
A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FRENTE AO PROCESSO CONSTITUCIONAL

The Performance Jurisdiction in Democratic State Constitutional Right Front of the Constitutional Process

Fábio Presoti Passos¹

Resumo: O modelo constitucional de processo determina a observância de um conjunto mínimo de características próprias que sejam capazes de garantir um espaço discursivo inserido no Estado Democrático de Direito, visando a construção e a aplicação da legislação ao caso concreto. A atuação da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito é viabilizada pelo devido processo legal. O devido processo assegura garantias constitucionais às partes e regula o exercício da função jurisdicional. O instituto do devido processo deve ser sempre observado, pois, caso não o seja, correr-se-ia o risco de não haver processo, mas tão só procedimento. Processo é procedimento discursivo que garante a construção de uma decisão participada. Por meio do processo jurisdicional realizado em contraditório é que o provimento terá legitimidade. O direito ao efetivo discurso lógico-argumentativo entre as partes deve ser sempre assegurado, garantindo-se, assim, a dialogicidade necessária entre os interlocutores e afastando-se o protagonismo judicial.

Palavras-chave: Processo constitucional. Devido processo legal. Jurisdição. Estado democrático de direito.

Abstract: The model of constitutional process determines compliance with a minimum set of characteristics that are able to provide a discursive space inserted in the democratic rule of law, aimed at building and law enforcement in this case. The performance of the judicial function in a democratic state of law is possible by due process. The constitutional guarantees of due process guarantees to the parties and regulates the exercise of judicial functions. The institute of due process must always be observed, because if it is not, it would run the risk of no case, but only procedure. Discursive process is a procedure that guarantees the construction of a participative decision. Through judicial proceedings conducted in contradiction is that the provision will have legitimacy. The right to effective logical-argumentative discourse between the parties should always be secured, guaranteeing thus dialogicity needed between the interlocutors and away from the judicial role.

keywords: Constitutional procedure. Due process. Jurisdiction. Democratic rule of law.

INTRODUÇÃO

A legislação processual não conseguiu desprender totalmente da teoria do processo como relação jurídica, surgida no Estado social, que buscou afastar a perspectiva privatística do processo no Estado liberal, através do enfraquecimento do papel das partes e reforço ao papel do julgador em busca de uma socialização processual.

O processo como relação jurídica não é mais possível ser sustentado frente ao atual Estado Democrático de Direito, em especial a manutenção do protagonismo judicial, que caminha necessariamente para o solipsismo do julgador e esvaziamento do papel do processo; processo esse que estaria à sorte, sabedoria e

¹ Advogado. Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. Doutorando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal.

sensibilidade do julgador, visando o tendencioso escopo metajurídico.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos. A Constituição democrática pressupõe a existência do processo como garantia e não como instrumento de aplicação do direito material.

O processo como garantia consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de vasta gama de princípios processuais. A vasta produção legislativa tende a enfraquecer a força constitucional, fato esse facilmente perceptível com as leis processuais que buscam efetividade quantitativa, afirmativa cabível inclusive às propostas de alterações da legislação processual civil e penal.

Nesse momento, será feita uma análise do processo constitucional, do devido processo legal e da jurisdição a partir do modelo constitucional de processo, sob a visão do processo constitucionalizado.

BREVE EVOLUÇÃO DO PROCESSO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O processo no paradigma² do Estado liberal norteava-se por legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, chamados de liberais ou de liberalismo processual, dentre eles a igualdade formal dos cidadãos, a escrituração dos atos que foi mantida desde a fase pré liberal e o princípio dispositivo; visando a manutenção da imparcialidade e de um comportamento mais passivo por parte do julgador. Os direitos fundamentais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito à esfera individual de liberdades.³ O liberalismo processual idealizou uma forma de igualdade que baseava-se na suposição de que não havia desigualdade entre os indivíduos, acarretando a impossibilidade do processo compensar as desigualdades sociais e econômicas pela atividade jurisdicional e conseqüentemente reduzindo o contraditório à mera bilateralidade de audiência.

O princípio dispositivo estava ligado à existência de um monopólio das partes em deduzir em juízo. O juiz era impossibilitado de manifestar-se de ofício, tornando-se dependente da vontade das partes, ficando perceptível na concepção liberal que o processo era mera *coisa* das partes. Com base no princípio dispositivo, o liberalismo processual idealizou a concepção de protagonismo das partes, de tal modo que todo o processo dependia da atuação das partes. O juiz cumpria a função de expectador, passivo e imparcial ao debate ali

2 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias apresenta importante contribuição e esclarecimento ao uso da expressão paradigma: “Costuma-se falar em paradigmas constitucionais, visões paradigmáticas e imagens-modelo, construções vocabulares cunhadas por juristas proeminentes, sob influência das teorias de Thomas Kuhn, daí surgindo costumeiras referências, nos textos jurídicos mais atuais, ao paradigma de Direito e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, merecendo seja a expressão paradigma, nesse contexto, analisada convenientemente, visando a alcançar seu significado técnico no plano da Ciência do Direito. Nesse desiderato, parece-nos conveniente, desde logo, antecipar a consideração de evitar-se compreendê-la no sentido de modelo ou padrão, o que poderia conduzir ao entendimento inadequado de que Estado de Direito e Estado Democrático de Direito fossem meros modelos ou padrões estanques de diferentes espécies ou formas de Estado, como alguns textos parecem sugerir. A partir desse pensamento, sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como *sistemas jurídico-normativos consistentes*, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*, p. 99-101. Ver também: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 155-157.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 98-104 e 138-139.

3 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 73.

ocorrido, não podendo causar qualquer embaraço à demanda que as partes discutiam, facilitando a esperteza da parte mais hábil, tendo em vista ter o processo características de um jogo ou uma guerra entre as partes.⁴

Diante da estruturação do estado liberal, dimensionado em perspectivas privatísticas como um mero instrumento de resolução de conflitos e colocado à disposição e interesse privatístico das partes, o judiciário restringia-se à aplicação das normas. Os indivíduos eram ideologicamente entendidos como soberanos na gestão de seus interesses, sendo reconhecidos como *dominus litis* e tinham legitimidade para atuar como desejasse e, na maioria das vezes, até escolhendo a forma de conduzir o processo. Os cidadãos tinham verdadeira autonomia e auto-suficiência perante o Estado e essa relação era vista como verdadeira autonomia da vontade ou autonomia privada.⁵

As propostas liberais no campo processual mostraram-se enfraquecidas ainda no curso do século XIX. Diante das insatisfações, buscou-se melhoria da técnica processual, com o enfraquecimento do papel das partes e reforço ao papel do magistrado, em busca da socialização processual, de modo a acabar com as deficiências do liberalismo.⁶

A partir do advento das legislações com fins sociais e a insatisfação da sociedade no decorrer do século XIX, surge doutrina que sustenta ser o direito instrumento de transformação social, tendo como um de seus principais expoentes, Anton Menger, amparando uma maior intervenção legislativa e buscando afastar a passividade judicial. Menger propõe mudanças profícuas no reforço do papel judicial, passando o juiz a assumir o papel de representante da classe mais pobre, como compensador de igualdade material, contraditando o liberalismo que sustentava uma igualdade formal e a partir dessas proposições, o juiz passaria a proferir sentenças socializadoras, muitas vezes com exacerbado autoritarismo.⁷

Klein dedicou-se à criação de uma legislação processual com perfil diferenciado, com embasamento nos ensinamentos de Menger. A partir de seus estudos, o juiz deveria auxiliar as partes, clareando os pontos controvertidos e sugerindo o que fosse necessário. Klein vislumbrava um escopo político, econômico e social do processo, pois passou a sustentar uma atuação mais efetiva do Estado, tornando-se o processo *instituição estatal de bem estar social*, em busca da pacificação social. Verifica-se nítido afastamento do modelo liberal, pois agora o juiz possui função assistencial, implementando-se, no campo da técnica, um discurso de protagonismo judicial.⁸

No Brasil, a tendência legislativa socialista foi implementada pelo Código de Processo Civil de 1939, possibilitando ao Estado uma intervenção ativa no processo, mediante um papel mais atuador do julgador, forncendo-lhe um caráter de superioridade, a partir de um suposto privilégio cognitivo que encontrou fundamento na teoria do processo, principalmente Oskar von Bülow. Bülow ganhou reconhecimento por inaugurar o processo como relação jurídica que progressivamente se desenvolvia, vinculando as partes e o juízo. Essa nova visão do processo se dava mediante o delineamento da relação jurídico processual, sendo uma relação publicística sustentada principalmente na figura do juiz, pois as partes passaram a contribuir

4 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 75-77.

5 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 73-74.

6 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 77.

7 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 79-81.

8 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 82-86.

menos. A afirmação da existência de uma relação jurídica⁹ processual sofreu duras críticas, em especial no que tange à implementação de um protagonismo judicial¹⁰, que caminha necessariamente para o solipsismo do julgador e esvaziamento do papel do processo; passando a vincular-se à sabedoria e sensibilidade do representante estatal.¹¹

O modelo de socialização implementado começou a entrar em crise¹² a partir da década de 1970 e conseqüentemente, passa-se a buscar novos paradigmas. Um terceiro momento, ou para alguns autores, um terceiro paradigma, é a concepção procedimental do Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito está presente a garantia de um espaço com ampla participação daqueles interessados no provimento, colocando-se em análise os próprios discursos de aplicação jurídica, estruturados mediante a atividade processual e jurisdicional. A importância do processo é ampliada e, em especial, a dos princípios e regras dele institutivos, na medida em que é assegurado um espaço temporal para a participação dos interessados que serão atingidos pelo ato jurisdicional.¹³

No âmbito do discurso jurídico, as mais importantes reflexões se voltam para os processos de legitimação e de realização do direito. Frente à crise do paradigma liberal e do social, reconheceu-se que não existia um lugar privilegiado para definir o que é o direito, pois este somente é passível de explicitação através de procedimentos que irão garantir a participação dos interessados na produção legislativa, bem como do processo de aplicação das normas.¹⁴

A dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta do entrelaçamento dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cuja harmonia se dá pelas normas constitucionais. A democracia é mais do que forma de Estado e de governo, sendo princípio consagrado no ordenamento constitucional como fonte de legitimação do poder. Ao princípio democrático se agrega o princípio do Estado de Direito, que é sustentado por idéias que são verdadeiros sub-princípios, com suporte constitucional, que regulam a atividade do Estado e limitam o poder.¹⁵

9 Para André Cordeiro Leal Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã – o que, por óbvio, nos remete ao entretencimento da missão do juiz com uma certa realidade social. LEAL, André Cordeiro. *Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*, p.50.

10 De acordo com Lenio Luiz Streck “as denominadas minirreformas processuais, mais e mais, passaram a apostar, no decorrer destes 20 anos, no protagonismo judicial”. “Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a idéia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente-consumidor da ‘prestação de serviços’ judiciários.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 8 e 210.

11 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 98-104. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 98-104.

12 No Brasil, no campo das reformas processuais, percebe-se um nítido confronto entre a perspectiva socializadora de acesso à justiça e, de outro, a perspectiva de garantia de não intervencionismo, do liberalismo, somadas às de eficiência e de intensa produtividade do chamado neoliberalismo processual. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 98-104 e 135-136.

13 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 98-104 e 138-139.

14 SILVA FILHO, Alberico Alves da. *Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*, v. III. p. 140.

15 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*. *Revista da*

PROCESSO CONSTITUCIONAL

Dentre as teorias acerca do processo desenvolvidas ao longo dos tempos, iremos abordar aspectos de algumas, para que assim possamos entender o atual processo constitucional.

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Bülow em 1868, sendo o marco da teoria da autonomia do processo frente ao conteúdo de direito material. Bülow abordou os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela presença da relação juiz, autor e réu em que, para a validade e legítima constituição do processo, seria necessário o cumprimento de requisitos que os três sujeitos haviam de preencher, conforme determinação legal. Os pressupostos processuais são balizamento face ao direito material. A pretensão discutida e apresentada ao Estado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo.¹⁶

A teoria da relação jurídica foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman. Apesar de ter auferido destaque pela proposta de diferenciação de processo e procedimento, o que realmente ela trouxe foi verdadeira confusão entre processo e procedimento, pois, na tentativa de fixar distinção entre eles, sustentou-se que o procedimento é a manifestação fenomênica do processo. A reconhecida escola instrumentalista do processo¹⁷, fez a junção do processo à jurisdição, colocando o processo a serviço e interesse da atividade jurisdicional e à disposição do juiz, trazendo a paz e a felicidade para a sociedade, à partir de escopos metajurídicos. A teoria do processo como relação jurídica sustenta ser o processo instrumento da jurisdição, sem levar em conta que atualmente a jurisdição é função fundamental do Estado e este só se legitima em sua atividade pelo processo, sendo, ainda, o processo, disciplinador da jurisdição e não instrumento dela. A teoria do processo como relação jurídica predomina na elaboração da legislação processual até os dias de hoje.¹⁸

Elio Fazzalari iniciou seus estudos buscando ressemantizar o processo e distingui-lo do procedimento, bem como resgatá-lo das teorias que o colocaram como mero veículo ou meio da atividade jurisdicional para produzir seus provimentos. Para Elio Fazzalari, diferentemente da teoria do processo como relação jurídica, o processo não se define pela mera sequência de atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do direito ao contraditório entre as partes em simétrica paridade. Mesmo que o procedimento se realize através do modelo normativo, se não estiver presente o contraditório, conforme estudos pioneiros no Brasil de Aroldo Plínio Gonçalves¹⁹, não há que se falar em processo. Na teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, a sentença deixa de ser mero ato solitário do juiz, passando a ser consequência categoricamente conclusiva dos atos realizados pelo procedimento em contraditório entre as partes.²⁰

Na teoria fazzalariana, o juiz não aparece como balizador da atuação da partes. Abandona-se a visão triangular da relação processual, ou seja, a existência de um sujeito ativo, um sujeito passivo e ambos subordinados ao juiz. Esse rompimento e afastamento da carga diretiva do juiz à partir de Fazzalari.

Bülow desenvolveu os *pressupostos processuais* do processo, que são fundamentais para a teoria fazzalariana na formação do procedimento. Em Fazzalari, se abandonássemos esses pressupostos, estaríamos retrocedendo. Essas concepções dos pressupostos não podem ser abandonadas, mas devem ser relidas.

Faculdade Mineira de Direito, p. 157-158.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 78.

17 CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p. 247.

18 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 78-79.

19 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, 1992.

20 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 83.

Em Fazzalari fala-se em procedimento (gênero) antes mesmo do processo (espécie).

A partir de Fazzalari, emprega-se o processo sob novas concepções no bojo da Constituição. Nesse momento há um salto epistemológico da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem²¹.

Na obra Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos, Rosemiro Pereira Leal apresenta substanciais observações à teoria do processo como procedimento realizado em contraditório:

O que seria de notas na teoria fazzalariana do Processo, ponto fulgurante, neste século, do estudo do Direito Processual, é que Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia ou de instituição constitucionalizada regente dos procedimentos como preconiza minha teoria neo-institucionalista do processo. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional do Processo. Evidente que não se poderia exigir do insigne pensador e processualista italiano, na época inicial de suas lúcidas e contributivas cogitações sobre a escola processual que brilhantemente criou, inserções no movimento constitucionalista que só se firmou, em paradigmas democráticos avançados, recentemente por estudos de Carpizo, Pizzorusso, Baracho e Canotilho.²²

A visão do processo constitucionalizado, hábil a reger o procedimento em contraditório, ampla defesa e isonomia como garantia fundamental, ganhou espaço com José Alfredo de Oliveira Baracho. Baracho foi pioneiro no estudo do tema constituição e processo, tema esse que ganhou proximidade e importância após a Segunda Grande Guerra Mundial. Recentemente, sob a denominação de *modelo constitucional* do processo, explicitado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, o processo apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia do devido processo, converte-se em garantia. O processo torna-se cláusula inafastável com raízes na soberania popular²³ na construção da Constituição.²⁴

Andolina e Vignera analisam o processo como modelo constitucionalizado, não sendo o processo somente procedimento em contraditório, afirmando desenvolver uma teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos inseridos através da norma infra-constitucional se amoldem à Constituição, deixando o contraditório de ser apenas atributo do processo e passando à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estrutura dos procedimentos que preparam

21 Para Rosemiro Pereira Leal o processo é um *medium* linguístico. Mas não é uma linguagem natural. Essa linguagem tem que ser teorizada. Habermas é pragmático linguístico. Ele não quis trazer uma teoria linguística, porque sustenta a esfera pública, um espaço extra-sistêmico mais importante do que o próprio sistema; ele não aborda processo. Desde a origem do que se chama de autonomia do processo, houve reflexão linguística do processo. Fazzalari também desenvolve a teoria da linguagem, mas nas concepções aristotélicas: o procedimento se torna processo pela inerência de um traço que ele denomina contraditório. Rosemiro Pereira Leal coloca o processo como núcleo da teoria da constitucionalidade. Ainda, processo é instituição linguístico-autodiscursivo (teórico-fundante-operacional) de uma sistema jurídico co-institucionalizado (constitucionalizado). LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 286.

22 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 83-84.

23 Para Rosemiro Pereira Leal, a única fonte legítima de poder é a soberania popular.

24 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 83-84.

o provimento jurisdicional.²⁵

O processo constitucional visa à proteção dos princípios²⁶, especialmente no que tange àqueles conferidos aos indivíduos para se oporem às decisões públicas. A exigência do processo constitucional surge como elemento estruturante do ordenamento jurídico, no qual torna-se indispensável o controle constante de conformidade da norma ordinária com o texto da Constituição. O processo constitucional serve não para regular determinado direito, mas sim para estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito, limitando-se a verificar a conformidade da norma vigente frente aos seus princípios.²⁷ A atuação do processo efetiva-se através do reconhecimento do princípio da supremacia²⁸ constitucional sobre todas as normas existentes no ordenamento jurídico.²⁹ A aproximação entre Constituição e processo deu origem ao Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos. Apesar de não poder ser reconhecida como o único repositório de princípios, tem principalmente a função de indicar, sistematizar e preservar aqueles que o povo considerou mais importantes, cuja diretriz foi captada pelo constituinte em vista às aspirações da sociedade.³⁰ O processo é, por si só, instrumento de tutela de direitos que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo como garantia³¹.

Desde a teoria elaborada por Kelsen da pirâmide jurídica, concebendo uma estrutura hierarquizada de normas jurídicas, a Constituição passou a ocupar seu vértice, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico. A teoria de Kelsen foi o ponto de partida para considerar a Constituição como o ordenamento jurídico fundamental e revestido de supremacia frente às demais normas.³²

As normas constitucionais são dotadas de valor hierárquico absoluto, pois elas se encontram no topo do ordenamento jurídico e sua superioridade implica o princípio da conformidade de todos os atos jurídicos à Constituição.³³

25 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 87-88.

26 Para Humberto Ávila “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78-79.

27 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 346-347.

28 A supremacia constitucional determina que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma superior. Virgílio Afonso da Silva sustenta que a idéia norteadora é a proliferação dos efeitos das normas constitucionais a todos o ordenamento jurídico. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 39.

29 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 125.

30 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 205.

31 Para Flaviane de Magalhães Barros: “A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional. BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re) forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08*, p. 14.

32 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*, p. 277.

33 VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*, p. 56.

As garantias constitucionais do processo alcançam, de forma indiscriminada, todos os seus participantes. O processo como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de uma vasta gama de princípios de direito processual, sendo eles afirmados pelas garantias que os tornam exequíveis. O direito processual tem base constitucional, característica que dá efetiva proteção às garantias processuais.³⁴

O processo constitucional assenta-se em princípios que, em conjunto, consolidam a sua concepção. Ele visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo e resguardando os princípios constitucionais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente se não vierem acompanhados das garantias que irão assegurar a efetividade de seu livre exercício.³⁵

O devido processo, o direito de defesa, a assistência legal e o processo como manifestação de igualdade, são aspectos essenciais do processo constitucionalizado. Como forma de assegurar a tutela às garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente, tem-se também garantias individuais, coletivas e processuais que tornam possível o exercício da cidadania, por meio do processo constitucional.³⁶

A exigência de garantia constitucional sempre será necessária para que se assegure a aplicação integral do texto da Constituição, como regra suprema do poder estatal. A Constituição de 1988 emprega expressões ou palavras que tem importantes significados na interpretação de seu conteúdo formal e material, bem como nos diversos momentos de aplicação concreta e busca de sua eficácia. No Título II, elenca um rol de direitos que se desdobram em direitos sociais, direitos individuais e coletivos, direitos fundamentais, direitos à nacionalidade, direitos políticos e também utiliza a expressão garantias fundamentais, no título geral que enumera os “direitos e garantias fundamentais” e no art. 5º, §2º diz respeito aos direitos e garantias³⁷ expressos na Constituição.³⁸

Partindo-se da idéia de que a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não há que se buscar alternativa à sua aplicação.³⁹ Conforme Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição abrange todas aquelas normas que estão contidas no texto constitucional, independentemente se seu caráter material ou formal, abrangendo também os chamados princípios constitucionais materiais, que não estão mencionados expressamente no texto constitucional.⁴⁰

A aproximação de uma democracia⁴¹ consolida-se quando o poder estatal apreende que a Constituição é a

34 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 11-14.

35 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45. No mesmo sentido: “O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. *Revista Forense*, p. 119-121

36 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 48-49.

37 A expressão garantia aparece no decorrer do texto constitucional com significados variados, conforme artigos 52, VIII; 74, III; 95 e 163, III.

38 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 213-214.

39 MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, p. 14-17.

40 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 207.

41 Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “a idéia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, uno e indivisível, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 159.

explicitação do contrato social e o estatuto jurídico político.⁴²

O direito do Estado Democrático de Direito está sob riscos constantes, pois, de um lado ele corre o risco de perder sua autonomia em virtude de fortes ataques daqueles que se afastam dos princípios constitucionais, e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da arbitrariedade das decisões judiciais e de seu conseqüente decisionismo. Ainda, há a vasta produção legislativa, que na maioria das vezes, enfraquece a força constitucional, principalmente no que tange aos princípios do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça, tornando-se cada vez mais perceptível pelo conjunto de leis processuais que buscam assegurar efetividades quantitativas, afastando-se da efetividade qualitativa.⁴³

O processo coloca-se como verdadeiro instrumento⁴⁴ de atuação dos modelos elencados na Constituição, sendo ele incessantemente chamado a questionar se está sempre se adequando ao modelo constitucional. O processo projeta-se sobre a atual realidade a sua essencial necessidade, organizando-se segundo as inafastáveis regras de participação, do contraditório, da paridade de armas, da imparcialidade, dentre tantos outros.⁴⁵

O processo constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar os direitos fundamentais. Os tribunais constitucionais não têm, apenas, a missão de interpretar e aplicar o direito, mas de se antecipar, através do adequado processo constitucional, a realização das aspirações da sociedade.⁴⁶

O princípio da vinculação das atividades dos órgãos estatais ao Estado Democrático de Direito encontra recepção no texto constitucional, pois o mesmo faz referência aos órgãos jurisdicionais, *atuando na função monopolizadora por eles exercida, a jurisdição*. Os órgãos jurisdicionais, efetivando a sua função jurisdicional, devem atuar norteados pelo princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, balizados por seus princípios concretizadores da *supremacia da Constituição* e da *reserva legal*.⁴⁷

JURISDIÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se cada vez mais com a proteção dos direitos fundamentais, principalmente com sua efetivação a partir do processo constitucional. Somente o reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição não é suficiente para que os mesmos tenham efetividade prática, havendo necessidade de que eles venham acompanhados de garantias que lhe assegurem o seu exercício. A proteção dos direitos fundamentais concretiza-se em sede jurisdicional.⁴⁸

42 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 4.

43 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 16.

44 Aroldo Plínio Gonçalves defende a idéia de instrumentalidade técnica do processo, de modo que o processo constitui a melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta seja gerada com garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 171.

45 ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, p. 64-69.

46 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 364.

47 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*, p. 286-287.

48 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 53-54.

O direito à tutela judicial decorre da proteção jurisdicional que é dada aos direitos fundamentais.⁴⁹ O Estado deve assegurar a efetividade das garantias constitucionais por meio do processo. O processo é garantia, ele quem assegura a aplicação dos princípios afirmados constitucionalmente.

Jurisdição constitucional, apesar das especificidades de cada ordenamento jurídico, sucintamente significa o exercício da função jurisdicional em matéria constitucional, ou seja, a apreciação de alegações dentro do contexto lógico-argumentativo de aplicação do Direito Constitucional. Assegurando-se condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo, todo o processo pode vir a ser processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, processo constitucional.⁵⁰

A garantia jurisdicional, que é operacionalizada pelo poder do Estado, através da função jurisdicional, demanda inafastável obediência aos princípios constitucionais.

A função jurisdicional coloca os julgadores submetidos à lei, afastando a pessoalidade quando de suas manifestações, por isso a importância da prerrogativa da independência, que visa afastar o juiz de influências externas, seus humores, emoções e sentimentos.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a função jurisdicional ou jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes, indicados no texto constitucional, somente podendo ser exercida sob pedido da parte que tenha interesse. A função jurisdicional do Estado é realizada por meio do processo balizado nos princípios e regras constitucionais, conceituado pela doutrina italiana de “modelo constitucional de processo”, objetivando a imperativa e imparcial realização do ordenamento jurídico. Essa visão renovada sobre jurisdição e processo é baseada na preservação dos direitos e das garantias constitucionais.⁵¹

Atualmente consagra-se a expressão funções fundamentais do Estado, em substituição ao uso das expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, pois essas estão assentadas na idéia tecnicamente superada da tripartição de poderes. Assim, sustenta-se a idéia de um único poder⁵² do Estado, que é exercido sobre os indivíduos, pelo exercício das suas três funções, ou seja, a jurídica, a executiva e a jurisdicional. A figura do Estado deve ser concebida como ordenação de várias funções que são atribuídas a órgãos diferenciados, segundo previsão constitucional. A atividade ou função é quem deve ser considerada repartida e não o poder do Estado.⁵³

Para Rosemiro Pereira Leal a expressão poderes, largamente utilizada como unidades míticas de comandos que podem mais do que a lei, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado, ou seja, acima de tudo e de todos, tornou-se arcaica com o advento do Estado moderno, porque, em face da atual democracia, a única fonte de poder é o povo.⁵⁴ Dentre os princípios fundamentais estruturadores do Estado Democrático de Direito, sobressai o princípio da democracia, segundo o qual todo poder emana do povo, sendo que ele é exercido diretamente, através do plebiscito, referendo e pela iniciativa popular ou diretamente, por meio de

49 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 59.

50 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 168-169.

51 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 149-150.

52 “Os reclamos da ordem e da autoridade, no exercício do poder pelo Estado, ao longo do tempo, restaram balizados pelos princípios da constitucionalidade e da legalidade, fazendo com que cedessem espaço, pouco a pouco, também às exigências básicas da cidadania e das liberdades fundamentais do ser humano”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Esboço de uma introdução ao estudo do direito político. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 9.

53 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*, p. 70.

54 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. v. II, p. 25.

representantes que foram eleitos pelo povo, através de voto direto, secreto, universal e periódico.⁵⁵

Importante desafio é definir a tarefa essencial da função jurisdicional, pois interpretar e aplicar a lei em conformidade com o ordenamento jurídico é de indiscutível relevância para a efetivação de direitos. Surgiram exigências constitucionais que serviram de limitador do poder absoluto do julgador, de conformidade com o processo que possibilita o aperfeiçoamento de seu conteúdo normativo. O objetivo essencial da jurisdição não é só aplicar a lei, mas, também, assegurar o controle de legalidade daquela norma que será aplicada ao caso concreto. O processo é garantia de aplicação das normas asseguradas constitucionalmente. A partir do momento que o Estado obedece ao devido processo legal, ele tem legitimidade de atuação, por meio da jurisdição.⁵⁶

5 PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS E INFORMATIVOS DO PROCESSO

Partindo-se de uma visão ampla dos princípios, eles devem ser estudados como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo de proposições fundamentais informadoras que compõe o ordenamento jurídico, podendo-se falar que os princípios se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito. Nessa noção, os princípios são considerados normas jurídicas, compreendendo as idéias de regras e princípios, ou seja, ambos são espécies do gênero norma jurídica. Os princípios são havidos como proposições fundamentais do direito e, ao lado das regras, também com força vinculativa, os princípios atuam em todo o ordenamento jurídico.⁵⁷

Princípios institutivos do processo

O processo constitucional está sustentado por princípios fundamentais que o consolida. Tendo fundamento constitucional, o processo possui características próprias que são definidas pelos princípios que o integram, quais sejam: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Como elementos existenciais do processo, contraditório, ampla defesa e isonomia são princípios⁵⁸ que, sem os quais, não há que se falar em processo com sua atual leitura de garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais.⁵⁹

55 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*, p. 653.

56 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 310-312.

57 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-279. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*, p. 119-121.

58 Rosemiro Pereira Leal, baseado na Teoria do Direito, indaga o que significaria princípio. “Princípio é o marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente dedutivo, genérico e desdobrável, é balizador de conceitos que lhe são inferentes. Quando o princípio é específico, assume este o nome de premissa legal e não comporta generalizações maiores que seu explícito e próprio enunciado. Enquanto o princípio é referente de invariância perene, as demais consequências lógicas dessa operação interpretativa expressam-se em pressupostos e fundamentos. Os pressupostos, como inferentes lógico-jurídicos, inscrevem-se na órbita imperativa (prescritiva) do princípio, equivalendo a conceitos específicos, explícitos e infecundos que não permitem flexibilização incompatível com o conteúdo principiológico que lhes deu causa. Os fundamentos são pressupostos que atuam genericamente ao longo da estruturada linguagem ou texto legal, irredutíveis a novas hipóteses, porque, no dizer de Heidegger, decorrem da ‘liberdade finita’ que o discurso impõe a si mesmo. O Direito, como discurso sistematizado pela lei positiva, estabelece seus princípios, pressupostos, premissas e fundamentos a partir do texto legal, pois tais elementos lógicos não são preexistentes ao discurso jurídico, mas contemporâneos à existência da lei que os institui. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 96-97.

59 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 94-96.

Para Dierle José Coelho Nunes, o contraditório constitui *garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo, visto que é o elemento normativo estrutural da *complicação*, assegurando constitucionalmente o *poli-centrismo* processual, constituindo verdadeira garantia de não surpresa que obriga o julgador ao dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que dizem respeito ao seu conhecimento oficioso.⁶⁰

O princípio do contraditório⁶¹ trata-se de referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, trazendo para o processo a dialogicidade necessária entre os interlocutores do processo, as partes, podendo até permanecerem em silêncio, embora tendo direito-garantia de se manifestarem. O direito ao contraditório está ligado à liberdade jurídica de contradizer que, limitada pelo prazo legal, converte-se em ônus processual se não exercida. O processo sem a presença do efetivo contraditório⁶² afasta-se de sua base democrático-jurídico-principiológica e retrocede ao meio procedimental em que o arbítrio do juiz deveria se aceitar por seus afetados.⁶³

Processo é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada, não podendo o judiciário se opor ao exercício de garantias, pois é através do processo jurisdicional realizado em contraditório que o provimento jurisdicional tem legitimidade e a função jurisdicional é externada.⁶⁴

A presença do contraditório é essencial, uma vez que um discurso não se produz monologicamente, ou seja, é insito a ele a presença de mais de um participante, senão não é discurso. O contraditório é elemento inafastável da dimensão pragmática do processo de obtenção da *resposta correta* ou da *norma ideal*. Ele compõe a racionalidade procedimental que afasta a visão solipsista do juiz.⁶⁵

Em 05 de fevereiro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança número 24.268-0⁶⁶ – Minas Gerais, nos termos do voto do relator Ministro Gilmar Mendes, importante e respeitável pronunciamento foi produzido no que diz respeito ao processo constitucional, frente ao atual Estado Democrático de Direito, destacando-se a importância do princípio do contraditório e do princípio da

60 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*, p. 227-229.

61 André Del Negri faz estudo referencial sobre o controle de constitucionalidade no processo legislativo. “À fase instrutória segue-se a fase constitutiva com distribuição da proposição à Comissão Permanente a fim de ser apreciada por meio de parecer sobre a adequabilidade legislativo, mérito e constitucionalidade do projeto. Em seguida, depara-se com a fase de discussões, a qual ocorre nas reuniões das Comissões e sessões plenárias, momento de maior publicidade do trabalho legislativo. A discussão é uma fase de tramitação do projeto em que ocorre o contraditório, vez que os congressistas, pelo menos em tese, participam desse contraditório, apresentando algumas objeções e possíveis emendas ao projeto ou mesmo apoiando-o”. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 124.

62 Para Carlos Henrique Soares “o advogado é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa a estruturação dos procedimentos jurisdicionais, seja ele, ordinário, sumário, especial ou extraordinário bem como na realização da prestação jurisdicional”. SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*, p. 174. José Cirilo de Vargas afirma que “pela tradição de nosso Direito, tudo leva a crer que o mais importante do devido processo pode ser resumido no contraditório e na ampla defesa. Os institutos que aí não couberem destinam-se a desenvolver e a reforçar sempre os dois elementos principais”. VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*, p. 140.

63 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 97. No mesmo sentido STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 19.

64 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*, p. 454-455.

65 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 246.

66 Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Segurança nº 24.268-0 – Minas Gerais, julgamento em 05.02.2004, publicado no Diário do Judiciário em 17.09.2004, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes.

fundamentação de todas das decisões.

O amplo rol de garantias constitucionais tende a aproximar-se cada vez mais da igualdade de meios processuais para atuação dos legitimados ao processo e afastar a disparidade que ainda persiste em permanecer no vigente ordenamento jurídico.

O princípio da isonomia é direito-garantia constitucionalizado indispensável ao processo, uma vez que a igualdade diz respeito à oportunidade temporal de dizer e contradizer entre as partes, para a construção do provimento jurisdicional. Conforme ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, a afirmação de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tauratológica, pois, o dizer e o contradizer, no regime de liberdade assegurada em lei, não se opera pela distinção do economicamente igual ou desigual. O direito ao processo não tem conteúdos de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas pelo contrário, é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. Ainda, importante distinguir a diferença entre isonomia e simétrica paridade, pois esta é a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à igualdade, liberdade e vida no Estado Democrático de Direito.⁶⁷

O processo constitucional efetiva-se através da consagração de procedimentos que garantam os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável de defesa. Sempre deve ser assegurada a efetiva igualdade das partes em todas as fases de atuação do processo.⁶⁸

O princípio da ampla defesa é coextenso aos princípios do contraditório e isonomia, pois a amplitude de defesa se dá nos limites temporais colocados pelo procedimento em contraditório. Quando se fala em amplitude de defesa não se diz respeito à infinitude de produção de defesa a qualquer tempo, mas que esta possa ser produzida pelos meios de provas admitidos e não proibidos em lei no tempo processual. A defesa há de ser ampla, pois ela não pode ser comprimida pela sumarização do tempo de tal modo que afaste aspectos fundamentais de sua produção eficiente. As reformas processuais devem atentar-se para esse aspecto, para que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, buscando suprir deficiências do Estado, não prejudique a ampla defesa, pois as propostas de reforma do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal⁶⁹ não estão se atendo para o problema que podem causar. A ampla defesa, no Estado Democrático de Direito, envolve o devido processo legal em sentido substancial, mas em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual, em perspectivas do atual direito democrático, traduzindo-se a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo capaz de dar viabilidade a ela.⁷⁰

A garantia do efetivo direito de defesa é essencial no processo constitucional, pois ele afasta os atos singulares de caráter discricionário do julgador.

67 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 98.

68 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 90.

69 Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: O anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático de muitos dos autores das idéias reformistas, é por isso que o país continua assim. Se reforma e se reforma para não mudar nada, mantendo a crença retrógada de que de melhora com mais pena, mais prisão e punição. Faz-se reformas pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base sistêmica. Se for preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples e nem fácil, pois ele é inquisitório, foi inquisitório e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 230.

70 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 98-99.

Princípios informativos do processo

Os princípios informativos do processo são variáveis lógico-jurídicos dos princípios institutivos, não podendo ser examinados como se fossem princípios gerais do Direito Processual.

Eles estão intimamente ligados ao princípio da ampla defesa, que faculta e assegura o esgotamento do tempo processual de maneira juridicamente irrestrita, para desenvolver meios e elementos de prova escrita, oral ou documental.

O princípio da oralidade opera-se pela imediação ou imediatividade que consiste na aproximação das partes, juiz e demais sujeitos do processo para que, participando democraticamente dos fatos suscitados pela outra parte, elas possam manifestar, na presença do julgador, entendimento sobre o litígio regido pelo processo. Nas legislações modernas, a oralidade é atributo do direito fundamental da ampla defesa.⁷¹

A publicidade dos atos procedimentais e processuais é ampliada a todos e não somente aos sujeitos processuais. O princípio da publicidade coloca os sujeitos do processo e possíveis terceiros que não tenham interesse direto naquela demanda, em nível de igualdade, com ressalvas ao princípio constitucional da privacidade, em igual afirmação constitucional e que não pode ser afastado.⁷²

A disponibilidade jurídica, art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, não sofre qualquer restrição, tanto que qualquer pessoa pode instaurar subsidiariamente a ação penal. Os princípios da disponibilidade e indisponibilidade não atingem o direito ao procedimento, que sempre será disponível, mas diz respeito ao direito material criado em lei e disponibilizado às pessoas. Não se pode confundir os princípios da disponibilidade ou indisponibilidade, em função da qualidade das pessoas que podem ou tem a obrigatoriedade de dar início a procedimentos, com o princípio dispositivo. O juiz deve, ao exercer a função jurisdicional, deter-se aos fatos alegados e demonstrados pelos interessados, afastando-se da produção probatória de ofício e da parcialidade.⁷³

O princípio da economia processual não abrange a redução das atividades processuais em violação ao direito fundamental da ampla defesa e contraditório. Parâmetros financeiros de custo-benefício do processo, que afastam garantias constitucionais não podem prosperar, pois a vantagem buscada pela lei processual é assegurar o direito-garantia à ampla defesa, contraditório e isonomia.⁷⁴

DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O princípio do devido processo legal pode ser considerado um dos mais antigos institutos da ciência jurídica, cuja trajetória se prolongou ao longo dos séculos e garantiu sua presença no direito contemporâneo com renovado vigor.⁷⁵

Recorrente o uso do instituto do devido processo legal como garantia constitucional, ora em sentido material, ora em sentido processual, sem que se explique a origem do *due process*. O devido processo apóia-se em faticidade inesclarecida, como herança da *Magna Charta Libertatum* outorgada por João Sem Terra (1225) e da Carta de Henrique III (1225), na Grã-Bretanha, e que continua propiciando confusões múltiplas na conceituação moderna e pós-moderna do devido processo legal. Na origem histórica da expressão, a

71 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 112-113.

72 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 113.

73 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 114-115.

74 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 115-116.

75 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 7.

concretização do direito pelo devido processo haver-se-ia de fazer pelos juízes que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens com o acusado, ameaçado ou lesado de direitos. O pressuposto para o exercício do devido processo legal era o acusado ou lesado ser homem livre como seus pares que viessem a proferir o julgamento, a paridade se definia pela condição sócio-econômica-política e não por lei escrita. A expressão devido processo legal significava o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade que era revelada pelo Rei.⁷⁶

Para Marcelo Cunha Araújo o devido processo constitucional democrático é o conjunto mínimo de características previstas constitucionalmente, que, a partir do momento que são reconhecidas, conferem ao processo a característica de direito-garantia fundamental do cidadão, vez que permite sua participação na aplicação do direito.⁷⁷

Atualmente o processo é assegurado em texto democrático, o devido processo constitucional, como fonte jurisdicional da judicção e garantia das partes, afastou-se da vontade valorativa ou corretiva individual que, por imposição do intérprete, obrigava as partes ao cumprimento de ordens pessoais, visando melhorar ou substituir a lei. No Estado Democrático de Direito é o povo⁷⁸ (legitimados ao processo) quem constrói e garante as suas conquistas pelo processo constitucional legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não mais pelo juiz que é funcionário do povo. O juiz não é construtor⁷⁹ do direito, mas concretizador do provimento decisório, do procedimento processualizado pelo devido processo democrático, levando-se em consideração a articulação argumentativa das partes.⁸⁰

A observância do princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito faz-se necessária na atuação da função jurisdicional, que é viabilizada por meio do devido processo legal, ato do Estado que concretiza-se por meio do provimento final.⁸¹ O devido processo assegura garantias constitucionais às partes e também regula o exercício da função jurisdicional. O instituto do devido processo, com todos os princípios que lhe são inferentes, deve ser observado, pois, caso não o seja, corre-se o risco de não haver processo, mas tão só um procedimento.⁸²

Pela principiologia constitucional do devido processo, compreendido pelos princípios da reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório, o processo converte-se em direito-garantia inafastável e representativo de conquistas teóricas da humanidade contra a tirania, regendo as estruturas procedimentais da administração, legislação e jurisdição.⁸³ O modelo constitucional de processo, consiste no conjunto mínimo de características próprias que sejam capazes de garantir um espaço discursivo inserto no Estado

76 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 51.

77 ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*, p. 97-98.

78 Para Carlos Henrique Soares, “a validade ou invalidade de um discurso jurídico reside em indagar qual é a legitimidade jurisdicional de sua fonte de produção. No Estado Democrático de Direito a fonte legitimadora do discurso jurídico é o povo. Nesse paradigma, os destinatários das decisões jurídicas podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como autores das decisões. SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*, p. 171.

79 “A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional Nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções com substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a Constituição veio romper”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.) *Constituição e democracia: fundamentos*, p.259.

80 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 52-55.

81 BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*, p. 287.

82 MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*, p. 131-133.

83 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 85.

Democrático de Direito, na construção e aplicação do direito legislado ao caso concreto.⁸⁴

A decisão jurisdicional não é ato solitário do julgador, mas construída a partir da observância do devido processo constitucional por meio da garantia fundamental do devido processo legal, que, conforme leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o devido processo permite que a decisão seja construída com aqueles argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão os efeitos do provimento jurisdicional, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais as partes controvertem. O devido processo legal é um dos alicerces do processo constitucional, consagrando a aplicação do direito desvinculada de elementos subjetivos, assegurando maior segurança da decisão, pois em conformidade com o ordenamento jurídico.⁸⁵

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o modelo constitucional de processo é uma *estrutura metodológica normativa constitucional de garantia dos direitos fundamentais*, devendo ser apreendido como *bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis*. Esses direitos e garantias fundamentais são o direito de amplo acesso à jurisdição em prazo razoável, garantia do juízo natural, garantia do contraditório, garantia da ampla defesa, direito a defensor e garantia de fundamentação das decisões jurisdicionais, sempre observando os princípios constitucionais.⁸⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo constitucional surge como elemento estruturante do ordenamento jurídico. A atuação do processo efetiva-se através do reconhecimento do princípio da supremacia constitucional.

A função jurisdicional do Estado é realizada por meio do processo balizado nos princípios e regras constitucionais, norteado pelo modelo constitucional de processo, objetivando a imperativa e imparcial realização do ordenamento jurídico. O modelo constitucional de processo impõe a observância de um conjunto mínimo de características próprias que sejam capazes de garantir um espaço discursivo inserido no Estado Democrático de Direito, visando a construção e a aplicação da legislação ao caso concreto.

A atuação da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito é viabilizada pelo devido processo legal. O devido processo assegura garantias constitucionais às partes e regula o exercício da função jurisdicional. O instituto do devido processo deve ser sempre observado, pois, caso não o seja, correr-se-ia o risco de não haver processo, mas tão só procedimento.

A partir da principiologia constitucional do devido processo legal, o processo passa a ser lido como direito-garantia inafastável, regendo as estruturas procedimentais da administração, legislação e jurisdição.

Os princípios são normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo de proposições fundamentais que compõe o ordenamento jurídico e conseqüentemente inafastáveis. Contraditório, ampla defesa e isonomia são princípios que, sem os quais, não há que se falar em processo como garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais.

Processo é procedimento discursivo que garante a construção de uma decisão participada. Por meio do processo jurisdicional realizado em contraditório é que o provimento terá legitimidade. O direito ao efetivo discurso lógico-argumentativo entre as partes deve ser sempre assegurado, garantindo-se, assim, a

84 ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

85 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*, p. 292.

86 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e DINIZ NEPOMUCENO, Luciana (Coords.) *Processo civil reformado*, p. 229.

dialogicidade necessária entre os interlocutores e afastando-se o protagonismo judicial.

8 REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. v. 87, São Paulo: jul./set. 2007, 1997, p. 63-69.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. **Revista Forense**. v. 337. Rio de Janeiro: jan./mar. 1997, p. 105-123.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 2. ns. 3 e 4. Belo Horizonte: 1º e 2º sem. 1999, p. 89-154.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 8. nº. 16. Belo Horizonte: 2º sem. 2005, p. 147-161.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 7. ns. 13 e 14. Belo Horizonte: 2º sem. 2005, p. 150-163.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no estado democrático de direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Esboço de uma introdução ao estudo do direito político. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Ano 1. nº. 1. Belo Horizonte: out. 2002, p. 9. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Publicacoes/ESBO%20DE%20UMA%20INTRODU%20AO%20ESTUDO%20DO%20DIREITO%20POL%20CDTICO.doc>> Acesso em 14 jul. 2010.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 3, ns. 5 e 6,. Belo Horizonte: 1º e 2º sem. 2000, p. 161-170.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 447-467.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.) **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal

inquisitório brasileiro. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 221-231.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, 653-663.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

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

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEPOMUCENO, Luciana (Coords.) **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009, 1ª ed. 2008, 1ª reimpr. 2009.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicção na teoria do direito democrático. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual**. Porto Alegre: Síntese, v. 3, 2004, p. 127-179.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao**

constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.