

PROCESSO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO-DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

CONSTITUTIONAL PROCESS: THE PROCESS AS DEMOCRATIC AND DISCURSIVE SPACE OF LEGITIMATION APPLICATION OF THE RIGHT

*Francisco Rabelo Dourado de Andrade**

RESUMO

Com o presente artigo, pretende-se expor as principais teorias que marcam o estudo do processo, destacando-se as concepções que desenvolvem a sua conexão indissolúvel com a Constituição. A pertinência desse estudo se justifica pelo fato de a Constituição não ser mais concebida apenas como uma norma situada no topo do sistema normativo. Suas regras e princípios são elementos indispensáveis na interpretação do ordenamento jurídico, sobretudo em relação ao exercício dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, será adotado o método dedutivo-hipotético baseado em pesquisa bibliográfica atinente ao tema escolhido. Como resultado desses estudos, pôde-se concluir que o processo constitucional é uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais, cuja importância se revela na legitimação democrática dos atos estatais, em todos os seus níveis de aplicação do direito. O processo, segundo essa metodologia, será orientado pela principiologia do devido processo legal e estruturado pelas garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito; Direitos e garantias fundamentais; Processo constitucional.

* Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas – IEC. Professor de Direito Processual Civil III e de Prática Real e Simulada na Faculdade de Saúde e Ecologia Humana – FASEH. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG. Membro do Instituto Mineiro de Direito Processual – IMDP. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos – INPEJ. Advogado. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua dos Guajajaras, 977/1106, Bairro: Lourdes, Belo Horizonte/MG, CEP: 30180-100. E-mail: franciscodourado@gmail.com.

ABSTRACT

In this article, we intend to expose the main theories that mark the study of the process, highlighting the conceptions that develop their indissoluble connection with the Constitution. The relevance of this study is justified by the fact that the Constitution not be conceived only as a standard situated on top of the regulatory system. Its rules and principles are essential elements in the interpretation of law, especially in relation to the exercise of fundamental rights and guarantees. For this, it will be adopted the deductive-hypothetical method based on literature pertaining to the chosen theme. As a result of these studies, it concluded that the constitutional process is an assurance methodology of fundamental rights, whose importance is revealed in the democratic legitimacy of State acts in all levels of application of the right. The process, according to this methodology, will be guided by the set of principles of due process and structured by the guarantees of adversarial, ample defense and equality.

Keywords: Constitutionalization of the right; Fundamental rights and guarantees; Constitutional process.

INTRODUÇÃO

282

O presente artigo se propõe a fazer um estudo acerca do fenômeno da constitucionalização do direito e revelar a importância do processo em uma perspectiva crítico-científica, como resultado do esforço empreendido por juristas atentos aos ganhos teóricos alcançados com a Constituição brasileira de 1988.

Para tanto, pretender-se-á iniciar a pesquisa a partir do estudo da constitucionalização do direito, que parte de uma concepção atrelada ao papel dos direitos fundamentais e o seu exercício nas relações entre particulares e entre estes e o Estado. Partindo-se da ideia de que a Constituição deixou de ser uma mera carta situada no topo da pirâmide do ordenamento jurídico para figurar como núcleo central do direito, denota-se que as regras e princípios acolhidos em seu texto irradiarão em todo o ordenamento jurídico no âmbito de sua interpretação e aplicação.

Mais adiante, far-se-á um retrospecto nas principais teorias do processo, tomando-se como ponto de partida o contratualismo até o alcance da sua constitucionalização. Nesse ponto, notar-se-á que as conquistas histórico-teóricas revisitadas repercutiram diretamente no estudo do processo, sobretudo com o movimento constitucionalista, marcado por estudos que tomam como base os direitos e garantias fundamentais e sua observância obrigatória no exercício da prestação da atividade jurisdicional pelo Estado. Defende-se, com isso, a conexão entre Constituição e processo ou, em outras palavras, a constitucionalização do processo.

Estudar-se-á em capítulo derradeiro o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito, tema central deste trabalho.

Como consequência dessas novas perspectivas, o processo passa a ser visualizado como um sistema garantidor do exercício dos direitos fundamentais (devido processo constitucional), orientado pela principiologia do devido processo legal, que abarca em sua estrutura o contraditório, isonomia, ampla defesa, reserva legal e a fundamentação das decisões.

Ao final deste percurso, a título de considerações finais, observar-se-á que a defesa de tal sistema não é lançada tão somente na limitação e orientação da função jurisdicional, mas, também, no exercício das funções administrativa e legislativa, como pressuposto lógico para sua legitimação e, conseqüentemente, para a concretização do (ainda em estágio de desenvolvimento) Estado Democrático de Direito.

Com isso, o alcance do processo constitucional, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais, revelar-se-á a partir de uma racionalidade discursiva garantida por um espaço procedimentalizado aberto a todos em regime democrático, o que eleva a soberania popular como única fonte legítima de poder.

Com efeito, a partir de avançados estudos de processo democrático, buscou-se empreender reflexões *críticas*¹ sobre a visão tradicional exposta pela doutrina no sentido de demonstrar a necessidade de revisitações teóricas à luz da atual ordem democrática brasileira.

O presente estudo será desenvolvido a partir do método dedutivo-hipotético. Sua apresentação será em forma dissertativa com enfoque analítico a partir de pesquisas encaminhadas pela dogmática jurídica atinente ao campo do Direito Constitucional e Processual, o que possibilitará o desenvolvimento da temática proposta: *Processo constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito*.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre os estudiosos dos diversos ramos do direito, parece não haver debate acerca da subordinação de todo o ordenamento jurídico à Constituição, enquan-

¹ Nesse sentido, “a *crítica*, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as *conclusões* do discurso da *ciência* em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica. Portanto, a *ciência* sem a *crítica* seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A *crítica* é a atividade intelectual testificadora, enquanto a *ciência* é atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 36-37).

to texto legal que figura no topo de uma escala hierárquica entre normas. No entanto, resta verificar se tais ramos têm sido (ou se encaminham no sentido de serem) interpretados conforme a própria Constituição².

Tal constatação supõe que não bastaria apenas a elaboração de uma norma em estrita observância ao processo legislativo, desenvolvida de modo a disciplinar as relações entre particulares e Estado ou entre os próprios particulares. Espera-se mais que essa mera vinculação hierárquica, pois a Constituição traz em seu texto regras e princípios cujos efeitos devem irradiar em todo o ordenamento jurídico no âmbito de sua aplicação. Trata-se da *constitucionalização do direito*.

Ao discorrer sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva salienta que a doutrina jurídica tem se ocupado a fornecer meras classificações de utilidade prática ou teórica (em planos didáticos) para a compreensão da Constituição sem, no entanto, aprofundar em duas importantes discussões: “(1) sobre uma concepção adequada de constituição e (2) sobre uma concepção adequada de direitos fundamentais e sua função na ordem jurídica e social. Essas são, como se pode imaginar, discussões fundamentais e de grande densidade teórica”. Seria um equívoco limitar os estudos da Constituição quanto à sua origem (promulgada ou outorgada) ou ao tipo de documento (rígida ou flexível; escrita ou não escrita) sem considerar qual seria a função por ela exercida em um país. Nesse sentido, não basta apenas constatar a sua posição “no topo da pirâmide normativa”. É preciso ampliar esse debate, tomando-se em conta o papel e a influência dos direitos fundamentais tanto nas relações entre particulares e o Estado, como também nas próprias relações privadas³.

A expressão *direitos fundamentais* surgiu na França em meados de 1770, época em que houve uma intensa agitação política e social resultante da revolta do povo francês contra a tirania do monarca. Tal movimento culminou na Re-

² Cabe esclarecer que, desde “a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico. Referida teoria descreveu a ordem jurídica como uma pirâmide de normas hierarquizadas, de modo que cada uma destas regras extraísse sua força obrigatória em razão de sua conformidade com a norma imediatamente superior”. Embora essa teoria não tenha exatamente esclarecido qual norma fundamental embasaria a Constituição, “foi o ponto de partida para se considerar a Constituição uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 119). Ainda nesse sentido, Lênio Streck afirma que a Constituição, “mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social”. Por isso, “não se interpreta, sob hipótese nenhuma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”. (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 229).

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 109.

volução Francesa e na sua respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴.

Os direitos fundamentais, assim como a separação das funções do Estado proposta por Montesquieu na primeira metade do século XVIII, são consideradas “conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais”, todavia, embora a partir dos pressupostos liberais, poder-se-ia admitir a renúncia a tais direitos (liberdade de não exercitá-los), há entendimentos no sentido de que “os direitos fundamentais não são precipuamente direitos individuais contra abusos estatais, mas elementos fundantes da ordem democrática”, elevando-os ao plano da irrenunciabilidade e inalienabilidade. Entretanto, se se considerar que “a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá o dever de intervir para garantir direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares” em todas as relações em que tais direitos estiverem em jogo, a autonomia privada seria desconsiderada e encontraria um obstáculo intransponível nos próprios direitos fundamentais⁵.

É de se observar, no entanto, que ao lado dos direitos fundamentais relacionados ao indivíduo como o direito de ir e vir; o direito à livre manifestação de pensamento; o direito à atividade profissional; o direito à vida privada, entre tantos outros previstos no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, foram também introduzidos, na mesma carta, direitos de igual magnitude de conteúdo social em seu Capítulo II (arts. 6º ao 9º), denominados direitos sociais.

A esse respeito, Baracho destaca que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis”, tomando-se como pressuposto o princípio da dignidade humana, sendo que qualquer violação aos direitos e liberdades afetará diretamente esse princípio. “A dignidade da pessoa, como fundamento de seus direitos, é um valor jurídico fundamental do constitucionalismo do segundo pós-guerra”⁶.

Sob essas premissas, Luiz Roberto Barroso aponta para a superação do legalismo estrito característico do positivismo normativista a partir da “atribuição

⁴ Não obstante as divergências doutrinárias a esse respeito, Ronaldo Brêtas ressalta que “o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado”. (*Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 70).

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 128-131.

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 121-122.

de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. A Constituição deixa de ser um mero elemento existente no topo do sistema jurídico (supremacia formal) e se transforma em filtro que deve conduzir a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional. A constitucionalização do direito passa a representar, portanto, esse desenvolvimento metodológico que orienta o exercício dos direitos fundamentais⁷.

RETROSPECTO EM TEORIA DO PROCESSO: DO CONTRATUALISMO À CONSTITUCIONALIZAÇÃO

As linhas teóricas apresentadas anteriormente são importantes para melhor compreensão do processo ou, em linhas mais precisas, para uma (re)leitura constitucionalizada do processo em níveis crítico-científicos direcionada para o desenvolvimento e concretização do Estado Democrático de Direito.

No estudo do processualismo científico, tem-se notícia de que a primeira teoria do processo abordada pela doutrina foi divulgada por Pothier em 1800, denominada *processo como contrato*, cujas raízes se assentaram na França entre os séculos XVIII e XIX, época em que os teóricos se pautavam nas lições iluministas de Jean-Jacques Rousseau, sobretudo no que tange às suas ideias sobre o contrato social. Sobre as bases da liberdade e da vontade individual, o processo era fruto de um pacto ou convenção entre as partes firmado perante o juiz – *litiscontestatio* – em virtude da qual a vontade de cada um se sobrepunha ao poder estatal que, a propósito, nada podia fazer senão atender os pactos realizados entre particulares. No entanto, essa concepção se tornou inadequada para a época, haja vista que a *jurisdictio* era manifestação do poder do Estado que não mais admitia uma visão privatística do processo, ou seja, a solução dos conflitos deveria ocorrer de forma coativa por agente público julgador, independentemente de prévio consenso entre as partes do conflito⁸.

Teoria semelhante foi proposta naquela época por Savigny e Guényvau⁹ no ano de 1850, os quais insistiam na permanência do processo como ramo do direito privado, mesmo não sendo este um contrato, mas o *processo como quase contrato*, já que, ao ingressar em juízo, a parte deveria se submeter (consentir) à decisão do juiz, não obstante apresentar-se favorável ou não à sua pretensão. O processo perdia, portanto, o seu caráter contratual justamente pelo fato de o

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. xi-xii.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 82.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 83.

consentimento dos litigantes ter deixado de ser condição indispensável à sua existência.

Pelos mesmos motivos que invalidaram a teoria do processo como contrato, a teoria do processo como quase-contrato também não prosperou, justamente por nela subsistir a essência privatística, característica incompatível com a jurisdição estatal.

No ano de 1868, Oskar von Bülow apresentou a *teoria do processo como relação jurídica* com a publicação de seu livro “*A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*” (no original: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), obra considerada o marco inicial do estudo científico do Direito Processual, sobretudo por torná-lo autônomo do direito material e apto a ser sistematizado pela doutrina¹⁰.

Segundo esse entendimento acerca da natureza do processo, ainda hoje majoritário na doutrina, a relação jurídico-processual difere da relação jurídica de direito material por apresentar distintos pressupostos – objeto e sujeitos – cuja essência desdobra-se em um vínculo de exigibilidade entre os sujeitos ativo e passivo, por meio do qual o primeiro se vale de um poder de exigir do segundo determinada prestação, exigência de caráter impositivo e consoante sua vontade. Tais características reportam à visão tradicional do direito subjetivo que, segundo esta teoria, deu origem à concepção do processo como relação jurídica.

Para André Cordeiro Leal, “essa concepção, ainda que diferenciada em seu aspecto subjetivo, não se desgarrou das ideias anteriores. Bülow ainda partia do pressuposto central de que o processo deveria ser visto como relação jurídica” entre as partes no processo, vinculadas mutuamente e ao tribunal. Não obstante, sua teoria foi importante para desvincular “o processo como consequência direta da relação litigiosa de Direito Privado debatida pelas partes perante os tribunais”, demonstrando que o processo dispunha de regras específicas que lhe conferiam o caráter autônomo em relação ao Direito Material¹¹.

O avanço da teoria do processo proposta por Bülow, que guardava suas raízes nos ideais do Estado Social, conduziu ao surgimento da chamada *Escola Instrumentalista de Processo* no Brasil, defensora da tese de que o processo é um instrumento pelo qual a jurisdição se opera, sendo sua finalidade precípua o

¹⁰ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-5. Segundo André Leal, a obra publicada por Bülow em 1868 o elevava “à condição de fundador da ciência do processo”. (*Instrumentalidade do processo em crise*, p. 38). A sua importância para os estudos do Direito Processual é notada pela adesão de processualistas europeus que se dedicaram ao estudo e sistematização dessa teoria, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tulio Liebman. No Brasil, destacam-se Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

¹¹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 81-82.

exercício da função jurisdicional do Estado por uma perspectiva que visa dar utilidade ao processo e que seja dele obtido um resultado que atenda aos seus escopos metajurídicos, quais sejam: social; político; e jurídico. Já o procedimento, para a referida escola, seria um mero elemento extrínseco e formal em razão da sucessão de atos realizados no processo¹².

Não obstante a expressiva adesão a essa teoria, cuja influência ainda permanece com vigor no direito processual brasileiro, novos estudos passaram a ser desenvolvidos no sentido de tornar o processo mais democrático, desvinculando-o da visão de relação jurídica entre pessoas (vínculo de sujeição) e da submissão das partes ao solipsismo do juiz (acima e equidistante delas). Ademais, o próprio caráter instrumental do processo passou a sofrer questionamentos, sendo elevado ao *status* de garantia fundamental constitucionalizada.

Nessa ordem de considerações, coube a Elio Fazzalari, com sua *teoria do processo como procedimento em contraditório* (ou *teoria estruturalista do processo*¹³), ressemantizar a natureza jurídica do processo, distinguindo-o do procedimento a partir do atributo do contraditório. Esse novo elemento representa a estrutura dialética do procedimento, segundo o qual “consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições; na mútua implicação das suas atividades”¹⁴.

288

Desse modo, para que o ato imperativo do Estado (provimento) tenha validade e eficácia perante seus administrados, segundo essa teoria, torna-se necessária a estrita observância da atividade preparatória, ora regulada por uma estrutura normativa, e, sobretudo, que as partes tenham desenvolvido uma dinâmica específica e concorrido para sua formação e posterior conclusão¹⁵.

A despeito da valiosa contribuição ofertada por Fazzalari na esfera da técnica processual, sobretudo em relação à distinção de processo e procedimento pelo atributo do contraditório, sua teoria não se preocupou com os direitos e

¹² Cândido Rangel Dinamarco, em obra inteiramente dedicada à instrumentalidade do processo, defende que “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. Desse modo, conclui que “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”. (*A instrumentalidade do processo*, p. 149-150).

¹³ A teoria de Elio Fazzalari também é chamada de teoria estruturalista do processo, expressão cunhada por Ronaldo Brêtas em razão de o termo *estrutura normativa* ter sido utilizado com rigor técnico pelo autor italiano na reelaboração da ideia de procedimento, expressão essa também empregada por Aroldo Plínio Gonçalves na obra em que é detalhada a referida teoria. (*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 90-91).

¹⁴ FAZZARALI, Elio. *Instituições de direito processual*, p. 119.

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 102.

garantias fundamentais. À teoria estruturalista restaram ausentes alguns elementos cuja abordagem se iniciou pelo movimento constitucionalista que, “após 1945, afora o golpismo de caserna que ainda marca algumas nações atrasadas, aflorou-se em necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos básicos (constituições) voltados e aprovados pelo povo, ou seus representantes diretos, como fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais”¹⁶.

O estudo da conexão (necessária) entre Constituição e Processo foi iniciado pelo mexicano Héctor Fix-Zamudio após a Segunda Guerra Mundial, jurista responsável pela publicação de diversos livros e artigos sobre o tema, tendo sido de fato sistematizada por José Alfredo de Oliveira Baracho, jurista mineiro que se dedicou a fundo ao estudo da *teoria constitucionalista do processo*. Anos mais tarde, a referida teoria recebeu a denominação de *modelo constitucional de processo* por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, expressão essa frequentemente utilizada pelos estudiosos do processo constitucional. Consoante a doutrina de Baracho, “a relação existente entre a Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social”¹⁷.

A Constituição, a partir dessa concepção, impõe que o processo seja considerado um sistema garantidor do exercício dos direitos fundamentais, orientado pela principiologia constitucional do devido processo legal, que abarca em sua estrutura o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, a reserva legal e a fundamentação das decisões¹⁸.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 87.

¹⁷ *Processo constitucional*, p. 122. É de igual importância registrar que o processualista uruguaio Eduardo Juan Couture, no período do segundo pós-guerra, também se dedicou aos estudos das garantias constitucionais do processo, tendo despertado o interesse da doutrina da América Latina e da Europa, influenciando também os textos constitucionais de alguns países, como da Argentina, Uruguai e Colômbia. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 123).

¹⁸ Marcelo Cattoni faz importante registro ao afirmar que, segundo a ordem constitucional brasileira, “não há processo que não deva ser constitucional, e não somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que em nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional”, razão pela qual entende estar ultrapassada qualquer tentativa de estabelecer uma distinção entre Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional, pois o “processo instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional” (*Direito processual constitucional*, p. 207).

Em uma perspectiva que busca avançar em tais estudos, tem-se a *teoria neoinstitucionalista do processo*, proposta por Rosemiro Pereira Leal, que trabalha um novo campo de demarcação teórica e propõe uma revisitação crítica de conteúdos jurídicos que influenciarão os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito¹⁹. Referida teoria acolhe o processo como uma instituição constitucionalizada formada pela conjugação de princípios e institutos jurídicos presentes ou próximos à Constituição. Nesse sentido, a garantia dos direitos insitos ao processo constitucional decorreria de uma conquista histórico-jurídica impassível de retroceder em seus fundamentos pela autoridade do Estado, sob qualquer motivação. Isso quer dizer que a atividade jurídico-procedimental somente admitiria avanços em sua estrutura pela única fonte legítima de poder: a soberania popular.

O fato de grande parte do povo não ter acesso ao conhecimento dos direitos processuais por motivos de exclusão social ou cognitiva não obsta a sua participação nas instituições democráticas, sendo imperioso torná-lo apto, segundo os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática. Essa compreensão conduz à conclusão de que os direitos criados e expressos no Texto Constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado e o livre acesso à jurisdicionalidade devem compor o *processo*, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, razão pela qual são impraticáveis os conceitos dos velhos regimes do Estado de Direito ou Estado Social.

A partir dessas conjecturas, pode-se concluir que o processo é tão importante para o direito que, até mesmo para a constituição de sua Lei Maior, torna-se imperiosa a observância de sua elaboração sob um regime democrático, em que sejam assegurados o debate, a isonomia, a ampla defesa e o contraditório entre os destinatários da norma, vale dizer, o *devido processo legislativo* precede a construção da Constituição de uma República Democrática ou, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, de um “provimento final denominado lei”, sendo esse fruto do império da soberania popular²⁰.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 89. Em obra diversa, mas de idêntica importância para o estudo do processo constitucional, Rosemiro Leal afirma que “ao povo, num Estado democrático de direito, não cabe mobilizar-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar justiça, porque a democracia não se apoia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no indubitado asseguramento, numa proposição constitucional explícita, do devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede discursiva da normatividade procedimental, a fim de buscar uma decisão preparada pelo compartilhamento estrutural de todos os figurantes do processo, segundo o modelo do *due*

PROCESSO CONSTITUCIONAL: O PROCESSO COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO-DISCURSIVO DE LEGITIMAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO

A Constituição brasileira de 1988 abarca uma série de princípios que devem orientar a atuação do Estado no exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional. Ao lado das regras jurídicas, os princípios também são considerados normas jurídicas e gozam da mesma força vinculativa, integrando, portanto, o ordenamento jurídico²¹.

Interessam ao presente estudo os chamados princípios diretivos da função jurisdicional, a saber: a) o *princípio do juízo constitucional* (ou *juízo natural*), previsto no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição, que supõe a existência de um órgão jurisdicional e respectiva competência assentada em lei, não sendo admitido nenhum juízo de exceção; b) o *princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito*, que resulta da conexão de dois princípios constitucionalmente previstos, a democracia e o Estado de Direito, cuja análise é feita com base nos artigos 1º e 60, § 4º, do texto constitucional, sendo importante lembrar que todas as funções do Estado estão vinculadas ao texto previsto em tais normas; c) o *princípio da supremacia da Constituição*, por estabelecer expressamente, em sede constituinte originária, os direitos e garantias fundamentais como propósito para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito; d) o *princípio da reserva legal* (ou *princípio da prevalência da lei*), expressamente previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, por meio do qual ficou estabelecido que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, valendo ressaltar que o termo lei é considerado ordenamento jurídico, compreendendo normas e princípios previstos no ordenamento constitucional e infraconstitucional; e) o *princípio do devido processo constitucional*, que impõe o exercício constitucionalizado da função jurisdicional atrelado ao Estado Democrático de Direito, estando esse princípio alicerçado no devido processo legal, enquanto estrutura normativa que envolve uma série de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que devem ser resguardados aos destinatários dos atos jurisdicionais (o povo), quais sejam: o acesso à jurisdição; a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou em prazo razoável, sem dilações indevidas; o juízo natural; o procedimento desenvolvido em contraditório; a ampla defesa (com todos os meios e recursos a ela inerentes, notadamente o direito à presença de advogado ou de defensor público); a fundamentação das decisões lastreada na reserva legal (precedência da lei ao fato); o direito ao recurso. A integral e irrestrita observância dessa estrutura permitirá a

process of law que é o instrumento da legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da decidibilidade no direito democrático”. O Estado, nessas linhas, deve “ser atuado e legitimado pelo *Devido processo constitucional*” (*Teoria processual da decisão jurídica*, p. 136-137).

²¹ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 105-107.

legitimação das decisões jurisdicionais; f) o *princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais*, expressamente previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, apresentando-se como imperativo que visa afastar o arbítrio nas decisões, manifestado por meio das convicções pessoais, ideologias ou senso inato de justiça do agente público julgador. Ademais, esse princípio apresenta-se como importante meio de controle de constitucionalidade da função jurisdicional (conexão da decisão com o princípio da reserva legal), de análise do conteúdo de racionalidade da decisão e de melhor estruturação dos recursos. No Estado Democrático de Direito, à fundamentação das decisões devem estar subjacente a observância dos princípios do contraditório e da congruência, estando o agente público julgador obrigado a fundamentar a respeito das questões debatidas na fase cognitiva do processo por meio da argumentação das partes; g) o *princípio da eficiência da função jurisdicional*, cuja compreensão não deve apenas repousar sobre os órgãos administrativos ao se extrair uma interpretação literal do artigo 37, *caput*, do texto constitucional. Tal dispositivo, juntamente com a norma do artigo 175, parágrafo único, inciso II, também da Constituição, impõe a eficiência do Estado na prestação de serviços no exercício da função administrativa, legislativa e jurisdicional²².

292

Todo esse aparato principiológico fundamenta a existência do processo constitucional como “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” e a sua inobservância, por certo, acarretará em perda de legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, vale dizer, em dissonância com o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, “o processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas”²³.

No entanto, exame da doutrina nacional demonstra que a herança de Bülow ainda resiste, mesmo com novos contornos na tentativa de aliar o protagonismo,

²² Os princípios diretivos da jurisdição (ou função jurisdicional) no Estado Democrático de Direito encontram-se bem delineados na obra de Ronaldo Brêtas, razão pela qual optou-se, no presente trabalho, por seguir as lições apontadas pelo processualista mineiro, sobretudo em razão de sua longa pesquisa sobre os temas difíceis da principiológica do processo no Estado Democrático de Direito, tendo percorrido obras de juristas de relevo como José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal, Luís Roberto Barroso, Joaquim José Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Simone Goyard-Fabre, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Aroldo Plínio Gonçalves, Humberto Theodoro Júnior e André Cordeiro Leal. (*Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 115-137 e 148-152).

²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 47-48. Ao discorrer sobre a racionalidade procedimental no Estado Democrático de Direito, Marcelo Cattoni aponta que o seu alcance se dá pela observância dos “princípios constitucionais processuais, tais como os do ‘due process’, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juiz natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões judiciais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional”, que estruturam o modelo constitucional do processo. (*Direito processual constitucional*, p. 158-159).

o ativismo ou a discricionariedade judicial com o Estado Democrático de Direito, como é o caso de Eduardo Cambi, para quem em países de modernidade tardia como o Brasil, a função jurisdicional deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais, razão pela qual sustenta que a legitimidade do judiciário para tutelar os direitos fundamentais é convalidada independentemente do sistema eleitoral, vale dizer, “se a Constituição não proíbe ou não ordena algo, ou seja, não traz uma única resposta correta (objetiva) para determinado problema, é porque confiou na discricionariedade dos operadores jurídicos; ou melhor, deixou margens de ação abertas aos legisladores ordinários e aos juízes”. Permite-se, com isso, uma atividade criadora do direito pelo agente público julgador no exercício da função jurisdicional²⁴.

Ademais, as velhas e arcaicas expressões (impregnadas de carga ideológica e sem esclarecimento) ainda tão presentes no sistema processual brasileiro, tais como “proteção estatal”, “interesse público”, “senso de justiça”, “razoabilidade e proporcionalidade”, “escopos metajurídicos”, “prudente arbítrio”, “justa medida”, cujos conteúdos são apenas decifráveis e encaminhados pelo agente público julgador, demonstram que a visão social de Estado ainda resiste firmemente no país, mesmo diante da (plena) vigência de um novo paradigma democrático constitucionalmente previsto.

Para Rosemiro Pereira Leal, com a aceitação irrefletida do ensino de Bülow a Liebman (e deste aos instrumentalistas de hoje) “não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação CONSTITUIÇÃO-PROCESSO a serviço do direito irrestrito à vida jurídica dos povos que sofreram os horrores da colonização escravagista que, de modo ainda mais sofisticado, perdura por um ensino de bases alienígenas – e claro que aqui não se compactua com uma xenofobia emocional – e que se recusa ao exame de validade de suas pretensões científicas ou nem sequer se mostra inclinado a leituras de autores que não reforcem a ‘globalização’ ou comunitarização do conhecimento aos moldes ‘civilizadores’”²⁵.

Os pronunciamentos decisórios refletem a manifestação do poder político do Estado, o qual jamais poderá ser arbitrário, “mas poder constitucionalmente

²⁴ *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 181-182, 271 e 280. Além de afirmar que a Constituição de 1988 atribuiu poderes discricionários aos juízes, o mesmo autor olvidou-se do princípio constitucional da reserva legal ao sustentar que “o positivismo jurídico e o formalismo processual têm dificuldade de resolver os casos difíceis, porque, não havendo uma regra clara, estabelecida de antemão, o juiz teria o poder discricionário de decidir do melhor modo que lhe parecesse. Com isto, o juiz não estaria adstrito a um padrão normativo prévio e, consequentemente, ficaria liberado para a formação do juízo” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 274).

²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira, *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*, p. 289.

organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as assertivas do princípio do Estado Democrático de Direito”. Esse poder, exercido em nome do povo, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, deve ser realizado “sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”. Trata-se, pois, de metodologia normativa que informará, em grau máximo, os processos jurisdicionais, legislativos e administrativos. Nessa ordem, a função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o devido processo constitucional, que é metodologia de garantia de exercício dos direitos fundamentais, enquanto direito fundamental garantido ao povo pela Constituição de 1988, cujos princípios e demais disposições limitarão a manifestação de poder do Estado a ser exercido em nome do próprio povo²⁶. Assim, pode-se concluir que “a jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado ‘à luz da Constituição’, porque é o processo à luz da Constituição”²⁷.

294

Por essas razões, o processo constitucional revela sua importância de legitimação dos atos do Estado não apenas na aplicação do direito pela função jurisdicional, mas, também, no exercício da função administrativa e, de igual modo, no ato produção legislativa. Isso porque o processo “é visto como médium da racionalidade discursiva dos direitos fundamentais garantidos por meio de um espaço-político procedimentalizado aberto a todos” e, por certo, na limitação do poder do próprio Estado, que deve obediência rigorosa ao devido processo. O processo, portanto, é “a própria fonte legitimadora do espaço discursivo de positivação e atuação do direito”²⁸.

Portanto, o processo constitucional é uma conquista teórico-científica que, para sua concretização, suplica uma série de revisitações das concepções teóricas que ainda encontram-se embrenhadas do instrumentalismo processual e dissonantes com o direito democrático. Não compreender que “o Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” impede o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, do próprio processo enquanto garantia de exercício democrático-discursivo dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos desenvolvidos, pôde-se observar que o processo constitucional encampado pela Constituição brasileira de 1988 representa um importante

²⁶ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 35-39.

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 53.

²⁸ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*, p. 76-77.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 118.

avanço para o controle e legitimação dos atos do Estado no exercício de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Com efeito, os ganhos teóricos na esfera do processo resultaram da evolução do constitucionalismo ocorrida nos últimos séculos tendente a valorizar os direitos e garantias fundamentais.

Buscou-se demonstrar que a constitucionalização do processo está diretamente ligada à constitucionalização do próprio direito, como imperativo de produção, interpretação e aplicação das normas (regras e princípios), sempre tendente a viabilizar o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição. E, pelo retrospecto das principais teorias do processo, percebeu-se que a teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Bülow, embora idealizada em 1868, ainda resiste firmemente no Brasil, não obstante algumas divergências, por força da Escola Instrumentalista do Processo, cujos adeptos se recusam a uma abertura científica às novas perspectivas teóricas dedicadas ao estudo da relação (inseparável) entre Constituição e processo.

Com base em estudos desconectados das teorias do processo não comprometidas com o processo constitucional, pôde-se compreender que, a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação racional dos pronunciamentos decisórios jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (princípio da reserva legal) para a construção do ato decisório final, ainda com base no direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos no procedimento processualizado (dialeiticidade processual). O processo é, portanto, o espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito.

Trata-se de uma concepção essencialmente extraída do Estado Democrático de Direito de inexorável observância no exercício das atividades do Estado, visto que são exercidas em nome do povo, o qual, via de consequência, deve possuir um instrumento de legitimação, fiscalização e controle de tais atos, instrumento este que, nos termos ora apresentados, implementar-se-á pelo processo constitucional enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Portanto, torna-se necessário romper definitivamente com as ideias (ou ideais) ultrapassadas que permanecem arraigadas na doutrina processual brasileira, em evidente desconsideração (por razões estratégicas, por ignorância teórico-jurídica ou pela falta de compromisso com a crítica científica) ao paradigma democrático-constitucional definido pelo povo em 1988.

REFERÊNCIAS

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

296

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

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

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

Data de envio: 20/06/2015

Data de aprovação: 27/07/2015