

# O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO ESPAÇO DIALOGAL DISCURSIVO DA DEMOCRACIA I

*The constitutional process as dialogical  
discursive space of democracy*

**JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR**

Mestre em Direito em Ciências Penais pela UFG. Doutorando em Direito Processual pela PUC-MG. Professor-adjunto III da Universidade de Rio Verde. Membro do Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Criminais – GEPeC. Promotor de Justiça em Goiás.

Recebido em: 06.02.2012  
Aprovado em: 26.02.2012

**ÁREA DO DIREITO:** Processual; Constitucional

**RESUMO:** O presente trabalho faz uma análise sobre a função do processo constitucional no Estado Democrático de Direito de 1988, numa perspectiva do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari, apoiado na teoria do discurso do direito de Jürgen Habermas e na concepção do modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera. Com apropriação dos marcos teóricos referidos foi possível revisitar noções acerca da natureza jurídica do processo constitucional e da diferenciação entre direito processual constitucional e direito constitucional processual. A partir de tais abordagens, buscou-se apresentar a concepção acerca do mode-

**ABSTRACT:** This paper makes an analysis on the role of the constitutional process in the Democratic State of Law in 1988, with a view of the process and procedure in contradictory Fazzalari, based on the discourse theory of Jürgen Habermas of the right and the design of the model of constitutional process Andolina and Vigna. With the appropriation of theoretical frameworks was possible to revisit these notions about the nature of the legal and constitutional process of differentiation between constitutional and procedural law procedural constitutional law. From such approaches, we attempted to present the conception of the constitutional model of

lo constitucional de processo, 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, como o devido processo judicial, o devido processo legislativo e o devido processo administrativo, evidenciam que sua teorização e prática decorrentes são a garantia de um espaço dialógico, combustível para uma democracia. Assim, pela interseção dos vários mecanismos relacionados com a efetivação dos direitos fundamentais, restou clarividente que o processo constitucional é o espaço dialógico discursivo argumentativo posto à disposição dos indivíduos, viabilizador da democracia pós-moderna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo – Constitucional – Modelo – Espaço – Dialógico.

the process, a general scheme for the process of instituting a principle foundation in unison. It was found that the rationale, the technical institutes and related forms of the constitutional process, such as due process, due process of law and administrative due process, evidence that his theory and practice thereunder are guaranteed a dialogical space, fuel for a democracy. Thus, the intersection of several mechanisms related to the enforcement of fundamental rights, remained clairvoyant that the constitutional process is dialogical discursive argumentative space made available to individuals, facilitator of post-modern.

**KEYWORDS:** Process – Constitutional – Model – Space – Dialogic.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais – 2. Natureza do processo constitucional – 3. Direito processual constitucional *versus* direito constitucional processual – 4. O modelo constitucional de processo: 4.1 O devido processo judicial; 4.2 O devido processo legislativo; 4.3 O devido processo administrativo – 5. Considerações finais – 6. Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Acerca da abordagem que se faz do tema processo constitucional é importante sinalizar que aqui se apropria da teoria discursiva do direito (HABERMAS, 2003), notadamente porque se trata de como o direito deve ser interpretado e aplicado. Toda noção de conceito acerca do que vem a ser processo e, especificamente, processo constitucional depende do complexo de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados encontráveis no texto constitucional.<sup>1</sup> A relação existente entre direito e processo é essencial para se compreender o que seja o processo constitucional, já que a constituição é o documento que disciplina o político juridicamente. Segundo J. Couture:

1. Tal tratamento é dado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em contraponto à noção de paradigma, expressão utilizada por Thomas Kuhn e apropriada por inúmeros doutrinadores. Para Dias, o uso do termo “paradigma” é impróprio no âmbito do Direito em virtude de abarcar inúmeros sentidos, conforme admitido pelo próprio Thomas Kuhn, quem primeiro cunhou a expressão.

“Los actos del proceso constituyen una conducta determinada em la norma para el caso de omisión de la conducta impuesta o de realización de la conducta prohibida em outra norma. (...) El derecho puede y suele realizarse sin el proceso. Se llama realización espontânea del derecho a la conducta cumplida dentro de lo jurídicamente permitido, sea impuesto o no impuesto; y realización coactiva a la conducta lograda por médio del proceso. (...) Realizar coactivamente el derecho es cumplir la conducta atribuída u ordenada, para que, dentro de la relatividad de las cosas humanas, las previsiones normativas se cumplan efectivamente, ya sea in natura, ya sea mediante ustitutivos más o menos idôneos” (COUTURE, 1993).

Trata-se, pois, de um mecanismo de substituição idôneo para viabilizar que a vida em sociedade seja possível. Nada mais adequado do que tal mecanismo idôneo seja previsto pelo texto constitucional. O processo nada mais é do que a oportunidade que todos devem ter, numa sociedade politicamente e juridicamente organizada, de comparecer perante um órgão estatal dotado dos atributos da honestidade e imparcialidade, a fim de expor seus direitos e apresentar provas de suas argumentações (discurso). Trata-se de uma garantia constitucional dada a todos os participantes da sociedade que se consolidou nos textos das constituições a partir do Século XX, “através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis” (BARACHO, 2008).

## 2. NATUREZA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Conforme preleciona Oskar von Bülow no prefácio da sua “Die Lehre von den Processeinreden un deie 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” (BÜLOW, 2005).

Na doutrina tradicional brasileira, autores como Helio Tornaghi, Cintra, Dinamarco e 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” (TORNAGHI, 1987).

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 nosso) (...).

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005).

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 Candido 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*” (DINAMARCO, 2005).

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. A crítica que se faz à doutrina da relação jurídica processual e da instrumentalidade do processo com escopos metajurí-

dicos 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 específicos 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 um outro é imaginar que, numa democracia, uma pessoa tem o poder de subjugar uma 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 que:

“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 no possa ovliterare lê 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 próprio parere trasformino il procedimento in processo. Occorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del proceso 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, ripettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione del provveimento)” (FAZZALARI, 1994).

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” (HABERMAS, 2003).

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 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” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000).

A diferenciação entre processo e procedimento, segundo o marco fazza-lariano, 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.

Como o introdutor da obra de Fazzalari no Brasil, Aroldo Plínio Gonçalves expõe com propriedade os ensinamentos do primeiro, notadamente 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” (GONÇALVES, 1992).

Por ser uma visão inovadora acerca da natureza do processo, é salutar uma menção à “teoria neoinstitucionalista 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 doutrinador:

“(…) uma teoria neoinstitucionalista 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 que 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” (LEAL, 2009).

A partir do enfoque da “teoria neoinstitucionalista”, referido autor propõe uma teoria do processo como a instituição que garante um espaço procedimen-

talizado no qual o “povo total” da comunidade política, em virtude do direito de ação e do direito ao procedimento, é a razão da existência dos princípios e regras de criação, modificação e aplicabilidade de direitos (LEAL, 2009). 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 (através de discursos de aplicação) e construir o provimento final, que será a sentença.

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, quer 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.

### 3. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL *VERSUS* DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Após a disseminação de uma série considerável de princípios processuais em sede infraconstitucional, notadamente por intermédio da legislação processual, houve uma tendência de constitucionalização desses princípios, o que, v. g., gerou discussão acerca da existência de um direito processual constitucional e de um direito constitucional processual. Tais concepções foram possíveis porque, segundo Marcelo Cattoni de Oliveira:

“(...) juristas brasileiros, seguindo as lições de autores alemães e italianos, introduziram na discussão constitucional e processual penal pátria a distinção entre o que seriam um ‘direito constitucional processual’ – o conjunto de normas constitucionais que estruturam o direito processual – e um ‘direito processual constitucional’ – processo através do qual a jurisdição constitucional é exercida” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001).

Nesse viés, o direito constitucional processual seria constituído do conjunto de princípios bases do processo, notadamente os que emprestam contorno ao devido processo, ao acesso à jurisdição, ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia, à vedação das provas ilícitas, à publicidade, à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, aos sujeitos processuais (juiz, Ministério Público e afetados em geral pelo provimento). Em suma, aqueles princípios que desenhassem um modelo constitucional de processo, ou como queira, uma base principiológica uníssona a ser aplicada a todo modelo de processo, quer seja judicial, legislativo ou administrativo. Em contrapartida, o direito processual constitucional constituir-se-ia pelas normas processuais previstas na Constituição e responsáveis pela organização do sistema de garantia da supremacia da própria Constituição (controle de constitucionalidade, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, dentre outros) e, sobretudo, dos direitos fundamentais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular).

Tal distinção surgiu historicamente num momento de descoberta da jurisdição constitucional concentrada, notadamente na Europa, onde o juiz não tem a liberdade de apreciação da constitucionalidade das normas e deve seguir pelas leis e pelas orientações da corte constitucional. Nesse modelo, não está o juiz nem o cidadão comum autorizado a interpretar a Constituição. A sociedade dos intérpretes da Constituição, num país que adota o modelo concentrado puro de controle de constitucionalidade, é do tipo fechada.

Mas é preciso esclarecer que tal distinção não tem razão de ser no direito brasileiro. Qualquer direito processual somente pode existir diante de um direito constitucional, já que é este que empresta fundamento de validade àquele. Acrescente-se que, no Brasil, o que seria o direito processual constitucional, representado, por exemplo, pelo mecanismo de controle de constitucionalidade, é feito primordialmente de forma difusa em sede de algum processo judicial. Portanto, não há sentido lógico diferenciar algo que se insere num contexto de inclusão e não de diferenciação. Todo direito processual é constitucional, segundo um modelo estruturante estabelecido pela Constituição.

A partir do modelo constitucional de processo estabelecido pela Constituição brasileira, toda jurisdição no Brasil é constitucional, porque apta e autorizada a efetivar o controle de constitucionalidade difusamente.

Assim, conclui Marcelo Cattoni de Oliveira:

“(...) não se pode levar tão a sério a distinção entre um direito constitucional processual e um direito processual constitucional, a ponto de se distinguir o que deve estar intimamente relacionado, processo e Constituição” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001).

#### 4. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A compreensão do que seja um modelo constitucional de processo requer uma breve 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 Andre 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” (DEL NEGRI, 2008).

Por tal motivo, os estudos sobre o processo constitucional têm como ponto de partida a análise dos conceitos, 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 (BARACHO, 2008). Salientando que a perspectiva tomada neste estudo acerca do marco do Estado de Direito Democrático, com a apropriação da teoria discursiva do direito de 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 Lei Fundamental 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” (BARROS, 2009).

Segundo descreve Andolina e Vignera:

“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” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Conforme preconcebido por Andolina e Vignera (2009),<sup>2</sup> esse processo constitucional que se estrutura num verdadeiro “modelo constitucional de processo” nada mais é que um esquema geral de processo constituído por prin-

---

2. “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 allà posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti da legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque comparabile coi connotati di quel modello;

cípios 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) (BARROS, 2009).

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 microssistema, de cada tipologia de processo. Em outras palavras, em virtude do caráter da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, o hermenauta processual deve investigar também subprincípios 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 microssistemas processuais. É assim que a Constituição Federal 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

---

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

c) nella perfectibilità, 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) ben 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.”

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 Leal (2009)<sup>3</sup> que mais correto seria classificar os princípios constitucionais como institutivos do processo, princípios informativos do processo e requisitos da jurisdição.

#### 4.1 *O devido processo judicial*

Conforme já afirmado, qualquer noção que se tenha de Estado na contemporaneidade, perpassa pela ideia de estruturação e disciplina do poder por uma Constituição, na medida em que é imprescindível o estabelecimento de regras e princípios estruturantes a agasalhar uma separação das funções essenciais e um sistema de garantia dos direitos, ou como queira um mecanismo de controle do poder. Para a concretização de tais fins, o Estado, constitucionalmente, prevê órgãos próprios ao desempenho de cada função considerada essencial e é, nessa seara, que se apresenta a função jurisdicional.

Como o Estado se organiza através do direito, é claro que, a fim de harmonizar a interseção do político com o jurídico, é necessário que haja um órgão encarregado que, por meio de um instrumento de garantia – processo constitucional, faça com que os direitos fundamentais sejam respeitados. Conforme ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

“A função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas” (DIAS, 2004).

Tal missão da função jurisdicional, que se exterioriza pela garantia do cumprimento do direito positivo através do devido processo constitucional tem como base o princípio da reserva legal. Assim, pode-se dizer que o exercício da

---

3. 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). *Teoria geral do processo – Primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 49-124.

função jurisdicional sob o marco do Estado de Direito Democrático, somente se legitima segundo um modelo constitucional de processo, ou seja, conforme afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), “a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo”.

Essa estrutura constitucionalizada do processo nada mais é senão o que Andolina e Vignera (1997) denominaram de “modelo constitucional de processo”. Tal “modelo constitucional de processo” ou “sistema de direitos” (HABERMAS, 2003) pressupõe, segundo o marco fazzalariano, uma obediência rígida à base principiológica uníssona, formada pela ampla defesa, pelo contraditório, pela publicidade, pela isonomia, pelo acesso ao direito (acesso à jurisdição como direito fundamental), pela obrigatoriedade de fundamentação das decisões, pelo juízo natural, dentre outros.

Portanto, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o devido processo jurisdicional se consolida como uma:

“Rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no ‘prudente (ou livre) arbítrio do juiz’” (DIAS, 2004).

O devido processo judicial somente se desenvolverá segundo a mencionada disciplina constitucional principiológica se o julgador agir como garantidor de tais princípios, ou seja, possibilitar que o contraditório seja concretizado como a participação das partes em simétrica paridade de tratamento, com ampla defesa (ampla argumentação) a fim de que o provimento final seja uma construção plural e não protagonizada por um sujeito *selbstsürtiger*,<sup>4</sup> dotado de um saber super-partes e de um comportamento solitário numa ordem concreta de valores que só ele teria acesso. Aquela figura do juiz justiceiro de um seriado estadunidense dos anos 80 não tem lugar no marco do Estado de Direito Democrático.

#### 4.2 O devido processo legislativo

Conforme prescrito em linhas pretéritas, o esquema geral de processo, ou modelo constitucional de processo é regente da produção de qualquer pro-

4. Em alemão significa uma pessoa que é viciada em si mesma.

vimento estatal, quer se trate de uma decisão de atividade judicante (devido processo judicial), de uma decisão de atividade executiva em sede administrativa (devido processo administrativo) ou de um ato normativo de atividade legislativa (devido processo legislativo). Desse modo, o devido processo legislativo é desdobramento de um modelo constitucional de processo que deve ser rigorosamente observado sob pena de não ter a aptidão de produzir os efeitos necessários, ou seja, se realizado fora do devido processo constitucional.

Tomando-se como marco a teoria do discurso do direito e do processo como procedimento em contraditório, qualquer provimento que tenha como finalidade estabelecer regra de direito, ou seja, um ato normativo, precisa observar os princípios do contraditório (participação dos parlamentares na discussão e votação dos projetos de atos normativos), ampla defesa (aqui entendida como ampla argumentação dos parlamentares acerca das suas posições sobre o texto e conteúdo dos atos normativos em gestação), isonomia entre as partes que sofrerão os efeitos do provimento (maiorias e minorias do povo devidamente representadas por parlamentares com identidade de tratamento acerca de oportunidade e tempo de discussão de suas ideias), publicidade, dentre outros. Assim, o procedimento legislativo deve obedecer à principiologia rigorosa do devido processo constitucional para que o ato dali emanado possa ter a legitimidade numa democracia. Portanto, afirma André Del Negri:

“(...) o *devido processo legislativo*, o qual é também devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo-teórico-discursivo atual (direito democrático), concretizado por intermédio do processo legislativo orientado pelo *processo constitucional*” (DEL NEGRI, 2008).

Tal exigência de observância possibilita, na atual concepção de democracia, factível pela possibilidade do discurso e pela participação dos afetados pelos provimentos, mesmo que sob o modelo representativo parlamentar, a continuidade dessa sociedade rica, plural e complexa. As fases do procedimento legislativo previstas pelo regimento de cada casa legislativa (em nível federal, estadual e municipal) devem ser observadas, sobretudo porque são desdobramentos (expansividade, variabilidade e perfectibilidade) dos princípios constitucionais de base uníssona.

### 4.3 O devido processo administrativo

Conforme já mencionado, num Estado de Direito Democrático somente se pode falar em ato capaz de produzir efeitos em relação a uma pessoa se, e somente se, produzido segundo um sistema de direitos, notadamente um modelo

constitucionalmente previsto de processo. O processo de criação de qualquer ato que gerará efeitos em relação às pessoas é uma espécie de garantia, uma forma de disciplina do poder estatal, salientando-se que a imperatividade do Estado somente se justifica numa democracia se devidamente legitimada. Assim, as constituições democráticas preveem um mecanismo de regulação da produção dos atos que atingirão pessoas interessadas, não havendo distinção se trata de ato oriundo da atividade judicante, da atividade legiferante ou da atividade administrativa. Conforme ensina Aroldo Plínio Gonçalves:

“A doutrina contemporânea reconhece que o único ato imperativo que pode incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa é o tão imperativo do Estado, proferido segundo um procedimento regulado pelo Direito, que disciplina o próprio exercício do poder, manifeste-se ele no cumprimento de qualquer das funções do Estado, legislativa, *administrativa* ou jurisdicional” (grifo nosso) (GONÇALVES, 1992).

Ainda, segundo Aroldo Plínio Gonçalves:

“A espécie de procedimento denominada processo se subdivide, também em subclasses, e pode-se falar em espécies de processos: processo administrativo, em que se desenvolve a atividade da Administração, processo legislativo, em que se desenvolve a atividade legislativa, processo jurisdicional, em que se desenvolve a atividade do Estado de fazer a justiça, por meio dos seus juízes” (GONÇALVES, 1992).

O processo administrativo se caracteriza e se define como tal à medida em que os interessados no provimento participam da fase que o prepara, notadamente durante o procedimento. O procedimento pode variar segundo o tipo de ato final que se deseja, mas obedecendo sempre uma base principiológica única, prevista na Constituição, tal procedimento recebe o *status* de processo. No caso do Brasil, não se adotou uma jurisdição administrativa como ocorre com o modelo francês, mas é salutar dizer que, quando um órgão estatal realizar atividade administrativa relativamente a, por exemplo, aplicação de uma sanção (de natureza disciplinar ou administrativa), deve fazê-la observando um procedimento devidamente previsto em lei (*lato sensu*), seguindo o modelo constitucional de processo (observância de contraditório, isonomia de tratamento das partes, ampla argumentação, publicidade, dentre outros).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a aceitação de um sistema de direitos corporificado por uma forma de disciplina do poder do Estado, no que foi denominado de modelo constitucional de processo e com os marcos das teorias de Fazzalari acerca do processo e

de Habermas do discurso procedimentalista do direito, torna-se inadmissível que, numa democracia, exista alguém submisso ao poder arbitrário de outrem. A pretensão de paz social se torna ingênua numa sociedade complexa e plural como a atual, na qual há uma descontinuidade crescente e geradora de conflitos dos mais variados matizes. Não há lugar para a paz social nesse tipo de sociedade e o que se espera é que o conflito seja disciplinado e os envolvidos tratados em igualdade de condições e garantido o espaço dialogal indispensável numa democracia. Cada qual é senhor de sua vida, não sendo admissível que seres quaisquer se lancem como legitimados a agir solitariamente para resolver problemas de pessoas civilmente capazes.

É por isso que, muito embora se tenha no âmbito da Constituição brasileira um modelo constitucional de processo é preciso que o ativismo judicial, que já se tornou dogma diante da instrumentalidade e dos escopos metajurídicos do processo (atualmente há um movimento de reforço de tal situação pelo protagonismo do Ministério Público), seja substituído pela recolocação dos interessados no seu devido lugar, ou seja, como colaboradores ativos (diálogo discursivo-argumentativo), juntamente com o juiz, na construção do provimento que os afetará. Somente assim se poderá garantir o espaço dialogal imprescindível à conflituosidade dessa sociedade complexa, e tão caro a uma efetiva democracia.

## 6. REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile – Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Seconda edizione ampliata ed aggiornata. Torino: Gianppichelli, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional – Aspectos contemporâneos*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.
- BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. vol. 3. n. 5-6. p. 161-169. Belo Horizonte: PUC-Minas, 1.º e 2.º sem. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Settima edizione. Padova: Cedam, 1994.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I e II.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – Primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos, de Bruno Silveira de Oliveira e Francisco Vieira Lima Neto – *RePro* 191/19;
- O juiz e o processo constitucional, de José Renato Nalini – *RT* 687/243;
- Processo constitucional e democracia: exemplos ibero-americanos, de Carlos Bastide Horbach – *RDCI* 57/82;
- Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional, de José Levi Mello do Amaral Júnior – *RDCI* 57/100; e
- Teoria geral do processo constitucional, de José Alfredo de Oliveira Baracho – *RDCI* 62/135.