

O Processo Constitucional como Metodologia de Garantia dos Direitos Fundamentais

Autore: Joao Porto Silverio Junior

In: Diritto civile e commerciale

Sumário

Resumo

Abstract

Introdução

1. O Direito Político

2. O Estado Democrático de Direito

3. Noções de Teoria da Constituição

3.1 Hermenêutica da Constituição

3.2 Normas constitucionais

3.2.1 Princípios e regras

4. Natureza do Processo Constitucional

4.1. O Modelo Constitucional de Processo

5. Noções de Direitos Fundamentais

5.1. Proteção e eficácia dos direitos fundamentais

5.2. O Processo Constitucional como Metodologia de Garantia dos Direitos Fundamentais

Conclusão

Resumo

O presente estudo faz uma reflexão acerca do papel do processo constitucional no Estado Democrático de Direito de 1988, numa perspectiva do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari, com apoio na teoria do discurso do direito de Jürgen Habermas e na concepção do modelo constitucional de

processo de Andolina e Vignera. Apropriando-se dos marcos teóricos referidos e, em especial, pela visão de José Alfredo de Oliveira Baracho, foi possível visitar institutos como ação, jurisdição e processo, notadamente porque são as bases da compreensão do processo como uma verdadeira metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Para uma estruturação adequada de tais institutos, buscou-se apresentar as noções de direito político, Estado Democrático de Direito e de Teoria da Constituição. A partir da noção de um esquema geral de processo, instituidor de uma base principiológica uníssona, verificou-se que a fundamentação, a técnica, os institutos afins e as formas do processo constitucional evidenciam que sua teorização e prática decorrente são o combustível para o maquinário democrático. Assim, pela interseção dos vários mecanismos relacionados com a efetivação dos direitos fundamentais, restou clarividente que o processo constitucional não é um mero direito instrumental posto à disposição dos indivíduos, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito político. Constituição. Poder. Processo. Ação. Jurisdição. Direitos fundamentais. Garantias fundamentais. Modelo constitucional de processo. Estado Democrático de Direito. Metodologia de garantia.

Abstract

The present study is a reflection upon the role of the constitutional process in the Democratic State of Law in 1988, with a view of the process as a procedure in contradictory Fazzalari, supporting the theory of speech right of Jürgen Habermas and the design of the model of constitutional process from Andolina and Vignera. Appropriating the theoretical and referred in particular to the vision of José Alfredo de Oliveira Baracho it was possible to revisit institutes such as action, jurisdiction and procedure, especially because they are the basis for understanding the process as a true methodology for guaranteeing fundamental rights. For an appropriate structuring of such institutes, aimed to present the notions of political right, the Democratic State of Law and Constitutional Theory. From the notion of a general scheme for the process, basic principles, a founder of one accord, it was found that the rationale, the technical institutes and related forms of the constitutional process show that its theory and practice are due to the fuel for machinery democratic. Thus, by the intersection of several mechanisms related to the enforcement of fundamental rights, remained clairvoyant that the constitutional process is not merely a right instrumental

made available to individuals, but a methodology to guarantee fundamental rights.

Key-words: Right politician. Constitution. Power. Process. Action Jurisdiction. Fundamental rights. Guarantees. Model of constitutional process. Democratic State of Law. Assurance methodology.

Introdução

A sociedade pós-moderna é marcada pela intersubjetividade e, por se apresentar como complexa e plural, é imperioso que haja uma estrutura dialógica a possibilitar a integração social. O Estado Democrático de Direito se apresenta como um projeto que, em constante construção, procura legitimar o poder estatal e viabilizar, através do direito, a pretensão de integralidade social. É através do discurso do direito de Jürgen Habermas que o projeto democrático se apresenta como viável, já que os destinatários (cidadãos no sentido mais amplo) das normas jurídicas devem ser os protagonistas de sua criação (Kreislauf - ciclo de legitimação).

Como concretizar essa estrutura de legitimação, caracterizada pela interseção da autonomia privada com a autonomia pública, é o grande desafio da atualidade e o processo constitucional se apresenta como um instituto democratizante que viabiliza a participação dos afetados na construção dos provimentos estatais nos moldes concebidos por Fazzalari. A implementação do processo constitucional a fim de possibilitar a participação consciente dos afetados nas esferas de decisão estatal pressupõe a análise de institutos como a ação, o processo e a jurisdição. O estudo de tais institutos é de singular importância sob o paradigma do Estado Democrático de Direito exatamente porque a interseção deles cria o que José Alfredo de Oliveira Baracho denominou de “metodologia de garantia dos direitos fundamentais”.

Para alcançar o objetivo de desvendar o que seja essa metodologia, a presente pesquisa foi dividida em

cinco partes. Na três primeiras partes, foram apresentadas as noções sobre direito político, Estado Democrático de Direito e Teoria da Constituição, abordando hermenêutica da Constituição, normas constitucionais e a diferenciação entre princípios e regras. Na quarta parte abordou-se o modelo constitucional de processo e a sua natureza. Na última parte buscou-se estabelecer noções sobre direitos fundamentais. Tratou-se, também, da proteção e eficácia dos direitos fundamentais a fim de que se pudesse identificar o processo constitucional como metodologia de garantia dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito.

1. O Direito Político

Um estudo acerca da teoria da Constituição pressupõe uma noção de Ciência Política, já que os laços que prendem tal ciência ao Direito Constitucional são estreitíssimos. Paulo Bonavides esclarece que, já no Século XX na França, a Ciência Política, antes de adquirir o status de disciplina autônoma, era absorvida quase na sua totalidade pelo Direito Constitucional.¹ É tão íntima a ligação entre o Direito Constitucional e o Direito Político que vários estudiosos da política são constitucionalistas. Daí porque não se admitir qualquer incursão acerca da teoria da Constituição sem antes estabelecer uma noção sobre Direito Político.

Para tornar compreensível o que seja Direito Político é imprescindível o entendimento da relação política, ou seja, aquilo que estabelece a relação entre governantes e governados. A questão do poder surge como o elo de ligação a cimentar tal relação política. Norberto Bobbio esclarece que

A relação política por excelência é a relação entre governantes e governados, entre quem tem o poder de obrigar com suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões. Ora, essa relação pode ser considerada do ângulo dos governantes ou do ângulo dos governados. No curso do pensamento político, predominou durante séculos o primeiro ângulo. E o primeiro ângulo é o dos

governantes. O objetivo da política foi sempre o governo, o bom governo ou o mau governo, ou como se conquista o poder e como ele é exercido, quais são as funções dos magistrados, quais são os poderes atribuídos ao governo e como se distinguem e interagem entre si, como se fazem as leis e como se faz para que sejam respeitadas.²

Essa relação entre governantes e governados conduz à necessidade de se estabelecer a noção de sociedade e Estado. Não se pretende aqui traçar uma evolução histórica acerca das noções de sociedade e Estado, por constituir um desvio de foco do presente estudo. Contudo, é imperioso mencionar ao menos as “colorações” apontadas pela doutrina de Paulo Bonavides, para quem

O conceito de Sociedade tomou sucessivamente três colorações no curso de sua caminhada histórica. Foi primeiro jurídico (privatista e publicístico) com Rousseau, conforme vimos; depois econômico, com Ferguson, Smith, Saint-Simon e Marx, e enfim, sociológico, desde Comte, Spencer e Toennies.³

Para a compreensão deste estudo, é importante vislumbrar a sociedade na pós-modernidade, ou seja, após a Segunda Grande Guerra Mundial, notadamente com o reconhecimento da intersubjetividade e do surgimento do Estado Democrático de Direito. A sociedade atual pode existir tanto em oposição ao Estado como sob sua organização e que, segundo Bobbio, se constitui no “conjunto de relações humanas intersubjetivas, anteriores, exteriores e contrárias ao Estado ou sujeita a este”.⁴

Na visão de Brêtas, a sociedade seria “um sistema de relações de poder, de caráter variado, já que fundidas no poder político, social, econômico, religioso, moral ou cultural”.⁵ Tais relações de poder, logicamente se existentes entre governantes e governados, se corporifica numa organização complexa denominada de Estado. A forma pela qual o exercício do poder se dá nessa organização complexa conhecida como Estado é o objeto do Direito Político e é exatamente o que possibilita a concretização do projeto de Estado Democrático de Direito, ou seja, como garantir as liberdades fundamentais do povo como titular e destinatário do poder.

A preocupação com o domínio do poder teve sistematização marcada com a Revolução Francesa, no Século XVIII, quando foi elaborado um verdadeiro catálogo dos direitos naturais do indivíduo. A partir daí, surge um movimento a favor de uma Constituição que estabelecesse como, por quem e em que limites o poder seria exercido. É a Constituição, portanto o centro de estudo do Direito Constitucional a ensejar uma atividade de crítica e interpretação desse sistema de normas.

2. O Estado Democrático de Direito

A Declaração de 26 de agosto de 1789 foi o passo primeiro para a consagração dos denominados direitos naturais do homem e do cidadão. Segundo explicação de Canotilho, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão era, a um só tempo, uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição”, notadamente porque previa diretrizes para a elaboração da Constituição francesa de 1791 e porque precedera propriamente à referida Constituição⁶. Emmanuel Joseph Sieyès deu a receita para a eclosão do poder constituinte, ou seja o poder de criar um Estado, no qual não haveria diferenças, ideal a ser consagrado somente com o respeito à Constituição. Segundo Sieyès,

Em toda nação livre - e toda nação deve ser livre - só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem o direito de fazê-la.⁷

O Estado então deveria ser regido por normas, e a Constituição, como norma hierarquicamente superior, seria o corolário do Estado de Direito. Importante dizer que, segundo comenta Canotilho, sob o enfoque do constitucionalismo francês, a “limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei”.⁸ Um Estado legal, portanto, e não constitucional como se esperaria.

Mas a ideia de Estado de Direito (Rechtsstaat) foi construção basicamente alemã e se contrapunha ao Estado de Polícia (Polizeistaat) reinante durante o Século XVIII quando da expansão do absolutismo monárquico. A idéia de um Estado policial tinha em conta a desconsideração dos limites jurídicos da atuação do monarca na persecução de ideais de vida boa para seus súditos. A criação de cátedras de “polícia” em universidades da Prússia em 1727 e da Áustria em 1752 revelava a tendência em se instituir órgãos de polícia como os intendentés. A Polizeiwissenschaft (ciência policial) ampliava o campo de atuação e veiculava um programa de racionalização e disciplina da vida social e econômica. Cada vez mais o soberano desejava controlar a vida social através da polícia, sendo que atividades consideradas nocivas começaram a ser disciplinadas em nome da ordem.

A fase de ouro do Estado Policial começou a sofrer um golpe, principalmente na França, Áustria e Prússia, ao que ampliavam as resistências dos particulares em relação à interferência cada vez mais incisiva do Soberano. Na França essa situação fez com que se acelerasse o processo da revolução. Na Alemanha a literatura jurídica tratou de dar sobrevida à idéia de uma polícia do Estado responsável pelo agir subsidiariamente a fim de atingir as finalidades vitais da vida em sociedade. Contudo, a atividade de polícia deveria ser conciliada com a ordenação do exercício do poder pelo Estado de Direito. Tentando conciliar estas duas forças indispensáveis ao funcionamento do Estado, Robert von Mohl desenvolveu um brilhante estudo acerca da imprescindibilidade da ciência policial para se atingir a felicidade e o aperfeiçoamento individuais, em sintonia com o que denominou de Rechtsstaat (Estado de Direito).⁹

Mas a estruturação do Estado em Estado de Direito não foi suficiente para cumprir a missão de controle do poder político. Uma prova disso foi a tragédia do Holocausto que somente pôde ser concretizada porque acreditava-se na legitimidade de um poder baseada somente no positivismo jurídico. Após a Segunda Grande Guerra um movimento denominado Neo-constitucionalismo vez desaguar a necessidade de legitimação do poder pelo próprio povo, uma “ordem de domínio legitimada pelo povo.”¹⁰ Conforme conclui Canotilho, “o princípio da soberania popular e, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos.’”¹¹ Conforme acrescenta Brêtas,

a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo poder emana do povo.¹²

O Estado Democrático de Direito surge com a característica de ter o poder democraticamente legitimado. Conforme ensina Brunkhorst,

a prestação do Estado Democrático de Direito, simultaneamente normativa e funcional, consistiu na exclusão da desigualdade - na exclusão de direitos desiguais e da desigualdade insuportável em todas as três dimensões de direitos fundamentais da liberdade de residência, da participação política e da igualdade social de oportunidades.¹³

Assim, com Cattoni de Oliveira, “é preciso levar a sério a Constituição de 1988 e sua legitimidade, colocamos, mais uma vez, o desafio diário de fazermos do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito uma conquista da cidadania.”¹⁴ É por tal razão que o estudo sobre a teoria da Constituição é condição primordial para a compreensão do papel do processo constitucional. Na sequência, serão apresentadas algumas noções sobre a Teoria da Constituição.

3. Noções de Teoria da Constituição

A compreensão de que a Constituição é o centro de toda a potencialidade normativa¹⁵ tem raiz em Kelsen, para quem

a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um acto de um ou vários indivíduos a tal fim dirigido, isto é, através de um acto legislativo.¹⁶

A pretensão de validade (Geltungsanspruch) de uma Constituição depende do seu grau de concretização na realidade social, mas não depende das condições de sua realização. A Constituição não se apresenta apenas como um ser, mas principalmente como um dever ser. Segundo Konrad Hesse,

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e económicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹⁷

Em virtude da busca da Constituição por instrumentos que lhe garantam a supremacia, surgem mecanismos que visam dar-lhe força, sobretudo em relação à eficácia dos direitos fundamentais. Os sistemas de controle de constitucionalidade e os rígidos procedimentos de reforma constitucional, aliado à previsão de cláusulas pétreas reforçam a ideia de tutela da ordem jurídica amparada no texto da Constituição. Essa sistematização da ordem jurídica, pela enumeração de uma carta de direitos e de uma disciplina forte do exercício do poder, gera uma certa desconfiança na prática política, em relação às modificações que a Constituição proclama.¹⁸ É nesse cenário que o método do Direito Constitucional ganha importância, já que se preocupa com a concretização constitucional. A metódica jurídica do Direito Constitucional deve se interessar pela normatividade específica da Constituição e pela conscientização dos operadores jurídicos acerca da “fundamentalidade, da defensabilidade e da admissibilidade das suas formas de trabalho.”¹⁹

A metódica jurídica do Direito Constitucional tem aqui o significado de interpretação, de hermenêutica. A fim de compreender tal metódica, cumpre verificar os princípios norteadores da concretização constitucional e reveladores de uma hermenêutica da Constituição.

3.1. Hermenêutica da Constituição

A hermenêutica se constitui como “a arte de interpretar o sentido das palavras dos outros” ou “a interpretação das fontes do direito.”²⁰ A interpretação constitui uma manifestação do conhecimento, já que busca desvendar o que seja o significado das palavras e textos, notadamente jurídicos. Segundo Peter Häberle,

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch mit). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.²¹

Inobstante a possibilidade de todos os indivíduos interpretarem a Constituição Brasileira, já que se trata de uma “sociedade aberta de intérpretes” (Häberle), o presente estudo tratará da metodologia de interpretação da Constituição levando-se em conta os intérpretes aplicadores jurídicos, notadamente o Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição no Brasil - e os demais órgãos responsáveis pela concretização constitucional.

Interpretar a Constituição requer certos cuidados que a distingue da interpretação das demais normas. Conforme esclarece Luís Roberto Barroso,

A interpretação constitucional serve-se de alguns princípios próprios e apresenta especificidades e complexidades que lhe são inerentes. Mas isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Nem poderia ser diferente, à vista dos princípios da unidade da ordem jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação. Ademais existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição.²²

A hermenêutica constitucional deve sempre levar em conta o fato de ser “a Constituição não uma lei qualquer, mas aquela que ocupa o ápice da pirâmide normativa, conferindo validade a todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.”²³

A forma de interpretação constitucional não pode produzir decisões judiciais díspares, ao que Lenio Luiz Streck, denomina de “verdadeiro estado de natureza hermenêutico”, ao que referido autor propõe como segurança jurídica que cada cidadão tenha direito a uma resposta correta, ou seja, adequada à Constituição.²⁴

Compreender o que sejam normas constitucionais é primordial para a sua correta interpretação. É o que se propõe em seguida.

3.2. Normas Constitucionais

As normas constitucionais, embora sejam normas, devem ser compreendidas de um ângulo diverso das demais categorias de atos normativos. Certas características as colocam num patamar diverso e que

reclama um tratamento singular, notadamente porque apresentam peculiaridades de quatro ordens: seu caráter hierárquico de superioridade; o seu conteúdo; o seu fundo político; e a natureza da linguagem constitucional.²⁵ Pela superioridade da norma constitucional é possível estabelecer-se um sistema de controle dos atos normativos que com ela esteja em desarmonia. Tal supremacia é garantida, no sistema brasileiro, pelos controles de constitucionalidade concentrado e difuso, manifestações inequívocas do processo constitucional.

As normas constitucionais contêm conteúdo diversificado, já que algumas estabelecem modelos de conduta, prescrevendo comportamentos e derivando direitos e obrigações, ao mesmo tempo em que outras estabelecem cânones de organização do Estado. Pelo conteúdo também as normas constitucionais podem ser do tipo programáticas, ou seja, prevêm um programa com carga axiológica e social a ser efetivado através de ações do Estado e da sociedade.

No que se refere ao fundo político das normas constitucionais, vale dizer que a essência da Constituição é exatamente a disciplina jurídica do poder. Por certo “a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico.”²⁶ Mas é bom acrescentar que a interpretação da Constituição, muito embora esta carregue forte carga política, deve ser uma tarefa marcadamente jurídica.

Quanto à linguagem constitucional, como norma que é, a Constituição estabelece um conjunto de normas jurídicas representadas por regras e princípios, o que garante certa abertura pela dialogicidade do seu texto. Segundo Canotilho,

o sistema jurídico do Estado de direito português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de ‘decodificação’: sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’.²⁷

Tal afirmação é perfeitamente aplicável ao sistema jurídico brasileiro de 1988 por tratar-se o Brasil de um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição foi elaborada com inspiração na Constituição portuguesa de 1976.

3.2.1. Princípios e Regras

Compreender a Constituição como um “sistema dinâmico de normas” e um “sistema de regras e princípios”²⁸ é primordial para a compreensão dos princípios como núcleo estruturante do sistema jurídico-constitucional, já que os princípios são espécies de normas que contêm um grau de abstração de certo modo elevado, ao passo que as regras possuem baixa abstração. O caráter de fundamentalidade dos princípios no ordenamento jurídico pressupõe um lugar especial de fonte hierárquica e de estruturação do sistema jurídico. Conforme explica Canotilho, vários são os critérios de distinção entre regras e princípios, para quem “os princípios são fundamento de regras, isso é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”²⁹

Essa função normogenética fundamentante possibilita concluir que os princípios são o alicerce e configuram o que Brêtas denominou de “proposições que configuram a revelação, a interpretação, a aplicação e a fundamentação do direito.”³⁰ Os princípios são, portanto, a base de inspiração dos aplicadores do direito.

Isso significa dizer que, conforme sintetiza Humberto Ávila,

(a) ler a Constituição Federal, com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; (b) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; (c) tentar diminuir a

vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio.³¹

Uma diferenciação entre regras e princípios é a condição primeira para a compreensão do papel dos princípios na ordem Constitucional, notadamente porque a referida distinção autoriza concluir que, frequentemente, as normas que expressam direitos fundamentais são classificadas como princípios fundamentais. Robert Alexy, argumentando que são possíveis três teses para explicar a diferença entre princípios, filia-se àquela que estabelece como critério diferenciador a qualidade da norma em análise, quer se trate de regra ou de princípios. Alexy sugere que,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.³²

A ideia que se apropria de Robert Alexy diz respeito ao caráter normativo dos princípios e não a sua construção segundo a qual os princípios são mandados de otimização (Optimierungsgebote). A natureza admitida por Alexy aos princípios como normas fundamentais do ordenamento jurídico é de interesse na identificação do caráter de norma-princípio atribuído ao Estado Democrático de Direito. Conforme ensina Brêtas, “os princípios do direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico.”³³ É exatamente no marco da democracia que o processo constitucional se afigura como a pedra chave da articulação entre a autonomia pública e a autonomia privada. Visando entender o papel articulador do processo constitucional, é primordial descortinar qual seja a sua natureza jurídica.

4. Natureza do Processo Constitucional

Conforme preleciona Oskar von Bülow no prefácio da sua “Die Lehre von den Processeinreden un die Processvoraussetzungen”, por volta de 1868, a ciência processual ainda tinha um longo caminho a ser percorrido a fim de alcançar o progresso obtido em outros ramos do direito. Professava o estímulo à investigação dogmática livre. Falava numa penumbra na qual as mais salutares ideias acerca da ciência processual ainda estariam obscurecidas por inadequadas construções conceituais. A grande preocupação de Bülow, relativamente às conceituações inadequadas, foi materializada exatamente no bojo da obra mencionada, notadamente naquilo que se refere à separação entre o suposto de fato da relação jurídica material em litígio (Tatbestand) e o suposto de fato da relação processual. Segundo Bülow,

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e os deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica. [...]

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo.

34

Na doutrina tradicional brasileira, autores como Helio Tornaghi, Cintra, Dinamarco & Grinover, dentre outros, definem o processo como o instrumento da jurisdição, vislumbrando escopos metajurídicos. Tal concepção instrumentalista tem enfoque na relação jurídica que se realiza entre o autor, o Estado-juiz e o réu. Segundo ensinou Helio Tornaghi,

Especialmente no que respeita ao processo penal, ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas,

as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas em que se veem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um.³⁵

Conforme as ideias de Bülow, apropriadas por Cintra, Grinover e Dinamarco,

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das **relações dos sujeitos processuais**, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste - sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas. (grifo) [...]

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social.³⁶

A visão de tal corrente doutrinária, que enxerga no processo escopos metajurídicos (escopos sociais, políticos e jurídicos), tem assento maior, a nível nacional, nos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, para quem

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. [...] O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, [...] Não é casual o recente surgimento da ideia de um escopo metajurídico da jurisdição, geralmente localizado na paz social.³⁷

Essa doutrina não encontra harmonia com o atual modelo de Estado Democrático de Direito, mais se aproximando de um modelo de Estado Social intervencionista, no qual o juiz desempenha papel de consolidador de uma política social não realizada pelos órgãos de execução, notadamente, pela inércia da prestação da função executiva.³⁸ A crítica que se faz à doutrina da relação jurídica processual e da

instrumentalidade do processo com escopos metajurídicos se baseia também no núcleo da diferenciação, que tal doutrina estabelece, entre a relação jurídico-material e a defendida relação processual, que teria pressupostos ou condições de existência específicas quanto ao objeto e aos sujeitos (pressupostos processuais - na visão de tais autores).

Estabelece-se, assim, uma distinção entre processo e procedimento com fundamento num critério teleológico. O processo seria o instrumento da jurisdição a alcançar escopos metajurídicos e o procedimento seria apenas uma sequência de atos que se sucedem, um rito, uma forma através da qual o processo se exterioriza.

Pensar que no processo há uma relação jurídica, na qual se pressupõe uma subordinação de alguém ao interesse de outro é imaginar que, numa democracia, uma pessoa tem o poder de subjugar a outra. Melhor e mais adequada ao complexo de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados e que exibem o perfil de Estado de Direito Democrático, é a perspectiva da concepção de processo e procedimento de Elio Fazzalari, para quem

o processo é um procedimento no qual participam (estão habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o tão final está destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obstruir a atividade deles. [...] De resto, ninguém considera que a participação do particular consistente no pedido de licença de caça, e aquela do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária qualquer coisa a mais e diversa; qualquer coisa que a observação dos arquétipos do processo nos consente observar. E é a estrutura dialética do procedimento, isto é, exatamente o contraditório.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final à fase preparatória do mesmo; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das atividades deles (direcionada, respectivamente, a promover e a impedir a emanação do provimento).³⁹ (tradução livre).

Empresta apoio à concepção de processo assumida neste trabalho a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas, segundo o qual,

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.⁴⁰

A noção de processo e procedimento alinhadas com os marcos teóricos de Elio Fazzalari e Jürgen Habermas, aqui apropriados, conduz ao entendimento de que o processo é uma categoria da Teoria Geral do Direito e procedimento nada mais é senão uma atividade que serve para preparar, para construir provimentos estatais. Seguindo o magistério de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

Provimentos estatais são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo do procedimento que os prepara.⁴¹

A diferenciação entre processo e procedimento, segundo o marco fazzalariano, se resume num critério de inclusão, no qual o processo é espécie de procedimento que se realiza em contraditório, com isonomia de tratamento das partes e com possibilidade de ampla argumentação.

É de Aroldo Plínio Gonçalves a explicação do que seja a diferença entre processo e procedimento, para quem,

O processo começará a se caracterizar com uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas.⁴²

É digna de menção a “teoria neo-institucionalista do processo” desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, que considera o processo como uma instituição constitucional no sentido do conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos unidos sob o mandamento constitucional. Para referido autor,

uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo eu os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade.⁴³

Na esteira da “teoria neo-institucionalista”, propõe-se uma teoria da Constituição oriunda de um espaço procedimentalizado no qual o “povo total” da comunidade política, em virtude do direito de ação e ao procedimento, é a razão da existência dos princípios e regras de criação, modificação e aplicabilidade de direitos⁴⁴. Assim, como todo provimento, numa democracia, deve ser construído com a participação dos afetados em simétrica paridade, a única forma de se garantir que uma lei produza efeitos, já que construída segundo um processo constitucional legislativo baseado numa participação representativa (presumidamente consensual, pelo voto da maioria), é garantindo que “o povo total” (aquele legitimado a exercer o direito de ação ou direito ao processo) possa, no caso concreto, participar em simétrica paridade de tratamento e construir o provimento final. Segundo Leal, “o ‘legitimado ao processo’ no paradigma do Estado brasileiro é o que tem acesso (pro-acesso-processo), por um direito fundante do seu

próprio sujeito, à fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja auto-includente, como parceiro (parte), de um sistema normativo.”⁴⁵

Daí porque se considera que, numa democracia, o exercício do poder deva ser disciplinado por meio do que se convencionou chamar-se processo. O processo então é um procedimento discursivo e participativo que assegura a construção de um provimento final, quer seja jurisdicional, legislativo ou administrativo. As regras acerca da construção de um provimento, seja jurisdicional, legislativo ou administrativo, estão estampadas na Constituição e podem ser extraídas de uma base principiológica uníssona (Andolina e Vignera), ou de um sistema de direitos (Jürgen Habermas). Sob essa concepção será complicado vislumbrar um processo que não seja constitucional, já que todo processo está estruturado segundo comandos principiológicos uníssonos. Daí porque todo processo, concebido como um canal discursivo-lógico-argumentativo, é processo constitucional. A estruturação desse mecanismo recebeu a denominação de “modelo constitucional de processo”, cuja apresentação será feita na sequência.

4.1. O Modelo Constitucional de Processo

Falar de um modelo constitucional de processo requer fazer menção ao surgimento do que se tornou conhecido como o devido processo legal. A ideia de um due process foi expressão cunhada na Magna Carta Libertatum em 1215 e foi obra inglesa num momento do feudalismo, no qual o uso e costumes de cada região e de cada feudo era tratado como um privilégio dos senhores feudais. O conteúdo do due process of law significava uma espécie de garantia dos privilégios (liberdades) de cada pessoa, segundo os quais tal pessoa deveria ser julgada por seus pares em nível de privilégios (liberdades) e costumes da lei da terra, ou seja, da lei da região do feudo. De verdade se tratava de uma regra de tratamento (julgamento) garantida às pessoas em igualdade de condições. Tal garantia de devido processo tem outra conotação em relação ao nosso devido processo legal que é direito fundamental cravado nas modernas Constituições.

Importante dizer que há também diferenciação entre o tipo de garantia do devido processo legal caso se trate de um sistema de Common Law ou de Civil Law. Naquele, a regra legal depende do pronunciamento judicial e o processo nada mais é que instrumento de uma jurisdição que disciplina uma relação jurídica entre partes. Neste, a regra legal parte do comando da lei e o juiz, através da hermenêutica, e da participação dos interessados e que serão afetados pelo provimento final, aplica a regra fundamentadamente. Assim, segundo André Del Negri,

o Due Process no sistema de Civil Law é fonte de garantias constitucionais democráticas, o que faz mudar o enfoque do instituto arraigado no período da Magna Carta que apregoava a Lei do Due Process sob as prescrições morais dos juízes, distante, portanto, da lei democraticamente produzida.[...] É sob essa perspectiva que se apresenta a questão sobre o Devido Processo Legal que, como visto, não deve guardar igual relação com o Due Process of Law da Magna Carta, haja vista que o Devido Processo Legal no Direito Democrático é um instituto (constitucionalizado democraticamente) e devido que, dentre as proposições que têm significado demarcado cientificamente, pode ser entendido como um espaço jurídico assegurado e garantido em lei constitucional, na qual se encontram as garantias fundamentais que norteiam o modo de proceder da Administração, do Judiciário e do Legislativo na aplicação, construção, reconstrução e extinção do direito.⁴⁶

Por tal motivo, os estudos sobre o processo constitucional têm como ponto de partida a análise da noção, extensão e alcance das denominadas garantias constitucionais. A partir da ideia de que a Constituição necessita de um sistema de garantias para que os direitos ali enunciados sejam efetivamente concretizados, pressupõe-se então a previsão de um processo que viabilize o acesso a tais direitos pela pessoa humana.⁴⁷ Salientando que, inobstante a crítica feita por Lenio Luiz Streck acerca da sustentabilidade de teses processuais-procedimentais em países como o Brasil (de modernidade tardia),⁴⁸ a perspectiva tomada neste estudo acerca do marco do Estado Democrático de Direito, com a apropriação da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas e da concepção fazzalariana de processo como procedimento em contraditório no qual as partes participam em simétrica paridade da construção do provimento final, reafirma a importância do processo como garantia constitucional, notadamente levando-se em conta os princípios constitucionais previstos pela Constituição Brasileira de 1988.

É exatamente a conjugação desses marcos teóricos que possibilita abandonar a tradicional teoria geral do processo, alicerçada numa ideia centrada somente no processo jurisdicional, na relação jurídica processual e na instrumentalidade do processo, para, a partir de uma noção de processo como garantia, admitir-se um “modelo constitucional de processo”. Conforme preleciona Flaviane de Magalhães Barros,

Neste contexto, à compreensão de processo como garantia pode-se agregar a noção de modelo constitucional de processo, que teve uma proposição inicial feita para o processo civil italiano por Andolina e Vignera (1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo e para a construção de uma teoria geral do processo, que supere sua vinculação estrita aos institutos da Jurisdição, Ação e Processo e se constitua sob uma base constitucional fundada nos princípios do processo.⁴⁹

Segundo descreve Andolina e Vignera, “as normas e os princípios constitucionais resguardantes do exercício da função jurisdicional, se considerados na complexidade deles, consentem ao intérprete desenhar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.”⁵⁰

Conforme preconcebido por Andolina e Vignera,⁵¹ esse processo constitucional que se estrutura num verdadeiro “modelo constitucional de processo” nada mais é que um esquema geral de processo constituído por princípios base que possuem características capazes de fazer com que tal “modelo” seja expansivo, variável e perfectível. Pelo caráter da expansividade entende-se a capacidade da norma processual se expandir a microssistemas. Pela variabilidade, compreende-se a idoneidade de especialização da norma processual a fim de abarcar formas diferentes em respeito a características próprias de cada microssistema (por exemplo o processo penal). Por fim, a perfectibilidade pressupõe a capacidade do esquema geral se atualizar e aperfeiçoar, criando e definindo novos institutos por meio da legislação infraconstitucional (modelo constitucional de processo legislativo).⁵²

Isso significa dizer que a tarefa do intérprete do modelo constitucional de processo não se limita à leitura

dos princípios base que dão a característica de unidade do sistema de direitos, mas necessita avançar no conhecimento das características próprias de cada microsistema, de cada tipologia de processo. Em outras palavras, em virtude do caráter da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, o hermeneuta processual deve investigar também sub-princípios criados através do processo constitucional legislativo (leis infraconstitucionais) e que dão o contorno de cada processo, como é o caso do processo penal, do processo administrativo e do processo trabalhista.

Num modelo constitucional de processo, há princípios base que estruturam o sistema de direitos a possibilitar a adoção de uma teoria geral do processo aplicável aos mais variados microsistemas processuais. É assim que a Constituição Brasileira de 1988 prevê alguns princípios que formam a base principiológica única, podendo destacar-se os seguintes princípios: princípio do contraditório; princípio da ampla defesa; princípio da isonomia; princípio do juízo natural; princípio da publicidade; princípio do devido processo; princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos; princípio do acesso ao direito (jurisdição); princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais; princípio do duplo grau de jurisdição; princípio da celeridade e da razoável duração do processo. Inobstante tal posicionamento aqui assumido acerca da classificação dos princípios constitucionais fundantes do modelo constitucional de processo, entende Rosemiro Pereira Leal⁵³ que mais correto seria classificar os princípios constitucionais como institutivos do processo, princípios informativos do processo e requisitos da jurisdição.

A legitimação do poder pelo povo, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, apropriando-se da Teoria do Discurso do Direito, segundo a qual os destinatários dos provimentos devem ser os seus autores, constitui a ideia central da sistemática do processo constitucional. Assim, todos os provimentos estatais, para serem legítimos, devem obedecer a uma “disciplina constitucional principiológica” (devido processo constitucional) por meio da garantia fundamental de uma “estrutura normativa metodológica” (devido processo legal),⁵⁴ aqui incluídas as decisões emanadas da função jurisdicional, os atos normativos frutos da função legislativa, e as decisões disciplinares e atos administrativos oriundos do exercício da função executiva. Assim é possível falar-se num devido processo judicial, num devido processo legislativo e num devido processo administrativo, todos como desdobramentos da metodologia de garantia de direitos fundamentais. O que se compreende por direitos fundamentais é pressuposto para a aceitação desta

metodologia.

5. Noção de Direitos Fundamentais

Uma indagação que pode parecer, a princípio, fácil de ser respondida é exatamente aquela que diz respeito ao que sejam os direitos fundamentais. Alguns diriam que direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidamente caros para o homem sem os quais a essência humana perderia sentido. Outros afirmariam que direitos fundamentais são aqueles que expressam a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a vida. Mas tais respostas apenas significariam uma definição exemplificativa que tem a pretensão de esgotar o sentido dado a determinada coisa, carregando o vício de não conseguir exprimir todo o alcance do termo. Por isso, é sempre um problema tentar definir algo, principalmente quando se toma como critério a denotação. Assim, conforme afirma Marcelo Campos Galuppo,

O problema de uma definição meramente denotativa dos Direitos Fundamentais é que ela esbarra na necessidade de termos de conhecer exaustivamente seu catálogo, se quisermos compreender adequadamente o que eles significam, ideia que não é de todo equivocada, mas que constitui um problema epistemológico muito sério para o Direito Constitucional.⁵⁵

Assim, neste estudo, não se tem a ousada pretensão de definir o que sejam direitos fundamentais, mas dar uma noção tendo como ponto de partida o que de fato fundamenta a existência desses direitos. Para tanto, apropria-se do marco teórico galuppiano que privilegia uma perspectiva discursiva, a partir do comunitarismo e do liberalismo. Ainda, segundo Galuppo,

só então poderemos avaliar corretamente como os Direitos Humanos se transformam em Direitos Fundamentais e como estes superam, de certa forma, aqueles, para então determinar, com a ajuda da

Teoria Discursiva do Direito (Habermas), seu conteúdo no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁵⁶

Sob o marco do comunitarismo (até o século XV) os direitos humanos são uma decorrência da própria comunidade, sendo características comuns atribuídas aos homens e que lhes dão o caráter identitário. Já que são atributos conferidos pela comunidade, os direitos humanos não podem se voltar contra a vontade da própria comunidade. Têm os direitos humanos um viés objetivo. A limitação da noção de direitos humanos no comunitarismo, que lhe nega o caráter de universalismo, fez surgir uma tensão pela eclosão do mundo moderno. Como os direitos humanos são criados por uma comunidade eles não podem ser vistos e encarados de modo universal. Isso foi um problema diante do nascimento do capitalismo que pressupunha a burguesia como uma classe social universal e, para tanto, necessário seria imaginar os direitos humanos como universais.

Na modernidade perde-se o referencial do Divino como centro de emanção e guia para as ações humanas, dando lugar ao indivíduo que passa a constituir-se como centro de sua própria razão (racionalismo moderno). No liberalismo, o indivíduo preexiste à comunidade, conforme previu Rousseau⁵⁷ no contrato social. Os indivíduos, pelas suas vontades, criam o Estado e disciplinam a vida pelo direito. Os homens, para o liberalismo, existem de forma individual e vivem segundo o seu “estado de natureza”⁵⁸ e, portanto, os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos em virtude da sua própria natureza, universalmente, antes mesmo da criação da sociedade. Aqui, os direitos humanos têm preferência à comunidade. Os direitos humanos são, assim, enunciados conforme um critério subjetivo, ou seja, derivam da essência do ser humano.⁵⁹

Daí, uma resposta para o que sejam os direitos fundamentais, a partir das visões do comunitarismo e do liberalismo, talvez perpassasse pela superação dos pontos negativos de cada uma dessas noções. Não é possível que se imagine os direitos humanos, que receberam a nomenclatura de direitos fundamentais após o constitucionalismo,⁶⁰ como algo que pode ser modificado pela vontade da comunidade (comunitarismo) nem como qualquer coisa que se funda no egoísmo de cada indivíduo, próprio da

modernidade (liberalismo) e caracterizador do grande paradoxo moderno – sendo todos egoístas, porque abririam mão de direitos na versão de criação do Estado pelo Contrato Social? Talvez, os problemas dos dois extremos possam ser amenizados pela relação de alteridade que deve guiar a sociedade na “época hipermoderna.”⁶¹ A linguagem é um caminho para o entendimento e é através da teoria do discurso de Jürgen Habermas⁶² que se pode encontrar uma base confiável a fornecer uma noção do que sejam direitos fundamentais nessa sociedade rica e plural.

Sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais não podem ser compreendidos segundo um conteúdo exclusivamente objetivo, nem segundo uma noção exclusivamente subjetiva, mas numa interseção entre a autonomia pública e privada, um verdadeiro kreislauf (ciclo) que se auto-alimenta. Esta auto-alimentação somente é possível, segundo Habermas, em havendo um núcleo básico – sistema de direitos – com conteúdo mínimo de direitos fundamentais a caracterizar uma democracia.

Assim, como numa democracia nada está pronto, mas se constitui num projeto que se constrói exatamente pela intersubjetividade e interseção entre a autonomia pública e a autonomia privada, os direitos fundamentais também são, segundo Marcelo Campos Galuppo, “direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático.”⁶³

Como podem os direitos fundamentais serem protegidos e em que consiste a sua eficácia? É exatamente o que se propõe analisar no próximo item do presente estudo.

5.1. Proteção e Eficácia dos Direitos Fundamentais

Conforme delineado nos parágrafos precedentes do presente estudo, o processo constitucional garante o princípio da supremacia constitucional na esteira de proteger os direitos fundamentais. A enunciação meramente formal dos direitos fundamentais não se mostrou suficientemente adequada ao longo da experiência do Constitucionalismo, ao que foi necessário estabelecer-se instrumentos de garantia a dar concretude a tais direitos. Uma mera previsão de direitos de liberdades (Freiheitsrechte) com a eficácia constitucional condicionada a uma realização, por exemplo do legislador infraconstitucional, ou desprovida da previsão de mecanismos aptos a garanti-los é reconhecidamente insuficiente.

Mas também não basta a previsão de garantias também enumeradas no texto constitucional, ao lado dos direitos fundamentais, se não se estabelece um sistema de proteção de tais direitos, sobretudo estruturado em uma função estatal jurisdicional acessível a todos. Segundo ensina Baracho,

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional. O bloco garantista consagra mecanismos variados e alguns têm caráter abstrato. Certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de um direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação.⁶⁴

Desse modo, a relação existente entre constituição e processo deu origem ao que se denominou “Processo Constitucional” que, via de consequência pressupõe a atuação do Estado através da jurisdição, um direito fundamental do povo. Assim, vários princípios constitucionais estabelecem o contorno normativo acerca da imprescindibilidade da função jurisdicional como elemento concretizante do sistema de direitos. Essa interseção entre processo, constituição e jurisdição possibilita compreender que toda jurisdição no Brasil é constitucional, já que a garantia da supremacia da constituição somente é factível através do processo que necessariamente deve ser constitucional. Além do mais, no controle de constitucionalidade brasileiro, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser aplicada a um caso concreto.”⁶⁵ É exercido tanto pelo meio concentrado (Supremo Tribunal Federal) quanto pelo meio difuso (todos os demais juízes), diversamente do que ocorre na Alemanha, onde tal controle é feito exclusivamente pelo Bundesverfassungsgericht (Tribunal

Constitucional Federal).

Não há dúvida, portanto, da importância de se reconhecer o direito do povo à jurisdição⁶⁶ e, via de consequência, o processo deve ser a garantia constitucional de que a jurisdição seja efetivada pelo Estado em conformidade com os princípios inseridos na própria Constituição. Neste sentido afirmam Andolina e Vignera que

[...] o problema do processo não resguarda somente o seu ser (isto é: a sua concreta organização segundo as leis ordinárias vigentes), mas também o seu dever ser (isto é: a conformidade da sua organização positiva à normativa constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional.

O problema da jurisdição, a sua vez, não é mais uma mera questão de tipo (essencialmente) definitório interessante sobretudo à teoria geral do direito e do Estado, constituindo, ao contrário, um tema das implicações práticas bastante ressaltadas, já que somente diante de um procedimento (positivo) instrumental ao exercício da função jurisdicional necessita controlar se o mesmo efetivamente está como deveria (segundo a Constituição) ser.⁶⁷ (tradução livre)

Sendo o processo um dos elementos de concretização constitucional e apresentando a função jurisdicional como direito fundamental do povo, cumpre examinar em que consiste o papel metodológico do processo constitucional na missão de garantia desses direitos fundamentais.

5.2. O Processo Constitucional como Metodologia de Garantia dos Direitos Fundamentais

Já foi mencionada neste estudo a importância do processo constitucional como instrumento de garantia de direitos fundamentais. Mas, a partir dos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, o processo constitucional não pode ser considerado como mero direito instrumental, mas “uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais”, já que os institutos que estruturam o processo constitucional conduzem à inevitável efetivação dos direitos essenciais.⁶⁸

Vários são os institutos que estão envolvidos nessa “metodologia de garantia”, ou seja, uma sistematização dos princípios gerais e procedimentos pertinentes à garantia dos direitos fundamentais. Os institutos jurisdição, ação e processo constituem um fenômeno que estrutura tecnicamente o processo constitucional e por tal motivo, é imperiosa uma análise acerca da dinâmica desse fenômeno. Segundo afirma Ítalo Augusto Andolina, “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais.”⁶⁹ Daí porque é imperiosa a observação da independência do juiz, a estrutura de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, a transparência e a legalidade da decisão, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões e sua efetividade.

Na Constituição Brasileira de 1988, há uma estrutura principiológica que dá moldura ao processo constitucional, disciplinada prioritariamente no artigo 5º. Dentre os princípios ali inseridos, se destaca: o direito de acesso ao processo (denominado pelos relacionistas como direito de ação) - inciso XXXV; o direito fundamental à jurisdição - incisos XXXIV, alínea “a”, XXXV, LIV, LV, LVI, LIX, LXII, LXIII, LXVIII, LXIX, LXX e LXXI; a garantia do devido processo constitucional - incisos XXXIV, alínea “a”, XXXV, LIV, LV, LVI, LIX, LXII, LXIII, LXVIII, LXIX, LXX e LXXI; a garantia do contraditório (com os consequentes direitos à não surpresa e à influência) - inciso LV; a garantia da ampla argumentação - inciso LV; a garantia da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito⁷⁰ - artigo 60, § 4º; a garantia da fundamentação das decisões - artigo 93, inciso IX; e, segundo entende Tarzia, a garantia da duração razoável do processo.⁷¹ Tecendo considerações acerca do devido processo legal e as garantias jurisdicionais no modelo processual brasileiro, Comoglio afirma que

as garantias individuais e os princípios de estrutura, que se adiciona à cláusula do devido processo legal,

mas a isso idealmente se referem, competem constitucionalizar não somente o direito de ação judiciária, mas também o direito ao processo, conferindo sobretudo a este último um particularizado extenso conteúdo.⁷² (tradução livre).

Dentre essas garantias individuais, a expressão acesso ao processo ou “legitimação ao processo”⁷³ se apresenta como mais adequada a consagrar o direito de invocar a intervenção Estatal a fim de se ter a garantia do devido processo constitucional, verdadeiro espaço dialogal discursivo-argumentativo, no qual todos os afetados terão asseguradas as oportunidades de ampla argumentação. O termo “direito de ação” não foi aqui utilizado por carregar heranças pandectistas e instrumentalistas,⁷⁴ tendo em vista que pressupõe uma ideia que não se alinha com o paradigma democrático, sob os marcos teóricos habermasiano e fazzalariano.

A concepção acerca desse direito de acesso ao processo tem sofrido alterações quer se trate de um paradigma instrumentalista, que tem como base a relação jurídica, quer se trate de um paradigma procedimentalista,⁷⁵ que pressupõe situações jurídicas. Sob o marco instrumentalista, um sujeito tem o poder sobre outro desde que este último tenha violado um direito subjetivo do primeiro. No paradigma do Estado Democrático de Direito (procedimentalista) não é possível imaginar-se que alguém tenha poder sobre outrem. Numa democracia o poder está disciplinado e legitimado pela participação discursiva do povo. Sob a concepção habermasiana e fazzalariana, a produção jurídica (construção de provimentos legislativos e jurisdicionais) deve estar fixada por um processo legítimo, ou seja, com espaço dialogal discursivo-argumentativo, no qual deve haver isonomia de tratamento, publicidade e garantia de ampla argumentação por parte dos envolvidos (potenciais afetados pelo provimento).

Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito e, apropriando-se dos marcos teóricos de Habermas e Fazzalari, o direito de acesso ao processo não combina com subordinação de um indivíduo ao “poder” do outro. Segundo Habermas

Parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.⁷⁶

Tal princípio de participação discursiva na construção de qualquer provimento que venha a afetar determinada pessoa faz com que não possa haver restrições ao canal legitimador de espaço público dialogal previsto na Constituição, qual seja o direito de acesso ao processo (direito de ação para os instrumentalistas). Conforme leciona Fazzalari, a estrutura do processo

Consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final à fase preparatória do mesmo; na simétrica paridade das posições deles; na mútua implicação das atividades deles [...] em suma, “processo” quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não somente – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que estes possam desenvolver atividade da qual o autor do ato deve ter em conta.⁷⁷

Ao considerar o processo como um procedimento em contraditório no qual as partes dele participam em simétrica paridade de tratamento e contribuem para a construção do provimento final, bem como que estão legitimados a participar aqueles a quem o ato final puder produzir efeitos, a concepção instrumentalista acerca do “direito de ação” deve ser reformulada.

Segundo Flaviane de Magalhães Barros “na concepção fazzalariana, o direito de ação é de todos os afetados, por isso é entendido como legitimação ao provimento ou **direito ao processo constitucionalmente garantido.**”⁷⁸

Para a referida autora, não somente a expressão “direito de ação” deve ser relida sob o marco fazzalariano para direito ao processo, como também o próprio conceito de ampla defesa (espécie de direito subjetivo de “uma” parte que deve ser revisitado como garantia de ampla argumentação “das partes”). Nessa perspectiva, por apropriação da teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther, Flaviane de Magalhães Barros atribui a garantia da ampla defesa (relida como ampla argumentação) não somente àquele “contra” quem a ação foi proposta, mas a todos os interessados no provimento final. Assim a ampla defesa se tornaria ampla argumentação das partes e não um direito de “uma” das partes.⁷⁹

O exercício desse direito de acesso ao processo, pode se tornar algo complexo à luz de uma concepção de Estado Social, ambiente gestor de uma mudança da forma de atuar da política, no qual a lei deixa de ser um mero comando abstrato e geral passando a ser instrumento de concretização estatal positiva. O individualismo clássico do Estado Liberal cede espaço para a consagração de garantias coletivas, numa busca de “bem-estar social”. Para uma nova maneira de vislumbrar as questões envolvendo os “novos direitos coletivos”, não somente o Estado, mas a ciência jurídica necessitou repensar os conceitos jurídicos tradicionais. Assim, Andolina e Vignera afirmam que,

“de fato, auxiliado como está por uma força primária porque de nível constitucional, o direito de ação (variante terminológica da mais correta expressão “direito à tutela jurisdicional”) está em grau da mesma forma de condicionar a organização técnica do processo, influenciando sobre a disciplina positiva (infraconstitucional) do seu desenvolvimento.”⁸⁰ (tradução livre).

Assim, é imperioso dizer que a organização técnica do processo passa pela questão relacionada à legitimação para agir. A partir de um paradigma democrático, no qual os sujeitos potencialmente afetados pelo provimento estatal estarão legitimados a participar em condições de igualdade e isonomia, resta incompatível qualquer ideia de regramento ou condicionamento (“condições da ação”) a nível infraconstitucional, conforme ainda insistem os instrumentalistas fundados num sistema dualista - direito subjetivo e relação processual. Como o direito de acesso ao processo é utilizado para a garantia de direitos ameaçados ou violados, não há sentido lógico haver limitação ao seu exercício no marco pós 1988.

Portanto, apropriando-se das concepções fazzalariana (direito de ação como legitimação ao processo por todos os afetados) no marco do Estado Democrático de Direito, o direito de acesso ao processo constitucional será de todos aqueles que tiverem ou afirmarem ter um direito ameaçado ou violado, tendo como base um direito objetivo declarado pelo ordenamento jurídico e forem afetados pelo provimento que se pleiteia. Nessa linha de entendimento, Baracho acrescenta

Em todos esses momentos surgem os questionamentos entre a relação e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorrem relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual [...].

O Processo constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte, sendo que sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da ação, da legitimação e do processo.⁸¹

Sob o enfoque da dinâmica dos institutos da ação (acesso ao processo) da jurisdição (função estatal) e processo (espaço jurídico-discursivo-argumentativo) o processo constitucional se apresenta como a estrutura metodológica apta a garantir a proteção das disposições constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais. Por tal razão, afirma Baracho que

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; a inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; a inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; a inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; a inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; a inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; a inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia

fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do due process of law.⁸²

Em vista da essencialidade das regras apresentadas por Baracho, a garantia da fundamentação das decisões judiciais se constitui num dos mais significativos princípios que, segundo Brêtas, tem “o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, da subjetividade e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes).”⁸³ Com o processo constitucional garante-se o respaldo dos direitos fundamentais através de diversos institutos, dentre os quais se destaca: o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação popular e o devido processo.

Daí porque é correto concluir pela necessidade de se reafirmar a plenitude da importância do processo constitucional como o cimento apto a edificar os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

As considerações apresentadas na presente pesquisa visam demonstrar a importância dos institutos relacionados ao processo constitucional para a concretização do projeto do Estado Democrático de Direito. A disciplina das Constituições contemporâneas sinaliza para o destaque que se dá aos temas relacionados aos direitos e liberdades públicas fundamentais. Daí porque existe uma tendência dos constituintes em dotar as Constituições de um extenso rol de mecanismos de controle e garantias a fim de assegurar a concretização desses direitos.

O atual estágio por que passa a organização do Estado sob a forma de Estado Democrático de Direito está

a reclamar uma verdadeira metodologia destinada a assegurar um complexo entrelaçamento dos institutos jurídicos a fim de que os direitos fundamentais sejam eficazes. Assim, numa democracia é vital a existência de uma esquematização do processo constitucional, envolvendo o direito de acesso ao processo (direito de ação), direito à ampla defesa (aqui relido como direito de ampla argumentação), paridade de tratamento, direito ao juízo natural, direito de participar da construção do provimento que lhe afete, direito fundamental de acesso à jurisdição e a vinculação ao Estado Democrático de Direito, garantia da fundamentação das decisões judiciais, dentre outros.

A apropriação das teorias do processo como um procedimento realizado em contraditório, em simétrica paridade de tratamento entre os contraditores e do discurso do direito a possibilitar que os destinatários dos provimentos sejam também seus autores, aliado às concepções da existência de um esquema geral de processo, denominado modelo constitucional de processo, possibilita acreditar que o projeto democrático é viável, mesmo nessa sociedade rica e plural.

Em virtude do crescente aumento da complexidade social e da necessidade de se instituir mecanismos de viabilidade de uma democracia efetivamente participativa, é preciso compreender o processo constitucional como verdadeira metodologia de garantia dos direitos fundamentais. O que se espera com o presente estudo é contribuir de alguma forma para que os aplicadores do direito visualizem a importância dessa metodologia para a sobrevivência da democracia.

1 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª edição. 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 46.

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 57 e 58.

3 BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. 2000, p. 60.

4 BOBBIO, Norberto. Dizionario di Filosofia. Milano: Edizioni di Comunità, 1957, p. 611.

5 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do direito político. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais v. 8, p. 107-122. Belo Horizonte, 2002, p. 108.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 91.

7 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État? 4ª edição. Organização e introdução Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 45.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. 1999, p. 92.

9 MOHL, Robert von. Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Zweiter Band. Tübingen: Verlag des H. Lauppischen Buchhandlung Laupp & Sebeck, 1844.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. 1999, p. 94.

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. 1999, p. 94.

12 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 7, ns. 13 e 14, p. 150-163. Belo Horizonte, 1º e 2º sem/2004b, p. 158.

13 BRUNKHORST, Hauke. Constitucionalização sem democracia? Trad. De Geraldo de Carvalho e revisão de Amadeu Moreira Fontenele Neto. In: FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz. Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 144 e 145.

14 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, p. 259.

15 Apenas se aproveita a ideia de Kelsen quanto à força normativa da Constituição, sendo desprezada a concepção de validade construída pelo referido autor que, sob o marco procedimentalista, encontra-se superada.

16 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de Dr. João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984, p. 310.

17 HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

18 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 208.

19 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do Direito Constitucional. Traduzido por Peter Naumann. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21 e 22.

20 DOMINGOS VIEIRA, Frei Dr. Grande Dicionário Portuguez ou Thesouro da Língua Portugueza.

Publicação feita sobre o manuscrito original, inteiramente revisto e consideravelmente aumentado. 3ª V. de E-L. Porto: Em Casa dos Editores Ernesto Chardron e Bartholomeu H. de Moraes, 1871, p. 967.

21 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13 e 14.

22 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108 e 109.

23 MACIEL, Omar Serva. Princípio da subsidiariedade e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 143.

24 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, p. 3-27, p. 18.

25 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. 2009, p. 111.

26 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. 2009, p. 115.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. 1999, p. 1085.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes Op. Cit. 1999, p. 1085.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. 1999, p. 1087.

30 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a, p. 121.

31 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 92.

32 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90 e 91.

33 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, p. 277.

34 BÜLOW, Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2005, p. 5 e 6.

35 TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 13.

36 CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. Teoria geral do processo. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42 e 43.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 181 e 188.

38 NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

39 FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. Settima edizione, Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 82. No original: "Il "processo" è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività. [...] Del resto, nessuno ritiene che la partecipazione del privato consistente nella richiesta della licenza di caccia e quella dell'organo consultivo che fornisce all'autore del provvedimento il proprio parere trasformino il procedimento in processo. Occorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l'osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè appunto, il contraddittorio.

Tale struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale allá fase preparatória del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizione; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione del provvedimento)."

40 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II, 2ª edição. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 183.

41 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. p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º

sem/2000. p. 162.

42 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112.

43 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009a, p. 86.

44 LEAL, Rosemiro Pereira. Op. Cit. 2009a, p. 86.

45 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, 2009b, p. 283-292, p. 290.

46 DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática. 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 115 e 116.

47 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. Cit. 2008, p. 11.

48 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 15.

49 BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 333.

50 ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. I Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile - Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano. Seconda edizione ampliata ed aggiornata. Torino: G. Gianppichelli Editore, 1997, p. 7. No original: "Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria".

51 "Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi:

a) nella espansività, consistente nella sua idoneità (conseguente allá posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti da legislatore ordinário, la quase (fisionomia) deve essere comunque comparabile coi connotati di quel modello;

b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guiza che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinário) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del preseguimento di particolari scopi;

c) nella perfecttibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale: si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del doppio grado di giurisdizione, a quello della collegiata ed all'istituto della cosa giudicata". (ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. Op. Cit. p. 9).

52 BARROS, Flaviane de Magalhães. Op. Cit. 2009b, p. 334.

53 Para Rosemiro Pereira Leal, melhor classificar os princípios processuais em: "princípios institutivos do processo" (o contraditório, a isonomia e a ampla defesa); "princípios informativos do processo" (oralidade, publicidade, lealdade processual, disponibilidade e indisponibilidade, economia processual e instrumentalidade das formas; "requisitos da jurisdição" (investidura, inércia, aderência territorial, inafastabilidade, inevitabilidade e indelegabilidade, juízo natural, imparcialidade do juiz, persuasão racional, motivação das decisões e duplo grau de jurisdição). In Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos. 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009a, p. 49 a 124.

54 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Op. Cit. 2004a, p. 143.

55 GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 214.

56 GALUPPO, Marcelo Campos. Op. Cit. 2003, p. 215.

57 ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social: princípios do direito político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

58 LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

59 GALUPPO, Marcelo Campos. Op. Cit. 2003, p. 218 a 225.

60 “Os Direitos Humanos transformam-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade”. GALUPPO, Marcelo Campos. Op. Cit. 2003, p. 233.

61 MARRAMAIO, Giacomo. La passione del presente: breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringheri editore s.r.l., 2008, p. 100.

62 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I e II, 2ª edição. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

63 GALUPPO, Marcelo Campos. Op. Cit. 2003, p. 236.

64 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Revista Forense v. 337, p. 105-123. Rio de Janeiro: jan./mar. 1997, p. 121.

65 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.

66 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Op. Cit. 2004a, p. 113.

67 No original: “[...] il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id. est: la sua concreta organizzazione secondo lê leggi ordinarie vigenti), ma anche il suo dover essere (id. est: la conformità del suo assetto positivo allá normativa costituzionale sull’esercizio della’attività giurisdizionale). Il problema della giurisdizione, a sua volta, non è piú una mera questione di tipo (essenzialmente) definitorio interessante soprattutto la teoria generale del diritto e dello Stato, costituendo invece um tema dalle implicazioni pratiche assai marcate, poich  soltanto di fronte ad um procedimento (positivo) strumentale all’esercizio della funzione giurisdizionale occorre controllare se lo stesso effettivamente è come dovrebbe (secondo la Costituzione) essere”. In ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. Op. Cit. 1997, p. 5.

68 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do processo constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999, p. 119 e 120.

69 ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Revista de Processo v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997, p. 65.

70 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias entende que o ordenamento jurídico-constitucional do Brasil previu o princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, já que assim o fez a Constituição também em relação aos órgãos legislativos, ao proibir qualquer proposta de emendas que vise abolir a

forma federativa, as separações das funções essenciais do Estado e os direitos e garantias fundamentais. Assim, no presente estudo, recebeu tal princípio o tratamento como garantia, sobretudo porque visa dar concretude à Constituição e, via de consequência, aos direitos fundamentais. (Op.Cit. 2004a, p. 131 a 145).

71 TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo* v. 103, p. 156-174, São Paulo, jul./set., 2001, p. 170.

72 COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modeli a confronto). *Revista de Processo* v. 90, p. 95-150, São Paulo, abr./jun. 1998, p. 140. No original: "Le garanzie individuali ed i principi di struttura che si angungono alla clausola del deuido processo legal, ma ad essa idealmente si raportano concorrono a 'costituzionalizzare' non soltanto il diritto di azione giudiziaria, ma anche il diritto al processo, conferendo soprattutto a quest'ultimo um particulareggiato ed esteso contenuto".

73 FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.* 1994, p. 314.

74 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* 2005.

75 HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* 2003, v. I e II.

76 HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. 2003, v. I, p. 145.

77 FAZZALARI, Elio. Op. Cit. 1994, p. 83. No original: “Consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività [...] insomma, “processo” quando in una o più fasi dell’iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo - ed ovviamente - del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’autore dell’atto deve tener em conto”.

78 BARROS, Flaviane de Magalhães. [Re]forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a, p. 20 e 21.

79 BARROS, Flaviane de Magalhães. Op. Cit. 2009a, p. 20 e 21.

80 ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. Op. .Cit. 1997, p. 64. No original: “Ed infatti, assistito com'è da una forza primaria perché di rango costituzionale, il diritto di azione (variante terminologica della più corretta espressione 'diritto alla tutela jurisdictionale') è in grado altresì di condizionare l'organizzazione tecnica del processo, influenzando sulla disciplina positiva (sub-costituzionale) del suo svolgimento.”

81 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Revista Forense v. 337, p. 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997, p. 120.

82 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. Cit. 1999, p. 120.

83 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, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem/2005, p. 147.

<https://www.diritto.it/o-processo-constitucional-como-metodologia-de-garantia-dos-direitos-fundamentais/>