

# O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO CONTROLE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

## THE CONSTITUTIONAL PROCESS AS CONTROL OF THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS

*Flávia Ávila Penido\**

*Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves\*\**

### RESUMO

---

A presente pesquisa pretende identificar o ideal de processo indispensável ao exercício da função jurisdicional compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, indica os contornos que encerram o ideal do Estado Democrático de Direito para então indicar como deve se dar o exercício da jurisdição em perfeita conformidade com o referido eixo teórico. Ato contínuo, passa-se a descrever os caracteres do Processo Constitucional identificando-o como elemento da estrutura do ordenamento jurídico necessário ao exercício das funções do Estado com a legitimidade democrática que se espera. Dar-se-á ênfase ao processo constitucional em sua estreita relação com o exercício da função jurisdicional.

**Palavras-chave:** Processo constitucional; Estado Democrático de Direito; Jurisdição; Legitimidade democrática.

### ABSTRACT

---

This research aims to identify the ideal indispensable to the exercise of judicial functions compatible with the paradigm of democratic state of

---

\* Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva (2011). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Professora Auxiliar na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Levindo Lopes, 333, sala 406, Funcionários, Belo Horizonte/MG. CEP: 30140-170, e-mail: f.avilapenido@gmail.com. Telefone: (31) 98801-7747.

\*\* Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Advogada. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Levindo Lopes, 333, sala 406, Funcionários, Belo Horizonte/MG. CEP: 30140-170, e-mail: jordania@taagadvocacia.com.br. Telefone: (31) 98656-6436.

law process. Thus, it indicates the contours enclosing the ideal of a democratic state rule of law so as to give the exercise of jurisdiction in perfect accordance with the said theoretical axis. Immediately thereafter, passes to describe the characters of the Constitutional Process identifying it as an element of the structure of the legal system necessary to perform the duties of the state to democratic legitimacy than expected. It will give emphasis to the constitutional process in its close relationship with exercise of judicial functions.

**Keywords:** Constitutional process; Democratic state; Jurisdiction; Democratic legitimacy.

## INTRODUÇÃO

Da noção de Estado de Direito infere-se um Estado orientado e limitado pelo ordenamento jurídico, sobretudo pelas normas constitucionais. A essa noção agrega-se o princípio democrático, que autoriza o exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional pelo Estado ao buscar a legitimidade no povo – de quem emana o poder. Da estreita relação entre os princípios resulta o ideal do Estado Democrático de Direito, que tem por fim a realização dos direitos fundamentais.

Disso, verifica-se que o exercício das funções do Estado deve pautar-se pela observância dos princípios e regras que fundamentam e estruturam o Estado Democrático de Direito, como forma de assegurar a sua legitimidade. Assim, com a constituição do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, inaugura-se outra conotação dos institutos processuais e a sua relação com o texto constitucional. Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a ser contemplado como garantia fundamental capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Partindo de tais premissas, a presente pesquisa avalia as relações entre o Estado e o processo, de forma a identificar o modelo de processo capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais em consonância com o modelo de Estado adotado.

Para tanto, identificados os contornos que definem o ideal de Estado Democrático de Direito, será apontado como se deve dar o exercício da função jurisdicional em conformidade com as diretrizes que emanam desse ideal de Estado. Partindo dessa análise, passa-se a abordar o modelo de processo a ser adotado para o fiel alcance do exercício legítimo das funções do Estado.

Para alcançar os caracteres que constituem o modelo constitucional de processo, inicia-se a abordagem da reconstrução da Teoria Geral do Processo a partir das lições de Elio Fazzalari, que fez importante distinção entre processo e procedimento, numa relação de espécie e gênero, que tem como elemento distintivo o contraditório. O contraditório, neste marco teórico, viabiliza a construção da decisão pela participação das partes em simétrica paridade.

Nessa nova ordem constitucional, a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes, a exemplo da garantia do contraditório. O contraditório, pois, passa à condição de garantia capaz de vincular a fundamentação das decisões, evitando a chamada decisão surpresa.

O processo constitucional, pois, vai além das proposições fazzalarianas, avançando a partir dos estudos desenvolvidos por Héctor Fix-Zamudio e José Alfredo Baracho – que tratam da necessária aproximação entre Constituição e Processo – para, então, segundo as lições de Andolina e Vignera, passar a ser concebido como um modelo constitucional de processo.

O processo passa, então, a apresentar-se como garantia fundamental que concorre para o exercício legítimo das funções do Estado – seja a função jurisdicional, seja administrativa ou legislativa.

Por esse motivo, atentando para o marco teórico ora apresentado, é possível atribuir ao processo a condição de elemento estruturante do ordenamento jurídico, porquanto atribui legitimidade democrática ao exercício das funções do Estado, garantindo a conformidade desse exercício com os preceitos constitucionais.

Considerando os escopos da presente pesquisa, dar-se-á ênfase ao processo desenvolvido na esfera jurisdicional enquanto mecanismo apto a assegurar a fruição dos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.

## O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, cumpre traçar, ainda que brevemente, os contornos do Estado Democrático de Direito<sup>2</sup> para então indicar como deve se dar o exercício da função jurisdicional em perfeita conformidade com o referido princípio.

Tratando-se de um Estado de Direito, há que se pressupor a sujeição daquele Estado a um regime de direito que, ao mesmo tempo, torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Carré de Malberg,

---

<sup>2</sup> Importante colacionar a lição de André Del Negri, para quem é pleonástica a expressão Estado Democrático de Direito, eis que todo Estado, democrático ou não, é um Estado de Direito. Assim, para o autor, a redação deveria ser reformulada de modo a contemplar a expressão Estado de Direito Democrático, eis que “a Democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois Democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado”. (DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40). Sem discordar das colocações do autor, mas com vistas a adotar a terminologia empregada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, optou-se pela utilização da expressão tradicionalmente grafada como Estado Democrático de Direito.

a esse respeito, informa que o regime do Estado de Direito implica essencialmente a imposição de regras limitativas impostas pelo Estado a si mesmo no interesse de seus súditos. Assim, para o autor, o Estado de Direito é aquele que formula prescrições relativas ao exercício de suas funções de forma a estabelecer mecanismos para preservar e defender os cidadãos das arbitrariedades das autoridades estatais. Portanto, se estabelece no interesse e para a salvaguarda dos indivíduos, assegurando a proteção de seus direitos<sup>3</sup>.

Canotilho conceitua o Estado de Direito como sendo “fundamentalmente um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal” cuja adoção visa “conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”. De acordo com o autor, o “estado de direito é um estado constitucional”, do que se infere a “existência de uma constituição normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”, conferindo aos atos de todos os poderes públicos medida e forma<sup>4</sup>.

Lado outro, ao se falar em Democracia, é preciso ter em mente a inafastabilidade dos direitos fundamentais, “não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia”<sup>5</sup>.

304

Acerca do princípio do Estado Democrático, Ronaldo Brêtas ressalta a importância de se perceber que a democracia vai além das concepções de forma de Estado e forma de governo, representando um “princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo”. Partindo da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, por meio das normas constitucionais, o mesmo autor conclui pela resultante do Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>6</sup>.

Em conformidade com o que dispõe Mário Lúcio Quintão Soares, “o conceito de Estado Democrático de Direito pressupõe a pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo de Estado constitucional ocidental”<sup>7</sup>. Isso porque, segundo a lição de Lenio Streck, “a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais” e, nesse liame indissociável, “a lei (Consti-

<sup>3</sup> CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Versión española de José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 450-451.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243-245.

<sup>5</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 31.

<sup>6</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 58-59

<sup>7</sup> QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. *Direitos fundamentais e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111.

tuição) passa ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico”<sup>8</sup>.

O que resta identificado é que o Estado Democrático de Direito se perfaz em um Estado que retira a legitimidade para o exercício de suas funções no povo – de quem emana o poder. E com vistas a assegurar os direitos fundamentais do sujeito constitucional e evitar o arbítrio do próprio Estado, este se submete a um conjunto de normas que ao mesmo tempo autorizam e limitam o exercício do poder, pautado pela observância da supremacia da Constituição<sup>9</sup>.

Delineados os contornos que encerram a ideia de um Estado Democrático de Direito, cabe discorrer acerca do exercício da função jurisdicional, com vistas a identificar o ideal de jurisdição apto a concretizar o Estado Democrático de Direito. Há que se garantir que, quando do exercício dessa função, o Estado, por meio de seus órgãos, esteja vinculado às normas por ele editadas, em fiel consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Conforme bem pontua Friedrich Müller, a democraticidade do exercício da função jurisdicional está diretamente ligada à sua vinculação ao povo, enquanto “instância global da atribuição de legitimidade democrática”. Assim, se o poder emana do povo, “entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele”, de forma que o Estado não é o sujeito detentor do poder, mas apenas o seu “âmbito material de responsabilidade e atribuição”. Dessa forma, os agentes políticos estão democraticamente vinculados ao ideal do Estado Democrático de Direito, de forma que as decisões judiciais devem ser proferidas em nome do povo, de quem emana o poder<sup>10</sup>.

Partindo das pesquisas científicas que têm por objeto o processo e a sua relação com o Estado Democrático de Direito, André Cordeiro Leal afirma que a jurisdição

não pode mais ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

<sup>9</sup> De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, a gênese da supremacia da Constituição está na necessidade de se instituir mecanismos de controle, inerentes ao Estado de Direito, como forma de limitar o exercício de poder e evitar a hipertrofia das funções estatais (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19-20).

<sup>10</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60-62.

<sup>11</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 151.

Trata-se do exercício de função essencial do Estado – delimitada conforme as diretrizes do Estado Democrático de Direito – que representa também uma garantia fundamental do sujeito constitucional. Ora,

se o sujeito constitucional é o sujeito do discurso constitucional (Rosenfeld), o legislador, o administrador ou o decisor, não podem mais impor a sua vontade de moldar uma ordem jurídica à sua própria imagem (posição de domínio), uma vez que ele terá que esquecer a sua identidade subjetiva e filtrá-la pelo *medium* de um discurso constitucional logicizado por um Texto Constitucional e por critérios regenciais da argumentação jurídica (devido processo – a fala organizada em espaços procedimentais)<sup>12</sup>.

A jurisdição, nesse sentido, mostra-se como direito fundamental do povo que precisa ser exercido com observância das normas que compõem o ordenamento jurídico, garantida a supremacia da Constituição<sup>13</sup>.

Em consonância com o exposto, Canotilho ressalta a estreita vinculação entre os órgãos jurisdicionais e os direitos fundamentais, ao afirmar que

os tribunais não estão apenas ao serviço da defesa dos direitos fundamentais; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais pelos direitos, liberdades e garantias efetiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.

<sup>13</sup> “A Constituição não é apenas uma norma a mais num sistema jurídico a organizar e definir os direitos dos indivíduos e da coletividade e a estabelecer os fins a serem atingidos pela sociedade estatal. Ela é a norma de todas as normas – **norma normarum** –, a norma que dá o fundamento do Estado, que cria ou recria o Estado segundo o modelo de convivência justa pensada pela sociedade. [...] É da Constituição que se originam as normas jurídicas que compõem um sistema normativo estatal e é segundo ela que estas normas e as demais funções do Estado se desenvolvem e se cumprem. Por isso, a Constituição é texto e contexto necessário de todas as leis. Elas têm a sua vertente e a sua sede na Constituição, que delas é fundamento e sobre elas tem primazia. A Constituição é, assim, dotada de superlegalidade formal e material, por causa do seu caráter fundacional do Estado e do Direito que o estrutura e que nela se contém” (ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 51). A esse respeito, Lenio Luiz Streck afirma que “no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvida de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-ação do Estado” (STRECK, 2013, p. 115).

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

Segundo Brêtas, para que haja legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, em consonância com o Estado Democrático de Direito, essencial a sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, especialmente as normas constitucionais. É por isso que “a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional [...] tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”<sup>15</sup>. Afastam-se, pois, os ideais pessoais dos órgãos representativos do Estado e, em substituição, insere-se o conteúdo das normas que integram o ordenamento jurídico, como forma de conferir legitimidade àquela decisão.

Nesse viés, o processo deve tornar possível o exercício da jurisdição, mas ao mesmo tempo limitar a atividade do Estado-judiciário, com vistas a não destoar dos ditames do Estado Democrático de Direito.

É o processo constitucional, pois, que confere legitimidade ao exercício da função jurisdicional – enquanto direito fundamental do povo. Deste modo, “ao lado do direito à jurisdição e à própria atividade judicial, surgem os requisitos mínimos para a efetivação do processo constitucional, assegurando-se a própria função jurisdicional e a efetivação das garantias invocadas”<sup>16</sup>.

Portanto, para o exercício da função jurisdicional em consonância com os ideais do Estado Democrático de Direito, concorre a garantia do processo constitucional, como um requisito para que se possa atribuir legitimidade democrática às decisões e assegurar a supremacia da Constituição.

A esse respeito tratará o capítulo seguinte, com vistas a sedimentar os contornos que encerram o processo constitucional.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Elio Fazzalari inovou a teoria geral do processo ao diferenciar procedimento e processo, em uma relação de gênero e espécie, que tem como elemento distintivo o contraditório.

Conforme elucidada, o processo é um procedimento no qual são habilitados a participar não só o autor, mas também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir seus efeitos, em contraditório. O contraditório, visto como estrutura dialética do procedimento, consiste:

na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua

<sup>15</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 35 e 122.

<sup>16</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46.

implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento<sup>17</sup>.

Cattoni, ao tratar da teoria fazzalariana, afirma em apertada síntese que:

haverá processo sempre onde houver procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos<sup>18</sup>.

O que diferencia o processo do gênero procedimento, na teoria fazzalariana, é o contraditório. Este, por sua vez, “decorre da exigência de coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da *decisum* judicial”<sup>19</sup>.

Aroldo Plínio Gonçalves, acerca da participação paritária das partes, assevera que a igualdade de oportunidade no processo é que compõe a essência do contraditório, conquanto represente uma garantia de participação, em simétrica paridade, das partes que suportarão os efeitos da sentença. Há, portanto, um deslocamento do foco do debate processual – antes centrado na figura do julgador como o grande mediador – para então contemplar a ampla participação das partes, em simétrica paridade, na construção da decisão. Assim,

308

com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do “papel-missão” do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações<sup>20</sup>.

Mas o direito de participação das partes em simétrica paridade não esgota a grandeza do contraditório. Conforme esclarece Dierle Nunes, “não se pode

<sup>17</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

<sup>18</sup> 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. 163.

<sup>19</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.



mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento”<sup>21</sup>.

Revela-se a necessária conexão entre o contraditório e a fundamentação das decisões, de forma que:

mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade<sup>22</sup>.

Nesse sentido, necessário se faz evidenciar o impedimento à decisão surpresa, eis que precisa refletir o debate levado a cabo no âmbito processual. Isso, porque

o Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer de seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas judiciais<sup>23</sup>.

Partindo de tais considerações, verifica-se que “o contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais”<sup>24</sup>. Pode ser inscrito como condição de aferir legitimidade ao ato jurisdicional, em consonância com o que zela o princípio democrático regente.

No mesmo sentido, é a lição de André Del Negri segundo a qual “o contraditório não é apenas uma característica do procedimento atribuída à Parte pela Lei, como quer Fazzalari, mas sim uma garantia constitucional-fundamental legitimadora do Direito nos diversos eixos temáticos”<sup>25</sup>. O contraditório, pois,

<sup>21</sup> NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

<sup>22</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

<sup>23</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atentabilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

<sup>24</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

<sup>25</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 106-107.

mostra-se como garantia constitucional capaz de controlar a conformidade constitucional dos atos emanados pelo Estado, dentre eles o ato jurisdicional.

Neste marco teórico, é o contraditório que proporciona a necessária participação das partes na construção da decisão. Trata-se de uma garantia que, mais do que privilegiar a participação das partes em simétrica paridade, deve assegurar o poder de influência destas na formação da decisão, sob pena de descaracterizar o ideal do processo democrático alcançado. Portanto, “a decisão no direito democrático é processualmente provimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos”<sup>26</sup>.

A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal acentua que, em se tratando de um discurso jurídico-constitucional característico das democracias, o contraditório passa a representar um instituto constitucional, e não somente uma qualidade que deve ser incorporada ao procedimento pela atividade jurisdicional. Assim, ainda segundo a lição do autor, Fazzalari, ao atribuir a distinção entre processo e procedimento ao contraditório, “conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia”<sup>27</sup>. Não obstante, este é um alcance que deve ser atribuído ao contraditório, em se tratando de um modelo constitucional de processo<sup>28</sup>.

Fundamental, pois, no modelo de Estado Democrático de Direito, assegurar a ampla participação na esfera dialógica do processo, resguardado o direito das partes de verem suas questões apreciadas na decisão. Isso, como forma de conferir democraticidade à construção do provimento<sup>29</sup>.

Ocorre que, com a constituição do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, inaugura-se outra conotação dos institutos processuais e a sua relação com o texto constitucional. Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a ser contemplado como garantia fundamental capaz de assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

---

<sup>26</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 101.

<sup>27</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 87.

<sup>28</sup> A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir. Isso porque a garantia assegura e protege determinado direito. É o meio posto ao alcance dos indivíduos para que estes possam fazer efetivos os direitos (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525-530).

<sup>29</sup> Álvaro Ricardo de Souza Cruz ressalta a importância do contraditório ao afirmar que ele “compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista da Teoria da Decisão” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 246).

Nessa nova ordem constitucional, a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes.

Conforme destaca Dierle Nunes, “faz-se necessária a análise do sistema processual a partir da Constituição, especialmente quando se assume como imperioso o paradigma de Estado Democrático de Direito”<sup>30</sup>. Daí porque afirmar que o processo não se opera “como um instrumento meramente mecânico e inerte, de leitura de um dado normativo (constitucional) já fixo e definitivo, mas, ao contrário, como instrumento dinâmico de interpretação viva, e em perene fermentação, do ditado constitucional”<sup>31</sup>.

Assim, “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantias dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais”<sup>32</sup>, de forma que somente a observância do contraditório não é suficiente para alcançar a supremacia da constituição e a garantia dos direitos fundamentais<sup>33</sup>.

Disso, infere-se que o ideal de processo vai além das proposições fazzalarianas<sup>34</sup>, avançando a partir dos estudos desenvolvidos por Héctor Fix-Zamu-

<sup>30</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

<sup>31</sup> ANDOLINA, Ítalo. 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ao tratar a dogmática constitucional, “a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1ª. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 280). E a tutela constitucional do processo, conforme aponta Baracho, “efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias” (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. 89).

<sup>34</sup> “Verifica-se que a Teoria de Fazzalari se adéqua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, no entanto, que apesar do contraditório distinguir o processo do procedimento, para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional decorrente da relação Constituição e Processo, em que a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais” (FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, n. 1. Serro, 2010, p. 117-118).

dio<sup>35</sup> (que tratam da necessária aproximação entre Constituição e Processo) e das pesquisas desenvolvidas por José Alfredo Baracho (no sentido de identificar o processo como instituição constitucionalizada, visto como direito-garantia fundamental)<sup>36</sup> para então, segundo as lições de Andolina e Vignera, passar a ser concebido como um “modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos”<sup>37</sup>, como forma de assegurar a supremacia da Constituição<sup>38</sup>.

Conforme alerta Baracho, “não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”<sup>39</sup>.

Acercado tema, Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi afirmam que

o processo deixa de ser visto como um mero conjunto de atos que compõem o procedimento previsto nas leis, para ser considerado um instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Dessa maneira, o mecanismo processual não pode ser concebido apenas como um

<sup>35</sup> Baracho esclarece que a sistematização da relação entre Processo e Constituição teve Héctor Fix-Zamudio como grande estudioso, estando ligada ao Direito Constitucional Processual, “quando o jurista mexicano [Héctor Fix-Zamudio] continua obra começada por Eduardo H. Couture, através da contribuição latino-americana a estudos que há muito eram feitos no direito anglo-saxão, por meio da rica jurisprudência sobre o ‘due process of law’” (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. 4-5).

<sup>36</sup> De acordo com Rosemiro Pereira Leal, “os estudos do **processo** como **instituição constitucionalizada** apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como **direito-garantia** fundamental” despontaram-se com a obra do jurista mineiro Baracho sendo que, “ombreira-se a Baracho, no estudo pioneiro do tema **constituição** e **processo**, o jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio. [...] Só recentemente é que, sob a denominação de ‘modelo constitucional’ do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, embora ainda em bases civilísticas, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária **instituição constitucionalizada** (conforme se afirmará na teoria neoinstitucionalista do processo) que, pela principiologia constitucional do **devido processo** que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em **direito-garantia** imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade”. (LEAL, André Cordeiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88).

<sup>37</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 84.

<sup>38</sup> Acerca do princípio da supremacia da Constituição, Luis Roberto Barroso aduz que “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165).

<sup>39</sup> 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. 125.

instrumento técnico, voltado à resolução de um conflito de interesses, nem, muito menos, como um mecanismo neutro, sem preocupações teleológicas. O processo passa, então, a ser entendido como um instrumento ético que visa a concretização dos valores mais caros ao Estado Democrático de direito, engendrados pelo constituinte<sup>40</sup>.

Trata-se da constitucionalização do processo, que passa a se consolidar como “direito-garantia fundamental, responsável pelo fornecimento da possibilidade de discussão e participação política ao cidadão”<sup>41</sup>. Configura-se, segundo a lição de Couture, como “um método de debate” cujas formas variam no tempo e no espaço, porém sempre estruturado pela ordem dialética<sup>42</sup>.

Andolina acentua, com propriedade que, a partir do chamado modelo constitucional de processo, o processo jurisdicional foi colocado no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais. Destaca que a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando-se o nível das garantias constitucionais, como, por exemplo, a) a independência do juiz; b) a estrutura participativa de formação da decisão, centrada no contraditório; c) a transparência e a legalidade da decisão através da obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais e do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte de Cassação; e d) a efetividade da tutela jurisdicional<sup>43</sup>.

Nessa perspectiva, o processo mostra-se garantia essencial a assegurar a fruição dos Direitos Fundamentais e a atribuir legitimidade aos atos jurisdicionais<sup>44</sup>. Assim,

---

<sup>40</sup> CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006, p. 62-63.

<sup>41</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 108.

<sup>42</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 43.

<sup>43</sup> ANDOLINA, Italo. 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. 64-65. No mesmo sentido, Marcelo Cattoni afirma que “o Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do ‘devido processo’ e do ‘acesso à justiça’, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 211).

<sup>44</sup> Nesse sentido, verifica-se que é equívoco trabalhar exclusivamente o processo “como normas instrumentais de resolução de conflitos de interesses intersubjetivos historicamente apropriados (lesão ou ameaça a direitos) e não de fruição de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis, e de criação, reconstrução, manutenção e aplicação ou extinção normativas de direitos” (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade

da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo, o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial<sup>45</sup>.

Conforme bem elucida Brêtas, não seria suficiente a previsão Constitucional dos direitos fundamentais se não houvesse a “implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos”. Esse sistema de proteção dos direitos fundamentais, como bem salientou o autor, definiu-se por meio das garantias procedimentais constitucionais, a chamada tutela constitucional do processo<sup>46</sup>.

Nesse sentido, o processo mostra-se capaz de assegurar as garantias constitucionais fundamentais configurando-se como elemento necessário ao exercício legítimo da função jurisdicional. Não é por acaso que Baracho destaca que

nos dias atuais, não é suficiente declarar os direitos para assegurar a sua proteção, é necessária a intervenção do Estado e dos organismos internacionais que removam os obstáculos que dificultam sua realização, acrescentando-se às declarações um amplo sistema de técnicas e instituições que tutelam sua efetividade<sup>47</sup>.

314

Por fim, importante destacar que o processo constitucional, visto como garantia fundamental, não se limita à incidência no âmbito jurisdicional. Confere, pois, legitimidade democrática aos procedimentos instalados no Estado Democrático de Direito, sejam jurisdicionais, administrativos ou legislativos,

---

(Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 284).

<sup>45</sup> 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; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334.

<sup>46</sup> BRÊTAS, 2012, p. 45. A esse respeito, Robert Alexy exemplifica mencionando o direito de propriedade na Constituição alemã, acerca do qual constatou que a proteção jurídica efetiva que garanta a existência da propriedade é um elemento essencial do próprio direito fundamental. Nas palavras do autor: “a despeito de a Constituição conter direitos fundamentais diretamente relacionados a procedimentos – os direitos fundamentais ligados ao acesso à justiça (arts. 19, §4º; 101, §1º; 103, §1º; e 104) – e a despeito da ampla utilização do princípio do Estado de Direito para fundamentar exigências de criação e de configuração de procedimentos, o denominador comum na jurisprudência é atribuir direitos a procedimentos aos direitos fundamentais”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 475).

<sup>47</sup> 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. 310-311.

funcionando como verdadeiro “elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo”<sup>48</sup> – o que será abordado adiante.

## O PROCESSO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Inicia-se o presente capítulo com o escopo de situar o processo constitucional como uma garantia fundamental capaz de “exercer uma função irradiadora sobre o direito”<sup>49</sup> e condicionar o exercício das funções do Estado, sejam as funções administrativas, legislativas ou jurisdicionais.

Dessa função irradiadora é possível inferir que o processo constitucional permeia também o processo de produção das normas de forma que o Legislativo deixa de apresentar-se como uma fábrica de leis, nas palavras de André Del Negri, para indicar um “espaço de discursividade que trabalha segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de legitimidade dos atos normativos”<sup>50</sup>.

Nos processos de natureza administrativa também não é diferente. Fazzalari já aventava, em crítica às limitações das concepções no âmbito da atividade administrativa, que

os administrativistas elaboraram a disciplina e o conceito de “procedimento” partindo exatamente do modelo das atividades de justiça, como um arquétipo óbvio, sem, porém, chegarem à constatação de que tal modelo não é exclusivo da justiça, mas sim um esquema de teoria geral, utilizável e utilizado além da jurisdição em qualquer setor do ordenamento<sup>51</sup>.

315

Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi já atentaram para o que apontou Fazzalari e, em consonância com o que foi argumentado, afirmam que “quando o constituinte refere-se ao processo judicial (no art. 5º, LV, CF) contrapondo-o ao administrativo, está afirmando que o processo pode se desenvolver além da esfera jurisdicional”. Disso decorre que “a ideia de processualidade deixa de estar ligada ao exercício da jurisdição e passa a ser uma forma de manifestação do exercício do poder” e “as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por estarem inseridas tanto no processo judicial quanto no administrativo, passam a ser uma característica comum aos dois processos”. A atribuição

---

<sup>48</sup> 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. 347.

<sup>49</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 102.

<sup>50</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49.

<sup>51</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

de *status* constitucional ao processo administrativo, inserido entre as garantias fundamentais constitucionais, condiciona a “atuação do legislador infraconstitucional e do administrador público” aos preceitos constitucionais<sup>52</sup>.

Do exposto, forçoso concluir que o processo constitucional democrático deve permear toda a atividade procedimental desenvolvida no Estado que se pretenda consolidar Democrático de Direito, seja aquela atividade desenvolvida na esfera legislativa, seja na administrativa ou na jurisdicional.

Ora, “se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’”<sup>53</sup>.

Portanto, há que se verificar o que Friedrich Müller chamou de ciclos de atos de legitimação ou estrutura de legitimação, de observância necessária para que se atribua legitimidade democrática aos atos emanados pelo Estado. Nos dizeres do autor:

no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes “executantes” [‘ausführendem’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o estado de direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são parcialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [‘Kreislaufl’] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação<sup>54</sup>.

Verifica-se que existe uma cadeia lógica de atos que conferem legitimidade democrática à atuação do Estado, cuja interrupção não pode se dar sem comprometer o alcance democrático que se espera do ato.

Mas a estrutura proposta por Müller precisa ser complementada. Não basta a eleição democrática dos representantes pelo povo, com a consequente

<sup>52</sup> CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006, p. 65-67.

<sup>53</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

<sup>54</sup> Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.



elaboração das normas através do processo legislativo. É preciso que esse processo de produção das normas seja permeado pelas garantias constitucionais. No mesmo sentido, quando do exercício da função jurisdicional, não basta citar a norma que está em vigor: o julgador precisa inserir a norma na discussão desenvolvida processualmente, sendo, pois, submetida ao debate.

Em suma, há que existir o controle da norma pela participação do povo em todas as esferas de exercício das funções do Estado, vez que “num Estado Democrático de Direito, as atividades estatais e as decisões públicas delas oriundas adquirem legitimidade se e quando conforme os vetores constitucionalmente estabelecidos”<sup>55</sup>. É o processo constitucional que “concorre para o fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional”<sup>56</sup> ou o administrativo.

Importante a lição do autor Marcelo Cunha de Araújo para quem o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos que, porém, não se presta tão somente ao exercício da função jurisdicional do Estado. Como bem argumentou, a jurisdição é instituto alheio ao processo, não sendo seu objetivo ou finalidade, uma vez que – a título de exemplo – um processo legislativo busca a produção da lei que, por conseguinte, não tem por fim alcançar a jurisdição<sup>57</sup>.

Portanto, o processo deve ser visto “como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional”<sup>58</sup>. Segundo Cattoni, o referido controle será feito por meio da jurisdição constitucional, que deve garantir a participação dos possíveis afetados pela decisão, seja nos processos que versem sobre o controle judicial de constitucionalidade da lei, seja nos processos legislativos. Isso, “por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos”<sup>59</sup>.

Nesse sentido, sendo o processo elemento da estrutura do ordenamento jurídico, a observância do modelo constitucional deve se dar em todas as esferas

---

<sup>55</sup> DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: Rossi, Fernando et al (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 369-370.

<sup>56</sup> BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 25.

<sup>57</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 120-121.

<sup>58</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 347.

<sup>59</sup> 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. 257.

de atuação do Estado, eis que compõe a estrutura indispensável a assegurar a primazia dos direitos fundamentais<sup>60</sup> e, por conseguinte, a atribuir legitimidade aos atos estatais.

### Processo constitucional e o exercício da função jurisdicional

Considerando o objeto do presente estudo, dar-se-á ênfase ao processo constitucional em sua relação estreita com o exercício da função jurisdicional e sempre tendo como norte os ideais do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Dierle Nunes, deve haver “o resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, a partir do necessário aspecto com participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões”. Para o autor, a partir do processualismo constitucional democrático

passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da Jurisdição, mas, também, do Estado Democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais<sup>61</sup>.

318

Nesse sentido, para o exercício legítimo da função jurisdicional, mostra-se fundamental a adoção de uma procedimentalização que viabilize a participação das partes, consistindo em uma estrutura normativa constitucional criada para garantia do Estado Democrático de Direito – o chamado Devido Processo Constitucional. Este vincula o exercício da jurisdição, podendo ser conceituado, na lição de André Del Negri, como:

Instituição que se desenvolve num espaço discursivo de simétrica paridade entre as partes, de modo que esses sujeitos processuais possam desenvolver seus discursos críticos (isocrítica) e assumir a posição de

---

<sup>60</sup> “A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca dantes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. 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, p. 233).

<sup>61</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual*. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 114.

coautores interpretativos e fiscalizadores das leis (jurisdição), por via, evidentemente, da instauração de procedimentos judiciais<sup>62</sup>.

O mesmo autor, porém, em obra distinta, esclarece que o devido processo constitucional apresenta-se como “*medium* da possibilidade fiscalizatória do ordenamento jurídico, operacionalizado por uma procedimentalidade juridicamente isonômica e aberta aos destinatários normativos” capaz de fazer “a rearticulação dos elementos cidadão-democracia-direito-Estado”<sup>63</sup>.

Decisões solitárias dos julgadores com base em construções normativas próprias, fundadas em princípios e ideologias igualmente solipsistas, carecem de legitimidade, eis que o destinatário da decisão tem o direito de influenciar efetivamente na sua formação. Assim:

a visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado<sup>64</sup>.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, não é possível permitir que “transformem o juiz no ‘grande justiceiro do caso concreto’, sujeitando-se apenas ao farol da justiça”<sup>65</sup>. Ora, a “tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição”<sup>66</sup>, o que se perfaz por meio da garantia fundamental do processo constitucional.

Não é por acaso que André Cordeiro Leal manifesta a preocupação de que “a jurisdição não colida com as respostas consistentes já dadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito em sua visão procedimental”, especialmente

---

<sup>62</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 346.

<sup>63</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 90.

<sup>64</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191-192.

<sup>65</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, v. 14, p. 5-17, nov./dez. 2001, p. 14.

<sup>66</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. 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, p. 235.

no que diz respeito à reconstrução do direito democrático, cuja legitimidade está desvinculada das qualidades pessoais ou da experiência do julgador<sup>67</sup>.

Considerando que o processo é elemento do Estado, o exercício da função jurisdicional passa a ser democrático se ele obedece ao processo constitucional, a saber, se o Estado contempla a estruturação necessária e suficiente a propiciar a construção da decisão por meio do processo.

É o processo, pois, que condiciona a democraticidade da jurisdição, funcionando como “meio de implementação da democracia”<sup>68</sup> e apresentando-se “como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsiva) dos modelos de ‘jurisdicionalidade plena’ delineados pela Constituição”<sup>69</sup>.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do princípio do Estado de Direito pressupõe-se a sujeição daquele Estado a um regime de direito que ao mesmo tempo torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Já o princípio do Estado Democrático encerra a ideia de inafastabilidade dos direitos fundamentais, que funcionam como pressupostos de atribuição de legitimidade ao exercício do Poder. Da relação entre os princípios resulta que a noção de Estado Democrático de Direito perpassa pelo reconhecimento da Constituição como estruturante do próprio Estado, com observância obrigatória, que faz com que o Estado esteja vinculado à realização dos direitos fundamentais.

320

Para concretizar o Estado Democrático de Direito é preciso assegurar que o processo constitucional permeie toda a atividade procedimental desenvolvida naquele Estado, seja o processo administrativo, seja legislativo ou jurisdicional.

No âmbito do exercício da atividade jurisdicional é preciso que no espaço democrático do processo haja a possibilidade de os destinatários da decisão efetivamente participarem da construção do provimento que lhes é destinado. O direito a ser construído na esfera processual precisa ser democrático e, para tanto, concorre a garantia do contraditório.

Assim, em substituição à proposição do mérito pelo julgador, o que se propõe é a sua construção pelas partes por meio do fomento ao discurso e da inserção de teses no espaço discursivo do processo. Trata-se de demonstrar a individualidade

---

<sup>67</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 153.

<sup>68</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 121.

<sup>69</sup> ANDOLINA, Italo. 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.

do caso, evitando decisões cuja fundamentação não contempla as teses levantadas pelas partes.

Cumprir esclarecer que não se pretende, contudo, esvaziar a atividade jurisdicional. Ao revés, pretende-se restringir a possibilidade de o julgador proferir decisões partindo de elementos alheios ao debate, limitando suas atividades pela incidência das garantias constitucionais processuais. Para tanto, parte-se do estímulo à criação de uma rede de argumentação que permita o alcance de uma solução compatível com o debate desenvolvido no âmbito processual.

Do que foi delineado, infere-se que o ideal de processo vai além do que propôs Fazzalari, passando a contemplar o processo constitucional como garantia fundamental necessária ao exercício legítimo da atividade jurisdicional.

Nesse marco teórico, o processo passa a ser compreendido como uma garantia fundamental capaz de assegurar a supremacia da Constituição, sem o qual restaria comprometido o ideal de Estado Democrático de Direito.

Assim, todo o sistema processual deve ser pautado segundo a nova ordem constitucional instituída a partir da Constituição democrática de 1988, de forma que a legitimidade das decisões passa a ser condicionada à fiel observância do devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

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

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

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

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.

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; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1ª. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271-316.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 31, n. 131, p. 58-82. São Paulo, jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Versión española de José Li6n De-petre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

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.

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

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.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

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

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A atentabilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: ROSSI, Fernando et al (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

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

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

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

- FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, n. 1. Serro, 2010.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEAL, André Cordeiro. 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, p. 283-292.
- Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; BARROS, Flaviane de Magalhães. *Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.
- QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. *Direitos fundamentais e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, v. 14, p. 5-17, nov./dez, 2001.

