parágrafo único do art. 1º, que “*todo poder emana do povo que o exerce direta ou indiretamente por meio de seus representantes*”¹¹, o texto constitucional eleva a democracia à categoria de princípio fundamental, como fonte de legitimação do exercício do poder político pelo povo, entendido como comunidade política (sujeito constitucional).

Significa dizer, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Frederico Barbosa Gomes, que entre Constituição e Democracia “*há uma relação que importa numa imbricação mútua, pois sem democracia não se pode dizer que haja efetivamente Constituição [...], e, sem os procedimentos nela estabelecidos, não há como se garantir o exercício legítimo do poder, que é condição para configuração da própria democracia*”¹². (CRUZ; GOMES, p.83, 2009)

No mesmo sentido, também o Estado de Direito¹³ tem base jurídico constitucional e se assenta num conjunto de normas jurídicas que se edifica sobre quatro premissas, a saber:

¹⁰BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05.06.2012.

¹¹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05.06.2012.

¹² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. IN: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, abr./mai./jun.2009, v.71 – n.2 – ano XXVII, p.83.

¹³ Entendido aqui como um conjunto/ corolário de princípios e ideias mestras que limitam o exercício do Poder do Estado, determinando, conformando e direcionando as atividades estatais. Para Baracho, o Estado de Direito representaria a “*realidade do Estado Moderno, modelada por um ideal de racionalização jurídica da vida representa um sistema de legalidade normativa [...]*”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.p.126.) Adverte Brêtas que o Estado de Direito, com o advento dos movimentos Constitucionalistas americano e francês, acabou por encontrar adequada justificativa na Ordem Jurídica pautada na Constituição que passou a ser fonte primária do Direito, organizando e limitando o poder, além de distribuir competências e elencar direitos e garantias individuais. Daí porque, para o autor, os Estados a partir de então devem ser compreendidos como “*sistema ou complexo de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado*”. Dessa forma, desde então, é certo que os Estados estão obrigados a criar pressupostos fáticos e institucionais necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados. (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.21.)

império da lei, divisão de poderes do Estado, legalidade da administração pública, direitos e liberdades fundamentais¹⁴.

Nesse viés, a Constituição Brasileira de 1988 traz uma série de normas que consagram o princípio do Estado de Direito, dentre as quais: o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados nos artigos 5º e 6º da Constituição, o princípio da separação de poderes, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a administração pública, o princípio da responsabilidade do Estado, o princípio da fundamentação das decisões, da prevalência dos direitos humanos, da vinculação dos órgãos legislativos ao Estado de Direito (art. 60, parágrafo 4º, incisos III e IV) e à democracia (art. 60, parágrafo 4º, incisos I e II), dentre inúmeros outros que consagram a ideia nuclear de Estado de Direito¹⁵.

Pode-se, assim, conceber o Estado Democrático de Direito como uma junção entre o Estado de Direito e da Democracia, elegidos à categoria de princípios pela Constituição. Isto é, em sede constitucional, há uma espécie de fusão normativa (*entrelaçamento teórico*¹⁶) dos princípios da Democracia e do Estado de Direito, conformando o Estado Democrático de Direito que, por sua vez, tem sua base estruturante no direito do povo à função jurisdicional orientada pelo devido processo constitucional.

E daí porque o Estado Democrático de Direito “*possui dimensão e estrutura constitucionais assentadas na legitimação do exercício do poder em conformidade com a soberania e a vontade do povo*”¹⁷.

Nas lições de Brêtas (2012, p. 124):

“Ao princípio democrático se agrega o princípio do Estado de Direito, este informado por uma gama variada de ideias-mestras que lhe dão contextura, espécies de sub-princípios, albergados em normas das modernas Constituições que determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-lhe o exercício do poder. [...]”¹⁸”

Cumprido mencionar, todavia, que a noção simples e pura de Estado de Direito, mesmo que constitucionalizada, não se confunde com a concepção de Estado Democrático instaurado

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

¹⁵ Mais em BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.61-65.

¹⁶ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.58.

¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma Introdução ao Estudo do Processo Constitucional. IN: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.) *Direito Processual – Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas. Instituto de Educação Continuada, 2012. p.121.

¹⁸ BRÊTAS. IN: *Direito Processual – Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada*. p. 124.

no Brasil, pós 1988. Isso porque, de Direito também eram as concepções de Estado Liberal e Estado Social, por sujeitarem o poder estatal a princípios e normas jurídicas e legitimarem esse mesmo poder pela ordem normativa instituída.

E acrescenta Del Negri, “*todo Estado, seja ele autocrático ou não, sempre será um Estado de Direito (Kelsen)*”. Por isso, “*é bom lembrar que a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o estado, mas sim o direito que rege o Estado*¹⁹”.

Significa dizer que nos Estados denominados simplesmente de Direito, o poder estatal se legitima simplesmente pela observância da ordem jurídica vigente²⁰, que o próprio Estado estabelece para si. E daí a insuficiência do modelo.

O Estado que se pretende Democrático, ao revés, vale muito além disso. O princípio da democracia unido ao do Estado de Direito impinge não só ideia de governo do povo, com limitação do exercício do poder estatal pelas normas constitucionais que adquiriram supremacia absoluta na contemporaneidade, como participação do Povo que confere legitimidade à atuação do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judicial.

O Estado Democrático de Direito se constitui, assim, nas palavras de Canotilho, como “*Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo, sendo o direito concebido enquanto direito interno do Estado e o poder democrático entendido enquanto poder do povo que reside no território do Estado ou pertencente ao Estado*²¹”.

No Estado Democrático de Direito, o povo (*enquanto instância global de atribuição de legitimidade democrática*²²), através do sufrágio livre e universal, elege seus representantes que, por sua vez, elaboram as leis (função legislativa) em nome do povo, sendo que tais leis terão no próprio povo, os seus destinatários.

Essas mesmas leis, quando descumpridas, são aplicadas pela função jurisdicional que busca promover a tutela dos direitos (através de um processo legal e previamente organizado).

¹⁹ DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.59.

²⁰ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria General del Estado*. Version Española de Jose Lion Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1948. p.452.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ed. Coimbra/PT: Almedina, 2008, p.57.

²² *Sujeito Constitucional*, segundo melhor doutrina. Nesse sentido ver DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.29-30.

E é nesse sentido que “as sentenças são proferidas em nome do povo”²³ ou “o julgamento é entregue ao povo”²⁴.

Mas não é só. Em reflexão acertada, assevera Brêtas (2012, p.126):

“Com maior amplitude no Estado Democrático de Direito, o povo pode e deve exercer participação ostensiva e preponderante na resolução dos problemas e questões nacionais, através do plebiscito, referendo, audiências públicas e princípios por meio do Processo Constitucional, pois a Constituição, além da garantia do Devido Processo Legal, assegura as garantias procedimentais do Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação de Revisão de Enunciado de Súmula Vinculante, além de Ação Popular visando a anulação de atos estatais lesivos”²⁵.

Nesse propósito, Brêtas sustenta ainda que também o *processo constitucional* concorre para a formação da legitimação democrática do Estado, já que a legitimidade se faz pela Democracia, cujo fundamento é a *cidadania*²⁶ que será exercida por meio do devido processo constitucional, seja ele legislativo, administrativo, ou constitucional jurisdicional.

Significa dizer que num Estado Democrático, o ordenamento jurídico (princípios e regras) consagra uma série de institutos que introduzem o povo no governo, diretamente ou por meio de seus representantes. Aqui, importante ressaltar a advertência feita por André Del Negri, para quem:

“Para se admitir um Estado Constitucional e Democrático *mister* é a presença de procedimentos necessários para a formação racional da vontade, ou seja, um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes tem igual acesso. Nesse aspecto, o ordenamento jurídico emana da soberania popular presente no processo de fiscalidade interpretante do texto constitucional proporcionando condições mais democráticas e legítimas (DEL NEGRI, 2011, p.77)

Nesse sentido, tem-se que o voto é uma parcela mínima da democracia²⁷, consoante assegura Del Negri. O povo não se inclui no sistema somente pelos direitos políticos, mas

²³ ITÁLIA. Código de Processo Civil. “Art. 132 – *la sentenza é pronunciata ‘In nome del popolo italiano’*”. (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.24.)

²⁴ FRANÇA. Código de Processo Civil. 2002. “Art. 454 – *le jugement est rendu au nom de peuple français*”. (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.24.)

²⁵ BRÊTAS. IN: *Direito Processual – Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada*. p.126.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 10ed, rev. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁷ Aqui, aliás, ainda utilizando do escólio de Del Negri: “[...] A democracia é um sistema exercitado pelos cidadãos (destinatários do direito, os quais não podem ser infantilizados por um Estado maternal (doação de direito/ assistencialismo), como se fossem apenas consumidores, e não gestores –fiscalizadores do Direito. De todo modo, quando se diz que a sociedade não está praticando democracia, o que está havendo é uma confissão dos operacionalizadores do sistema (cidadãos e instituições), na execução da Constituição (projeto democrático), Tudo isso pode ser resumido pela ótica de que a Cidadania além de ser o fundamento da

pelo cumprimento de outros direitos fundamentais, que passam, obviamente, pelo exercício do devido processo constitucional²⁸.

Assim, consoante conclui Marcelo Galuppo, o Estado Democrático de Direito tem como ponto central os direitos que os cidadãos precisam se reconhecer, reciprocamente, uns aos outros se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático²⁹.

Dessa forma, concebe-se que é dever do Estado³⁰ e direito do jurisdicionado, na democracia, buscar uma resposta adequada às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante garantia de ampla participação na construção das decisões, observado o devido processo legal.

Há, portanto, nas Constituições democráticas, um direcionamento para a harmonização entre o exercício do poder político estatal *disciplinado*³¹ e a garantia da liberdade das pessoas. Equivale dizer, na contemporaneidade é essencial a organização do Estado através de sua divisão (especialização) em funções (sua ordenação em *órgãos*³²), o que, aliás, é *direito fundamental*³³ que deve ser garantido aos indivíduos, pois ela mesma é que permite e garante o exercício desses direitos, inclusive, por meio da Jurisdição (atividade-dever do Estado).

Nesse sentido, tem-se que no Estado Democrático a proteção deficiente dos direitos fundamentais é proibida, à luz do atual paradigma de direito que, por sua vez, impõe ao Estado o dever de proteção integral, de modo que não basta o simples reconhecimento de

Democracia é o comprometimento com fundamentos de auto-existência e essa inclusão deve ser solicitada pelo Processo (direito –garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos já assegurados na Constituição.”(DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. 2ed.- rev. e ampl.- Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.78)

²⁸ DEL NEGRI. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. p.79.

²⁹ GALUPPO, Marcelo Campos de Oliveira. *O que são direitos fundamentais?* IN: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 236.

³⁰ Na perspectiva do Processo Constitucional, a Jurisdição é atividade-dever do Estado que consiste no cumprir e fazer cumprir as normas de direito positivo, e, ao mesmo tempo, é direito fundamental de qualquer do povo, constitucionalmente assegurado, regido pelos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia e fundamentação racional das decisões. (Mais em BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.44-48)

³¹ Organizado em *tarefas* (competências) atribuídas a órgãos diferenciados pela outorga do povo.

³² SALGADO, *apud* BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 23.

³³ Ingo Sarlet ressalta que a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo. (SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96).

direitos ao povo, é preciso implementá-los via organização administrativa e procedimentos adequados³⁴.

3 . DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

A fim de que se possa compreender o processo constitucional, conforme conceituou Baracho, como *metodologia normativo-principiológica garantidora de direitos fundamentais*, necessária uma breve digressão ao conceito de direitos e garantias fundamentais, demarcando traços diferenciadores em relação aos direitos humanos.

A expressão direitos fundamentais (*droit fondamentaux*) surgiu na França por volta de 1770, no movimento político e cultural que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789³⁵. As primeiras Constituições a consagrarem o termo direitos fundamentais de forma expressa foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (1919).

Contudo, verdadeiramente, sagrou-se e se solidificou a proteção desses direitos, após a Segunda Guerra Mundial, com a queda dos Regimes Totalitários que assolaram o mundo até meados do século XX, por meio de um intenso e universal movimento de Constitucionalização dos direitos humanos, que pretendeu a superação dos legados de violência, como ato de memória e programação do direito para um futuro de paz³⁶.

Pois bem. A doutrina publicista costuma a descrever tanto os direitos humanos como os fundamentais como aqueles que têm por objetivo proteger e promover a dignidade da pessoa humana que, geralmente, contemplam direitos relacionados “*à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à própria condição humana, encarados numa perspectiva corpórea e social*”³⁷. Tais direitos, conforme alerta Brêtas, “*hãõ de ser recepcionados pelos Estados Constitucionais modernos e reconhecidos ao povo, como forma de limitar o exercício do poder soberano do Estado*”³⁸. (BRETAS, 2012, p.67)

Marcelo Novelino observa, citando Perez Luño (2011, p.384), que:

³⁵ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.68, nota de rodapé nº1.

³⁶ Afinal, alerta Ost, “*sem memória, uma sociedade não se poderia atribuir identidade nem ter pretensões a qualquer perenidade, mas sem perdão, ela se exporá ao risco de repetição compulsiva de seus dogmas e de seus fantasmas*” (OST, François. *O Tempo do Direito*. Tradução: Élcio Fernandes, revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru/SP: Edusc, 2005. p.153 e 165)

³⁷ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 67.

³⁸ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 67.

“[...] autores anglo-americanos e latinos utilizam, com maior frequência, a expressão direitos humanos ou direitos do homem. Na Alemanha, o termo direitos fundamentais (Grundrechte) possui lugar de destaque, sendo utilizado para designar o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento da ordem jurídico-política³⁹.”

A positivação desses direitos, no entanto, ocorre em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), por conterem uma vocação universalista supranacional, designando “*pretensões de respeito à pessoa humana*⁴⁰” (2012); os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados nas Constituições de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado.

Para Gilmar Mendes(2002, p.03):

“Os Direitos Fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que na asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático⁴¹.”

Recorrendo-se ainda a Gilmar Mendes, observa-se que, numa acepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, “*seja pelo não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas*⁴²”.

Assim, os direitos fundamentais cumprem, nas palavras de Canotilho (2008, p.541):

“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-colectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas)⁴³.”

³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.30. *ob. Cit.* NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.384.

⁴⁰ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 48.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. In: Revista Diálogo Jurídico. Número 10 – Salvador: jan/2002. Brasil. p.02.

⁴² MENDES. In: Revista Diálogo Jurídico. Número 10 – Salvador: jan/2002. Brasil. p.03.

⁴³ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 541.

Alerta Alexandre de Moraes que o “*estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem, com a finalidade de limites ao Poder Político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas*”⁴⁴.

Para Robert Alexy, “*os direitos fundamentais são garantias de proteção objetivamente cunhadas por determinados complexos individuais e sociais concretos de ação, organização e de matérias*”⁴⁵.

Os direitos fundamentais são o estratagema do limite ao exercício do poder Estatal, pois garantem a proteção do povo em face dos arbítrios cometidos pelo uso degenerado do poder, devendo ser entendidos como direitos *líquidos (autoexecutivos), certos (infungíveis) e plenamente exigíveis (aplicação imediata)*⁴⁶. E, ainda, consoante melhor doutrina⁴⁷, trata-se de direitos que possuem características peculiares que os identificam com maior frequência e os distinguem dos demais direitos, podendo-se citar como principais: a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a historicidade⁴⁸, a irrenunciabilidade e a relatividade⁴⁹ (ou limitabilidade⁵⁰).

Pois bem. No Brasil, a positivação dos direitos fundamentais ocorreu após o esfacelamento do Regime Militar. No anseio pela democratização do país, a Constituição de 1988 procurou criar um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder, de modo a assegurar que as violações ocorridas naquele período sombrio não viessem a se repetir.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgillio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p.75

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. IN: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em 10.06.2012.

⁴⁷ Nesse sentido: Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, Dalmo de Oliveira Dalari, Marcelo Novelino, Alexandre de Moraes.

⁴⁸ Sobre a historicidade dos Direitos Fundamentais, Jorge Miranda diz que: “*a evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retração ou obnubilação, acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso científico, técnico e econômico que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas*”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra / PT: Almedina, 1998. P.25.)

⁴⁹ Fala-se em relatividade ou limitabilidade porque, os textos constitucionais modernos, ao positivarem e abarcarem tais preceitos, estabelecem certas limitações, direta ou indiretamente, decorrentes da tensão ou conflito entre conteúdos normativos de outros direitos fundamentais. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: aspectos contemporâneos*. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.56).

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 386.

Estabeleceu-se, assim, com a Constituição de 1988, um verdadeiro mecanismo institucional de proteção de direitos, liberdades e garantias fundamentais um verdadeiro “*sistema político*” de proteção aos direitos e garantias “*das pessoas sobre as quais o poder estatal é exercido, de sorte que não o faça de forma abusiva ou degenerada*⁵¹”.

A Constituição Brasileira de 1988 adota a expressão direitos fundamentais em referência aos direitos nela positivados (Título II – Dos Direitos e Garantias fundamentais) e direitos humanos para designar os consagrados em tratados e convenções internacionais (CR, art.4º, II; art. 5º, parágrafo 3º e art. 109, V-A e parágrafo 5º).

Contudo, como o próprio texto constitucional reconhece, num Estado de Direito que se quer democrático, não basta a previsão de um extenso rol de direitos fundamentais, sem a concepção de garantias que permitam o seu amplo e imediato exercício. Não fosse assim, conforme assevera Brêtas “*os enumerados direitos fundamentais somente serviriam para aformosear o texto da Constituição ou para revesti-lo de inócuo ornamento retórico*⁵²”.

Nesse sentido, também trabalha Baracho ao conceber que “*o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não venha acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornem eficazes*⁵³”.

Portanto, a efetividade dos direitos fundamentais ocorre por meio das garantias constitucionais que, consoante Brêtas, formam “*um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, apto a lhes assegurar plena efetividade*⁵⁴”. O objetivo das garantias fundamentais seria, então, a realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, pontua Novelino, utilizando-se da doutrina de Paulo Bonavides:

“O reconhecimento e declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações. As garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais⁵⁵.”(2011, p.391)

Em razão disso, com boa técnica de redação, tratou a Constituição de 1988 de diferenciar direitos e garantias fundamentais (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Nessa perspectiva, concebe-se que enquanto as garantias fundamentais constituem modelos processuais que se destinam a assegurar a efetividade dos direitos

⁵¹ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.22, 2012.

⁵² BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.72.

⁵³ BARACHO. *Processo Constitucional: aspectos contemporâneos*. p.53.

⁵⁴ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.72.

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 391.

fundamentais na Constituição, os direitos fundamentais são, nada mais, que os direitos humanos internalizados, expressamente declarados nos enunciados constitucionais.

Dentro dessa ótica, no esteio das lições de Brêtas, tem-se que é inadequado se compactuar com doutrina que trata os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição como *direito-garantia* sem fazer qualquer distinção entre as expressões.

Ora, se assim se admitisse, não haveria razão de ser nas disposições do texto constitucional que consagram a diferenciação. É dentro desse contexto diferenciador entre direitos e garantias fundamentais que se pode conceber a Jurisdição como direito fundamental (insculpido no art. 5º, XXXV da CR) que só pode ser plenamente efetivado por meio do devido processo constitucional (garantia fundamental).

E é justamente aí em que se assenta o ponto de aderência entre a Jurisdição como direito fundamental e a garantia fundamental do devido processo constitucional com seu corolário de direitos de: amplo acesso à jurisdição, juízo natural, contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação racional das decisões, vedação às dilações indevidas (duração razoável do processo), todos eles destinados a assegurar a regularidade da atividade jurisdicional que deverá, invariavelmente, pautar-se pelas normas constitucionais.

Por derradeiro, há de se destacar que a Constituição Brasileira de 1988 ainda prescreve, em seu art. 5º, parágrafo 1º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Daí porque o entendimento doutrinário no sentido de que existem normas constitucionais que se figuram como programáticas, é absolutamente incompatível com o modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito.

Salvo melhor juízo, os direitos fundamentais não podem ser meras promessas, a esperar satisfação pelo Estado, já que a Constituição Brasileira é título executivo extrajudicial⁵⁶ no que tange a direitos fundamentais.

Sendo que, conforme ainda adverte Rosemiro Pereira Leal:

“[...] Quando um povo faz a opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a sobrecarga que possa ocorrer pela ‘desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo’ há de ser resolvida pelo devido processo constitucional aberto a todos ao exercício irrestrito do direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado sobre temas fundamentais da Comunidade Política (auto-inclusão nos direitos fundamentais, controles da dívida interna e externa, privatização, externalização de riqueza coletiva, aprovação de créditos especiais,

⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.285.

emissão de moeda, plano econômico e social e prioridade de investimentos)⁵⁷. (2011, p.34-35).

Assim, o que se tem visto, a exemplo do que ocorre na Constituição Brasileira de 1988, é um crescimento da importância da figura da garantia constitucional, o que repercute não só no direito constitucional, como no direito processual constitucionalizado, atraindo-o no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais⁵⁸, não só através da garantia do devido processo constitucional, como pelas garantias procedimentais constitucionais do Mandado de Segurança Individual ou coletivo, mandado de injunção, Habeas Corpus, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação de Revisão de Enunciado de súmula vinculante, Ação Popular, dentre outras.

4. O PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

A partir de 1988, instaurou-se no Brasil uma estrutura constitucional, orientadora da atual configuração do Estado Democrático de Direito que, por sua vez, repita-se, caracteriza-se. *político legitimado pelo povo*⁵⁹, e, como projeto, em constante edificação, pretende assegurar aos seus cidadãos participação ostensiva, preponderante e fiscalizadora nos processos decisórios, bem o efetivo e amplo exercício dos direitos garantidos na constituição.

Dentro dessa perspectiva, impossível se coadunar com as concepções instrumentalistas que, ainda dentro da ótica Büllowiana, trabalham o processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu, sendo que o primeiro, no exercício da Jurisdição estaria livre de vínculos, por se tratar de um intérprete qualificado da lei.

A despeito disso, infelizmente, toda a legislação processual civil brasileira vigente ainda está assentada sobre bases autocráticas, eis que o juiz, no CPC de 1973, ainda é concebido como porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes de criar o direito, de modo que a vontade concreta da lei é o que o juiz afirma (Chiovenda).

Isso porque, a concepção de processo como relação jurídica de Oscar Büllow (1868) - viga mestra de sustentação dos estudos desenvolvidos Enrico Tulio Liebman na elaboração da Teoria Eclética (pressupostos processuais e condições da ação) – constitui o arcabouço teórico do Código de Processo Civil de 1973, o que é absolutamente incompatível com o modelo constitucional de processo adotado pós Constituição de 1988.

⁵⁷ LEAL. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. p. 34-35.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.533.

⁵⁹ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ed. p.57.

Ensina Lênio Streck que as teses instrumentalistas do processo “*aditem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juizes’, e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo*⁶⁰”.

Na visão de Brêtas (2012, p. 90), a teoria do processo como relação jurídica:

“[...] ignora, por completo, na sua propecta e misonéista elaboração estrutural de fundo romanista, a marcante, crescente e irreversível tendência da constitucionalização do processo, a partir do momento histórico em que o moderno Estado Democrático de Direito estabeleceu, expressamente, no texto de sua Constituição, múltiplas garantias de caráter processual, dentre elas, o contraditório, viga-mestra da garantia constitucional, por isto, fundamental, mais extensa do devido processo constitucional ou como preferem alguns modelo constitucional de processo⁶¹.”

E mais, a partir da Constituição de 1988 e do assentamento do processo como instituição concretizadora de direitos fundamentais, é impossível se conceber a Jurisdição como atividade estatal solitária do juiz, conforme alerta André Leal:

“(...) no Estado democrático de Direito, em sua visão procedimental, não mais se poderia afirmar jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em direito ou em aplica-lo ao caso concreto, mas sim como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento⁶².”

Nesse esteio, a jurisdição constitucional deve ser tida como uma atividade-dever a ser exercida pelo Estado, a fim de amparar e resguardar a supremacia da Constituição, no julgamento dos casos apresentados ao Estado por meio do processo, em exercício constitucionalizado da função jurisdicional, pela inafastável garantia de uma “*estrutura normativa metodológica (devido processo legal)*”⁶³.

Não obstante a concepção civilista traçada pelo CPC de 1973 e, por vezes, reproduzida em algumas passagens do CPC de 2015, ainda esteja arraigada às bases da teoria do processo como relação jurídica que orienta toda a Escola Paulista de Processo, cumpre mencionar que

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica, Constituição e Processo, ou de “Como Discricionariedade não combina com Democracia”*: o contraponto da resposta correta. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.9-10.

⁶¹ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.90.

⁶² LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 34.

⁶³ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.123-124

os estudos voltados para uma acepção constitucional de Processo só foram possíveis a partir de Elio Fazzalari que, ao se utilizar dos conceitos de procedimento, processo e contraditório, propôs uma importante releitura da teoria do processo⁶⁴.

Explica Flaviane Barros sobre a Teoria Estruturalista⁶⁵ de Fazzalari:

“[...] Ao tomar a noção de procedimento como gênero, que abarca toda estrutura procedimental, vista como um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final (FAZZALARI, 1992), e o processo como um procedimento que se caracteriza pelo contraditório, entendido como garantia de construção participada da decisão, é possível verificar a aproximação dos referidos conceitos com o paradigma procedimentalista. A partir de tal apropriação, pretende-se superar a ideia de uma teoria geral do processo, definida apenas como teoria do processo jurisdicional, consubstanciada nos institutos da Jurisdição, Ação, Processo como relação jurídica entre juiz e parte, nos moldes definidos por Dinamarco (1998) [...]”⁶⁶.

As teses Fazzalarianas foram trazidas ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, na obra *Técnica Processual e teoria do Processo*, na qual o processualista intenta a explicar toda estrutura normativa do processo desenvolvida pelo contraditório que se estabelece entre as partes.

Todavia, conforme adverte Dierle Nunes “*quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica de princípios constitucionais*”, já que sua teoria “*trabalha exclusivamente no campo da técnica processual*”⁶⁷, de modo que a teoria estruturalista carece de complementação pelos elementos que compõem a teoria constitucionalista.

Por sua vez, a teoria constitucionalista trouxe uma ligação necessária entre Constituição e Processo, partindo da ideia de que os preceitos fundamentais consagrados no texto constitucional passam a reger o processo, consagrando-o com valores supremos da sociedade política e organização do Estado, como limite de sua atuação e ampliação do controle do poder estatal, pelos instrumentos de defesa de liberdades fundamentais.

⁶⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. *Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do Processo Penal a partir da Constituição*. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.333.

⁶⁵ Fala-se aqui em teoria estruturalista porque, para Brêtas, o processo em Fazzalari é espécie de procedimento que se desenvolve dentro de uma estrutura dialética do contraditório. (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p.89)

⁶⁶ BARROS. *In: Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. p.334.

⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1ed. 4reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 205-206.

Consoante ensina Humberto Theodoro “[...] o processo passou a ser comandado por princípios e regras da Constituição. Normas procedimentais traçadas pela legislação ordinária teriam de conviver, no dia-a-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da ordem constitucional⁶⁸”. A partir da teoria constitucionalista, “o processo passa a ser entendido como instituição constitucionalizada, apta a reger o procedimento como garantia fundamental, em contraditório, ampla defesa, isonomia (devido processo constitucional)”⁶⁹.

Nessa perspectiva, consolida-se o fenômeno da constitucionalização do processo. A Jurisdição, nessa concepção, passa a ser encarada como atividade-dever do Estado e direito fundamental de todas as pessoas, o que, repita-se uma vez mais, torna absolutamente inviável a concepção de processo enquanto mero instrumento de sua realização.

O processo, enquanto instituição constitucionalizada, passa a ser uma forma de garantia de todos os direitos fundamentais positivados na Constituição, “*il processo é divenuto, entro l’ottica costituzionale, lo strumento precípua di garanzie* [...]”⁷⁰.

Vale esclarecer que a sistematização da teoria constitucionalista do processo remonta a Hector Fix-Zamudio que, em 1956, traz em seus trabalhos, linhas teóricas contundentes acerca de um Direito Processual Constitucional. Antes disso, contudo, Eduardo Couture já demonstrava, nas entrelinhas de sua obra, certa preocupação com o problema do processo constitucional, já que concebia a ação como direito constitucional de petição.

Os autores italianos Ítalo Augusto Andolina e Giuseppe Vignera, por sua vez, foram os responsáveis por cunhar a expressão *modelo constitucional de processo*, compreendido como uma pluralidade de procedimentos numa única tipologia plúrima (um só modelo constitucional de processo).

O propósito dos autores era enfatizar a importância de se adotar um modelo constitucional de processo que pudesse exercer uma função irradiadora sobre o direito. E daí porque, conforme leciona Dierle Nunes, “*em Andolina e Vignera, o processo tem características de expansividade, variabilidade e perfectibilidade, que permitem que o*

⁶⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.235.

⁶⁹ LEAL. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. p.70,2011.

⁷⁰ ANDOLINA, Ítalo Augusto. *Il Modello costituzionale del Processo Civile. Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v.4, jan./abr. 1997.

*modelo constitucional abranja qualquer tipo de processo, seja jurisdicional, legislativo ou administrativo*⁷¹.

No Brasil, estudos pioneiros a respeito da teoria Constitucionalista do processo são atribuídos a José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem:

“A exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que esse remédio possa ser concebido e delineado em enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral (...)”⁷².

Conforme alerta André Del Negri, “*a regulação do processo, pelo movimento constitucionalista, operou reflexões profundas face ao Devido Processo Legal e à garantia dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia*”⁷³, pois, a expressão devido processo constitucional, a partir da construção do modelo constitucional de processo, é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos de qualquer natureza.

E complementa Baracho, ao teorizar sobre processo constitucional:

“A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresento algumas premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo.
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição⁷⁴.”

Dentro desse contexto, conforme afirma Cattoni, não faz mais sentido se diferenciar as expressões “*Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual*”, eis que, em razão de sua estruturação, “*o processo será sempre constitucional*”⁷⁵.

Não restam dúvidas, assim, de que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o modelo constitucional de processo ao trazer em seu bojo diversas garantias processuais que

⁷¹ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*. p.199.

⁷² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984, p. 347. *Ob. Cit.* LEAL, Rosemiro Pereira. *Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para Elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p.1052.

⁷³ DEL NEGRI. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática*. p.104.

⁷⁴ BARACHO. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense. p.105.

⁷⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p.211.

pretendem a efetividade⁷⁶ dos direitos fundamentais. O texto constitucional torna-se, no Brasil, a partir de 1988, indispensável para a concretização do devido processo que, desde então, passa a ter como escopo as garantias *fundacionais*⁷⁷ do contraditório, isonomia, ampla defesa, fundamentação racional das defesas, direito à assistência de advogado, júízo natural, dentre outros.

5 . O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITO FUNDAMENTAIS

Valendo-se dos ensinamentos de Baracho, tem-se que “*o processo constitucional, consolida-se através da consagração de princípios direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exequíveis*”⁷⁸.

Significa dizer que a partir do movimento neoconstitucionalista ocorrido a partir da Segunda Guerra Mundial que, no intuito de sobrelevar o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* constitucional de modo a garantir às pessoas a proteção, implementação e fruição de direitos relacionados à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança, em superação às atrocidades ocorridas durante as guerras, o processo passou a ser concebido não só como um direito fundamental, mas ser efetivamente encarado como instrumento de implementação e fruição desses mesmos direitos.

Isso porque as instituições hoje constitucionalizadas da ação, jurisdição e processo (e daí a expressão Direito Processual Constitucional) é que asseguram a proteção e implementação dos direitos fundamentais constitucionalizados. É assim que o processo constitucional, bem como suas garantias “*corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais*”⁷⁹.

E mais, a partir do momento em que o Brasil elegeu como paradigma, a partir da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito coroado pela exigência de que todas

⁷⁶Aqui entendida, nas palavras do Professor José Marcos Rodrigues Vieira como “*aptidão do processo ao desiderato de melhor servir ao direito material*”. Conforme Leal “*a aptidão de expressar o direito-garantia constitucional do due process*”. (In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*. Disponível em: <http://www.apriori.com.br/cgi/for/posting.php?mode=newtopic&f=22>>. Acesso em 13.06.2012.)

⁷⁷ LEAL. In: Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, nº1/2, jan/dez 2009. p.33.

⁷⁸ BARACHO. *Processo Constitucional*. p. 106.

⁷⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999. p.90-91.

as decisões do poder estatal (em nível administrativo, legislativo, jurisdicional) devem exigir a necessária legitimação pelo povo⁸⁰ (legitimação democrática do Estado – democracia constitucional), através do exercício de fiscalidade ampla e irrestrita por meio da cidadania, além de constitucional, certamente deve também ser atribuído ao processo o qualificativo de democrático.

Assim, além de constitucional por se tratar de instituição constitucionalizada procedimentalizada (desenvolvida) a partir do devido processo constitucional que garante às partes em ampla defesa, contraditório e isonomia, para desenvolverem seus argumentos e submetê-los à apreciação do órgão jurisdicional, o processo é também democrático, já que é uma garantia constitucional para construção da cidadania, ao mesmo tempo que tem seu fundamento nela. Isso porque “o povo é concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido PROCESSO CONSTITUCIONAL⁸¹”(grifo no original).

Trata-se de um meio de participação ampla e irrestrita do povo no controle dos provimentos estatais e é justamente nesse ponto em que se assenta a marca de legitimação democrática do processo.

Daí porque se concebe que o processo constitucional “*concorre para o fortalecimento da legitimação democrática do Estado de Direito, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional*⁸²”.

O processo, além de uma “*garantia constitucional co-dependente de direitos fundamentais*⁸³”, é uma espécie de garantia fundamental de legitimidade democrática da Jurisdição, na medida em que, através do “*espaço procedimental cognitivo-argumentativo*”⁸⁴ garante aos interessados a efetiva participação na atividade estatal na resolução dos casos submetidos à sua apreciação.

⁸⁰ Povo aqui deve ser entendido, conforme Rosemiro Pereira Leal como: “*eixo de geração do texto constitucional, como cláusula constituinte fundante dos fundamentos do paradigma da Sociedade Jurídico Política de Direito Democrático*” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica a partir do Estado de Direito Democrático. In: Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 98). Mais precisamente, complementa André Del Negri, o povo é o “*sujeito constitucional*” (DEL NEGRI. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. p.62)

⁸¹ LEAL. *In: Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. p. 96.

⁸² Ainda nesse sentido aponta o citado autor: “*Por meio do primeiro [processo legislativo], o povo pode fiscalizar e participar do controle democrático da constitucionalidade da elaboração da norma jurídica. Por meio do segundo [processo jurisdicional], como destinatário da norma jurídica produzida, qualquer do povo poderá provocar a jurisdição estatal, visando a controlar em concreto sua constitucionalidade, quando posta em vigor, principalmente se a norma jurídica estiver em colisão com direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição. A partir dessas considerações, pode afirmar que o Processo Constitucional viabiliza a Construção do Estado Democrático de Direito.*” (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 127)

⁸³ BARROS. *In: Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. 2009. p.332.

⁸⁴ LEAL. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. p.27.

Nessa perspectiva, é que se pode dizer que ao processo constitucional democrático já não basta uma concepção de contraditório na forma negativa clássica (dizer e contradizer). É necessário a concepção de uma garantia em sentido positivo, de modo que a argumentação desenvolvida pelas partes possa influir ativamente no desenvolvimento do processo e na formação da resposta judicial⁸⁵.

Isso contribui para que a carga de subjetivismo do decisor seja neutralizada (diminuída), já que a fundamentação do provimento deverá, necessariamente, considerar os argumentos levados pelas partes na reconstrução argumentativo-normativa do caso, o que, por conseguinte, impede uma decisão que extrapole os fundamentos das questões levadas ao debate.

Nesse sentido, alerta Dhenis Cruz Madeira, “*O contraditório tem por base a não surpresa, vez que as partes, quando do julgamento, não podem ser surpreendidas por fundamentos e argumentos extrassistêmicos e que não foram previamente discutidos.*”⁸⁶”

Nessa nova ótica processual-constitucional democrática, o processo:

“(…) não mais pode ser tanguido como ‘instrumento a serviço da paz social’, posto a disposição do judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais ínsitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisoriais do Estado Social. Do paradigma do Estado Democrático de Direito resulta (...) que a isonomia, ampla defesa e o contraditório não mais podem ser vistos como princípios meramente informativos do processo, mas como seus princípios institutivos⁸⁷”.

Com efeito, é de se dizer que, conectadas à concepção contemporânea e democrática de processo garantidor da tutela jurídica correspondente às garantias consagradas pelo art. 5º, LV da CR, deveriam estar todas as decisões jurisdicionais, em exigência aos aplicadores do Direito à fiel observância dos argumentos dispensados pelas partes, conferindo-lhe atenção e isenção de ânimo, de modo a garantir uma decisão racional, com certa coerência normativa ao argumento mais adequado ao caso.

Contudo, o que se vê, é que não obstante o paradigma da constitucionalidade democrática imponha ao operador do direito o dever de tão somente pronunciá-lo (reconhecer o direito vigente), de modo imperativo e imparcial, tendo por base um processo legal,

⁸⁵ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: *Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorin (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 18.

⁸⁶ MADEIR. In: *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. p.131.

⁸⁷ LEAL, André Cordeiro Leal. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. p. 87, 2002.

organizado segundo as regras e princípios constitucionais (exigência mesma da fundamentação racional das decisões), boa parte dos aplicadores do direito ainda estão vinculados à concepção de processo como relação jurídica.

Isso faz com que inúmeras decisões, fundadas nessa base autocrática de processo como instrumento da jurisdição, ainda tenham por justificativa o “livre / prudente arbítrio” do magistrado, o seu “bom-senso”, o seu “senso de justiça” ou de “equidade”, permitindo ainda hoje a prolação de decisões com discricionariedade excessiva.

Talvez isso não se dê somente em razão dos aplicadores do direito ainda não estarem desenvolvendo sua atividade decisória fundados num “*sentimento constitucional concretizante*”⁸⁸, ou com base num “*patriotismo constitucional (HABERMAS)*” ou em “*um caso de amor com a constituição (BRÊTAS)*”, mas porque a legislação processual civil vigente ainda se encontra imbricada de expressões que permitem ao juiz decidir conforme sua consciência. Como exemplos citam-se os artigos 8º, §único art. 140, art. 404, V do CPC/15, que permitem que o juiz decida conforme os fins sociais, as exigências do bem comum, com base em equidade ou por livre convicção.

Mas não é só.

Lembre-se que a disposição contida no art. 8º do CPC/15, há muito já estava consagrada na (re)rotulada “*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*” (antiga LICC) que, em seus artigos 4º e 5º, permite aos magistrados decidirem de acordo com analogia, costumes e princípios gerais do direito quando a lei for omissa, e ainda, orienta-os a, na aplicação da lei, atenderem os seus fins sociais daquela e às exigências do bem comum.

Pelo que se vê, o juiz continua amparado por instrumentos legais que lhe permitem a livre interpretação do direito positivo que, em caso de lacuna, poderá ser conformado / preenchido por decisões com base em normas “extrassistêmicas” (decisão fora da moldura – Kelsen) que perpetuam uma “*dogmática solitária e taumaturga de salvação do direito pelo decisor*”⁸⁹. Essas disposições normativas privilegiam o livre convencimento, facilitando comportamentos discricionários por parte do decisor.

Não é difícil deparar-se com julgados que não só repousam seus fundamentos na clarividência e magnimidade do magistrado, mas demonstram profundo menosprezo às garantias do contraditório, ampla defesa, isonomia e fundamentação racional das decisões⁹⁰.

⁸⁸ STRECK.. In: *Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro*. p.6.

⁸⁹ LEAL. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. p. 129.

⁹⁰ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 144.

A título de exemplo, merece se dar destaque a decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos acórdãos de nº(s) 2005.33.00.004097-4, 1999.38.00.021781-4, 2004.34.00.000311-4, 2003.39.00.010565-9, 2005.01.00.053725-0 e 2007.01.00.007154-0, todas com a mesmíssima ementa, a saber: “1. Não se pode exigir que o órgão julgador aprecie todos os pontos elencados pela parte para a defesa de sua tese, bastando que indique os motivos que embasaram sua convicção⁹¹”.

Isso sem contar os inúmeros acórdãos proferidos pelos diversos tribunais pátrios (que aqui não se tentará descrever, em face da vastidão numérica) que ao decidirem pela fixação de indenização ou na apreciação da prova, pautam-se no “*prudente arbítrio*” no “*bom senso*”, ou em “*juízos de equidade ou razoabilidade*”, centrados numa desvirtuada “ponderação de valores”.

Nesse sentido, destaca Lênio Streck que “*por detrás desse vício de origem se encontra a velha discricionariedade, que, por acaso, é o que sustenta o outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico*”⁹².

Ora, “*os princípios constitucionais, como o da motivação, facilitam o controle da aplicação judicial da lei*”⁹³, concebendo-se, por esse motivo, que só é constitucionalmente legítima a decisão que ofereça aos destinatários do provimento a devida fundamentação de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Necessário ampliar o debate e diálogo dos interessados, a fim de possibilitar que os provimentos jurisdicionais sejam devidamente fundamentados⁹⁴.

Por outro lado, conforme assevera Rosemiro Pereira Leal, também existem juristas que, devido a uma “*concepção errônea do constitucionalismo brasileiro*”⁹⁵, arvoram-se defensores de um modelo constitucional de processo simplesmente por admitirem a existência

⁹¹ BRASIL. TRF1. Acórdãos n(s) 2005.33.00.004097-4/BA, Rel. Des. Maria do Cardoso, publicado em 26.01.2007; n.1999.38.00.021781-4/MG, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, publicado 05.05.2008; n. 2004.34.00.000311-4/MG, Rel. Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, publicado em 07.05.2007; n.2003.39.00.010565-9/AC, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, publicado em 07.03.2006; n. 2005.01.00.053725-0/BA, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, publicado 14.12.2007 e n. 2007.01.00.007154-0/AC, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, 27.11.2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em 30.06.2012.

⁹² STRECK, Lênio Luiz. O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (coords.). *Reforma do Processo Civil – perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.60.

⁹³ BARACHO. *Processo Constitucional*. p. 108.

⁹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 450.

⁹⁵ LEAL. In: *Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro*. p. 283.

de garantias constitucionalizadas, mas que ainda assim continuam a defender a “*criação livre do direito*”⁹⁶ pelos juízes, sem quaisquer balizamentos teóricos.

Dentro dessa perspectiva, trabalha Hermes Zanetti Júnior que, não obstante possua obra que carrega o título “Processo Constitucional: O Modelo Constitucional de Processo Civil Brasileiro”, defende:

“[...] na sentença como ato de vontade, portanto ato criativo, o juiz está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso e deverá tratar o problema (*thema in decidendum*) em conjunto com as partes. O juiz, assim, exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária, e mais de tudo, característica do novo modelo de direito que se forma no pós positivismo”⁹⁷.

Contudo, o entendimento defendido pelo eminente processualista é absolutamente inadmissível em face do atual paradigma de direito processual democrático. Afinal:

“(...)Por conquista histórica, o devido processo constitucional é um instituto assegurado em Texto Constitucional no qual se encontram as garantias fundamentais que norteiam o modo de proceder da administração-governativa. Percebe-se, pois, que a expressão devido processo constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento”⁹⁸.

Dessa forma, conforme adverte Dhenis Cruz Madeira, “*a jurisdição encontra, no devido processo (base principiológica e vinculante da função jurisdicional que abriga modelos procedimentais esculpados em lei), seu fator hermenêutico e delimitador. Nada pode escapar ou agredir a principilogia constitucional*”⁹⁹.

A disciplina constitucional principiológica deve conformar, repita-se, todos os provimentos estatais de modo a coibir espaços de discricionariedade e criação do direito pelo protagonismo judicial. E daí porque se fala que a metodologia normativa do processo constitucional é aplicável em procedimentos administrativos, legislativos e até mesmo arbitrais.

Portanto, para uma compreensão adequada do processo constitucional como metodologia de garantia de Direitos Fundamentais, deve-se passar pela sujeição dos órgãos jurisdicionais à vontade do povo, de modo que o processo não pode ser reduzido a uma atividade solipsista do juiz.

⁹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização do Ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista *Direito do Estado*. Salvador, ano 4, n.13, jan/mar.2009, p.76.

⁹⁷ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 187-188.

⁹⁸ DEL NEGRI. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. p.55.

⁹⁹ MADEIRA. In: *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. p. 128.

Assim, a despeito das visões ainda equivocadas e ligadas a concepções de processo como mero instrumento a serviço da jurisdição, fato que tem alimentado o crescente protagonismo judicial, que se pretende concretizador de direitos e clama por controle da sociedade, tem-se que só é adequado se conceber na atualidade, ante ao paradigma do Estado Democrático de Direito, um processo que estrutura “*mediante debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica*”¹⁰⁰.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional, de modo que num Estado Constitucional como projeto incessante de democracia, de direito democrático, somente é possível se falar em concretização de direitos fundamentais por meio do processo constitucional. E este, por sua vez, deve permitir às partes o desenvolvimento dos seus argumentos em contraditório paritário, com garantia da ampla defesa e isonomia, garantindo a fundamentação racional dos provimentos com base na reserva legal, de modo a fixar os limites da atuação do magistrado, dando a possibilidade de todos os sujeitos processuais discutirem os argumentos normativos da decisão mais adequada para o caso.

Dentro desse contexto, válida é a afirmação de Comoglio, “*In tale omogeneo quadro, è possibile collocare armonicamente i presupposti e le peculiarità del modello costituzionale brasiliano di processo equo e giusto*”¹⁰¹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões levantadas pelo presente estudo, tem-se que a partir da Constituição de 1988 inaugurou-se uma nova perspectiva constitucional no Brasil que, ao eleger o Estado Democrático de Direito como seu elemento fundante, passou a conceber a Jurisdição como atividade-dever do Estado e direito fundamental das pessoas. A atividade jurisdicional deve ser prestada com base numa principiologia normativo-metodológica constitucional, orientada pelo contraditório paritário, ampla defesa, isonomia, fundamentação racional das decisões, direito à assistência de advogado, denominada Processo Constitucional.

¹⁰⁰ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*. p.211.

¹⁰¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e ‘giusto processo’ (modeli a confronto)*. In: *Revista de Processo*. v.90, p.95-150. São Paulo, abr/jun., 1998. p. 138.

O constitucionalismo democrático brasileiro não se contenta mais com a simples positivação de direitos fundamentais, mas consagra um bloco de garantias que asseguram a efetividade e o livre exercício desses mesmos direitos.

Dentro dessa perspectiva, tornam-se inadmissíveis quaisquer teses que defendam a posição de um juiz ativo, construtor do direito e hierarquicamente superior às partes. Através do desenvolvimento do contraditório, com ampla defesa e isonomia, as partes asseguram o seu direito fundamental de participação das decisões, na medida em que, pelo exercício de tais garantias garantem a formação de um provimento em co-participação, reduzindo a posição do magistrado à de mero dialogador.

Os direitos fundamentais assegurados em Constituição devem ser fruídos por qualquer do povo e essa fruição só é possível de ser concebida a partir do processo constitucional que assegura aos interessados (destinatários do provimento) a possibilidade de controle, fiscalidade ampla e irrestrita em todo e qualquer espécie de provimento estatal (jurisdicional, legislativo, administrativo), para garantia de sua conformidade (validade) com o texto constitucional.

Portanto, os direitos fundamentais encontram no processo constitucional um mecanismo de proteção e efetivação / concretização, ao passo que se não fossem por tais direitos, sistematizados sob a égide do Estado Democrático de Direito, o processo não poderia ser concebido como a matriz adequada à constante edificação da Democracia - de exercício amplo e incessante da cidadania.

É este o objeto de estudo do *processo constitucional*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgillio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. **Il Modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. IN: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 2, n(s) 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional: aspectos contemporâneos**. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do Processo Penal a partir da Constituição*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.333.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização do Ativismo judicial e legitimidade democrática*. IN: **Revista Direito do Estado**. Salvador, ano 4, n.13, jan/mar.2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. TRF1. Acórdãos n(s) 2005.33.00.004097-4/ BA, Rel. Des. Maria do Cardoso, publicado em 26.01.2007; n.1999.38.00.021781-4/MG, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, publicado 05.05.2008; n. 2004.34.00.000311-4/MG, Rel. Des. Maria Izabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, publicado em 07.05.2007; n.2003.39.00.010565-9/AC, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, publicado em 07.03.2006; n. 2005.01.00.053725-0/BA, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, publicado 14.12.2007 e n. 2007.01.00.007154-0/AC, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, 27.11.2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em 30.06.2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.7, n.13 e 14, 1º e 2º sem.2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Uma Introdução ao Estudo do Processo Constitucional*. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.) **Direito Processual – Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada**. Belo Horizonte: PUC Minas. Instituto de Educação Continuada, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ed.- rev. e ampl.- Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. Coimbra/PT: Almedina, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel intransponível realidade político social. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgibi/upload/texto86.rtf>. 2005. Acesso em 03.02.2011.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria General del Estado**. Version Española de Jose Lion Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1948.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e 'giusto processo' (modelli a confronto)*. **Revista de Processo**. v.90, p.95-150. São Paulo, abr/jun., 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. *Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito*. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, abr./mai./jun.2009, v.71 – n.2 – ano XXVII, p.83.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos de Oliveira. *O que são direitos fundamentais?* IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 236.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro Leal. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 87.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*. IN: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume IV. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 1º sem. 2005. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em 10.06.2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.apriori.com.br/cgi/for/posting.php?mode=newtopic&f=22>>. 2005. Acesso em 13.06.2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica a partir do Estado de Direito Democrático. *In: Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O Paradigma Processual ante as Sequelas Míticas do Poder Constituinte Originário*. *In: Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, nº1/2, jan/dez 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Comentários Críticos à Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para Elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 10ed - rev. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 4ed. São Paulo: RT, 2000.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. *Da Impossibilidade da Supressão dos Princípios Institutivos do Processo*. p.123-143. *In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. **Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Número 10 – Salvador: jan/2002. Brasil.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra / PT: Almedina, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ed. 4reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução: Élcio Fernandes, revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru/SP: Edusc, 2005.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O modelo transacional brasileiro e a imprescritibilidade dos crimes de tortura como dever jurídico de memória**: pela conformação do princípio de direito internacional ao paradigma da constitucionalidade democrática.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p.30. *ob. Cit.* NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultrix, 2006.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “Como Discricionariedade não combina com Democracia”*: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo**: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.9-10.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto? “Decidir conforme a consciência?” Protogênese do protagonismo judicial*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e Processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (coords.). **Reforma do Processo Civil** – perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo**: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.