XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-133-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E O CONTROLE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE PROCESS AND THE CONTROL OF THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF DECISIONS: AN ANALYSIS PRINCIPIOLÓGICA OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Flávia Ávila Penido
Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar a função jurisdicional do Estado, bem como a importância da correlação entre Processo e Constituição e, ainda, como o entendimento do Processo Constitucional para a implementação dos direitos fundamentais e do controle do poder do exercido pelo Estado. Para tanto, será realizada uma breve análise histórica-doutrinária acerca do Processo, desde tempos mais remotos até a sua aproximação com as Constituições atuais, mormente a Constituição da República de 1988, que ao instituir um amplo sistema de direitos fundamentais e garantias individuais, inaugurou o chamado Estado Democrático de Direito, um Estado orientado e limitado pelo ordenamento jurídico, e que busca a legitimidade no povo, de quem o poder emana, e que tem por objetivo precípuo a realização dos direitos fundamentais. Ao final, tentar-se-á identificar se o novo Código de Processo Civil assegura as garantias constitucionais em seu corpo normativo, ou seja, se houve o esforço do legislador em coroar o modelo constitucional de processo, com regulamentação do exercício da função jurisdicional em consonância com este novo paradigma.

Palavras-chave: Processo civil, Jurisdição, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze the judicial function of the State, as well as the importance of the correlation between Process and Constitution and, yet, as the understanding of the Constitutional Process for the implementation of fundamental rights and the control of the power exercised by the State. There will be a brief historical analysis-doctrinaire about the Process, from ancient times up to the its rapprochement with the current Constitutions, especially the Constitution of the Republic of 1988, that to establish a comprehensive system of fundamental rights and individual guarantees, inaugurated the so-called Democratic State governed by the rule of law, a State guided and limited by the legal system, and that seeking the legitimacy of the people, to whom the power emanates from, and which aims to enhance implementation of fundamental rights. At the end, we try to identify whether the new Code

of Civil Procedure ensures the constitutional guarantees in its regulatory body, that is, if there was the effort of the legislature to crown the constitutional model of process, with regulating the exercise of the judicial function in line with this new paradigm.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Jurisdiction, Democratic state

1 INTRODUÇÃO

Até o século XX, as teorias processuais propostas não demonstravam preocupação em alinhar o processo e a jurisdição a uma concepção democrática, de modo a possibilitar efetivo respeito aos direitos fundamentais e legimitidade democrática das decisões.

Após a Segunda Guerra Mundial, aumenta a atenção dos autores ao fato da necessidade de assegurar a fruição dos direito fundamentais, havendo, a partir daí, estudos acerca da ligação entre Processo e Constituição, levando aquele a ocupar o centro das garantias constitucionais.

Com a aproximação entre Processo e Constituição, notadamente a partir das pesquisas empreendidas por Eduardo J. Couture, houve uma mudança das concepções acerca da ciência processual, vindo a ser compreendido como condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais processuais, com respaldo das garantias fundamentais, de forma a possibilitar a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais.

Ao conceber o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 encampou o chamado Modelo Constitucional de Processo, em que se proporciona às partes uma estrutura argumentativa a fim de proporcionar uma efetiva participação na construção da decisão final. A partir da concepção de processo como garantia, tem-se o povo como fonte de legitimação do exercício do poder.

Ao instituir um amplo sistema de direitos fundamentais e garantias individuais, inaugura-se o chamado Estado Democrático de Direito, que é um Estado norteado e limitado pelo ordenamento jurídico, e que busca uma legitimidade no povo, de quem o poder emana, e que tem por objetivo precípuo a realização dos direitos fundamentais.

O pressuposto para a construção do Estado Democrático de Direito é o processo constitucional, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional. A Constituição lançou as bases, cabendo ao sujeito constitucional perseguir a elaboração da construção do Estado Democrático de Direito, por meio do processo constitucional.

Por esse motivo, importante conceituar os caracteres do processo constitucional, imprescindível para a construção do Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo identificar o processo constitucional, que é fundamental para a construção do Estado Democrático de Direito. Com efeito, será a partir dele que se permitirá o controle da função jurisdicional, tendo como eixo teórico o princípio do Estado Democrático de Direito.

2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL EM CONSONÂNCIA COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O ponto inicial para o exame da jurisdição é quando o Estado se vê obrigado a assumir a missão de decidir quando superada a concepção de autodefesa e autotutela pelas sociedades mais primitivas. (BARACHO, 1984, p.74) Tal noção acerca da jurisdição inicia ainda na Idade Média, sendo acentuada, contudo, com as ideias trazidas pela Revolução Francesa e com a Teoria desenvolvida por Montesquieu. Segundo Cambi e Nassif:

> Montesquieu, em uma análise mais teórica que propriamente histórica ou verdadeiramente científica, identificou as três funções estatais geralmente observadas como se fossem os "três poderes" do Estado, representando (mas não criando) a separação de poderes, na qual le pouvoir arrête le pouvoir. (CAMBI; NASSIF, 2012, P. 253)

Assim, no Estado Moderno, a função jurisdicional pressuporia a existência de um órgão do Estado que possa fazer atuar a vontade concreta da Lei e que se diferenciaria das outras atividades estatais.

A jurisdição seria a função de declarar o direito aplicável ao caso concreto, exercida monopolisticamente pelo Estado-Juiz a fim de solucionar os conflitos na sociedade. Ninguém, além do juiz, pode exercer jurisdição sobre o território do Estado. Segundo Brêtas, com amparo nas lições de Carré de Malberg:

> A função jurisdicional do Estado é atividade do Estado que consiste em pronunciar o direito, entendida esta expressão como reconhecer o direito vigente e não o criar, porque, no Estado moderno, nas palavras do publicista francês, direito é o conjunto de regras formuladas pelas leis ou em virtude das leis, que constituem seu ordenamento jurídico. (BRETAS, 2012, P. 30-31)

Contudo, a jurisdição "quando não está previamente condicionada à principiologia legal do processo, cuja plataforma jurídica encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva arbitragem." (LEAL, 2012, p.20) É no devido processo constitucional (principiologia constitucional e direitos fundamentais) que a jurisdição encontra seu fator hermenêutico e delimitador. (MADEIRA, 2007, p. 129).

Dessa forma, a função jurisdicional do Estado deve ser realizada de modo a vincular-se ao Estado Democrático de Direito, com respeito máximo aos princípios e garantias constitucionais[1].

3 PROCESSO E JURISDIÇÃO: UMA TRAJETÓRIA HISTÓRICA

O Processo como ação judiciária surgiu inicialmente no Direito Canônico. Assim, foi na Idade Média que o processo passou a ser "conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos." (BARACHO, 1984, p. 117)

A autonomia do Processo face ao conteúdo material do Direito não era algo natural para o jurista moderno, visto que até meados do século XIX vigorou o Período Sincretista, em que o processo era considerado simples meio de exercício de direitos, ou seja, havia confusão entre plano substancial e plano processual[2]. Nesse contexto, o direito processual não era concebido como ramo autônomo do direito.

Foi no século XIX, com a denominada Teoria do Processo como Relação Jurídica de Oscar Von Bülow[3] que se inaugurou a denominada teoria publicista do processo e rompeu, em definitivo, com as teorias privatistas.

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. (BÜLLOW, 2005, p.5)

Nesse sentido, para Bülow o processo deveria ser abordado como relação jurídica de direito público que vincularia às partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser controladas pelos juízes. (LEAL, 2008, p.60)

---

[1] Brêtas concebe a existência de verdadeiro princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, princípio este que se otimiza pela incidência de dois outros princípios, a saber: princípio da supremacia da Constituição e o princípio da reserva legal. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.118,119.

[2] Em decorrência disso, como exemplo, emergia o direito de ação como instituto de direito material - a chamada teoria concretista do direito de ação. Esta teoria condicionava o direito de ação à procedência do pedido exarado na inicial, sem conseguir explicar a movimentação da jurisdição na hipótese de improcedência do pedido.

[3] A teoria foi apresentada na obra "Teoria das exceções e dos pressupostos processuais" (título original: Die lehre von den Prozesseinrenden und die Prozessvoraussetzungen.), com a primeira edição datada de 1868. Cf. BÜLLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p.5.

A Teoria da Relação Jurídica (ou instrumentalista) foi recepcionada e aprimorada por diversos processualistas, tais como: Chiovenda (para quem a ideia de jurisdição é entendida como poder e atividade do Estado), Carnelutti (que vê a jurisdição como meio que o juiz utiliza de complementar a legislação para solucionar o conflito), Calamandrei e Liebman (jurisdição como atividade do juiz). (SAMPAIO JUNIOR, 2007, p.25)

Não obstante, para além da relação jurídica de Büllow, Fazzalari brindou a ciência processual com a sua teoria que diferencia processo e procedimento em uma relação espécie e gênero, diferida pelo contraditório e isonomia.

3.1 Fazzalari: uma nova conceituação acerca do processo

A partir da teoria processual de Elio Fazzalari, divulgada no Brasil com a obra de Aroldo Plínio Gonçalves "Técnicas Processuais e teoria do processo", há uma mudança na concepção de processo, que passa a ser entendido como procedimento desenvolvido em contraditório, com simétrica paridade.

O processo, na concepção fazzalariana, deixa de ser conduzido e interpretado unicamente pelo saber privilegiado do juiz, para ser procedimento em contraditório com a participação em simétrica paridade de armas das partes. Todavia, em Fazzalari, contraditório não é compreendido como garantia constitucional.

> Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinais ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional. (LEAL, 2012, p. 87)

Analisando a estruturação da Teoria, observa-se que "Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais" (NUNES, 2008b, p.207), o que gerou a necessidade da continuidade nos estudos doutrinários visando uma verdadeira legitimidade democrática da atividade jurisdicional, com a aproximação entre Constituição e Processo.

Não obstante, necessário reconhecer que, ao inserir o contraditório como atributo necessário à configuração do processo, houve um substancial avanço da ciência processual.

4 O ENTRELAÇAMENTO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO COMO FENÔMENO DE CONSTRUÇÃO DAS BASES FUNDANTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 Contornos que encerram a noção de Estado Democrático de Direito

Em um Estado que pretenda ser Democrático de Direito, imperiosa a existência de limites impostos pela principiologia constitucional[4], de forma que se torne inevitável o entrelaçamento entre a Constituição e o sistema normativo como pressuposto para a construção do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, ao instituir um amplo sistema de direitos fundamentais[5] e garantias individuais, inaugurou o chamado Estado Democrático de Direito. De acordo com Eugenio Pacelli de Oliveira:

> Parece irrecusável que o Estado brasileiro, instituído (ou constituído na) com a Constituição de 1988, no plano ideal, tem feições predominantemente do tipo de um Estado Democrático de Direito, cuidando de promover a realização das liberdades positivas, por meio de estruturas institucionais a tanto instrumentalizadas, como é o caso do Ministério Público (art. 127 e art. 129 CF), da Defensoria Pública (art.134, CF), e das organizações sindicais, entidades de classes ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX, CF), bem como reconhecendo a existência de direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado e das respectivas garantias processuais para o exercício de sua proteção (arts. 5º, 6º e 7º, sobretudo o do art. 5º, de tão extenso e explícito, dispensa enumerações exemplificativas). (OLIVEIRA, 2004, p.19)

A Constituição da República de 1988 lançou as bases, cabendo ao sujeito constitucional perseguir sua elaboração, por ser o Estado Democrático de Direito, de acordo com Brêtas (2012), um projeto contínuo, em permanente construção.

O mesmo autor considera que:

[4] Os princípios constitucionais são normas jurídicas norteadoras, ou seja, são os 'vigas' que dão a sustentação para o Direito e que têm como função precípua ser fundamento do ordenamento jurídico (FIORATTO; BRÊTAS. 2010, p.123.).

[5] "A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos, de uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo." (BONAVIDES, Paulo. 2008, p. 548).

> a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático de Direito e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. (BRETAS, 2012, p. 2 e 58)

Pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito seria uma resultante do "Estado limitado pelo direito e o poder e o poder político legitimado pelo povo." (CANOTILHO, 2003, p.235)

Fazendo uma breve digressão acerca da origem do Estado de Direito e da Democracia, torna-se possível esclarecer os contornos que encerram a noção de um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao Estado de Direito, Pérez Luño ensina que o termo Rechtsstaat (Estado de Direito) foi cunhado pela primeira vez por Carl Th. Welker, em 1813 na obra *Die letzen Gründe Von Recht, Staat und Strafe*. Posteriormente, os autores Johann Christoph Freiherr Von Aretin (1824) e Robert von Mohl (1829) também utilizaram a expressão. Apesar de certas divergências, todos esses autores eram unânimes em não considerar o Estado de Direito como uma nova fórmula política, mas, sim, em conceber como uma peculiar forma de Estado, com regulação da atividade estatal por meio de princípios racionais (Estado Racional); a superação de qualquer concepção transpersonalista acerca da definição e objetivos do poder; limitação das tarefas do Estado e respeito à liberdade, segurança e a propriedade privada, sempre com respaldo na Lei, que consiste em uma norma geral emanada dos representantes do povo.

> El Estado de Derecho nació, por tanto, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba em su carácter de expresión de la voluntad general y em su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos (PÉREZ LUÑO, 2005, p.226)

Aliado a essas características apontadas por Pérez Luño, Brêtas (2004) inclui o princípio da divisão das funções estatais, com distribuição de competências entre as diversas forças políticas do Estado[6].

[6] Nesse sentido, Bretas esclarece que "também acatamos a doutrina da existência de um poder único do Estado, que se espraia sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa e a jurisdicional. O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizaram juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado. (BRETAS, 2012, p.18) e BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional* , p.93-95

O mesmo autor aponta que a teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à ideia do chamado Estado de Polícia, que é aquele em que a soberania centraliza-se na figura do monarca, sendo o poder conferido a este de natureza divina.

A noção de Estado de Direito surgiu como um conceito liberal[7], servindo de principal arma da burguesia européia em ascensão nos séculos XVI e XVII contra o Antigo Regime estabelecido. Para Saldanha:

> O ideal de liberdade, fixado desde as primeiras formas de oposição ao absolutismo, fez considerar o Direito como condição da coexistência entre liberdade (...); o Estado é, então, apenas o aparato coercitivo assegurador dessa coexistência. (...) A ideia de Constituição, adquirindo significado novo e consolidando-se através de prenúncios e experiências, impõe-se ao mundo civilizado. O Direito costumeiro é condenado como velharia e como iniquidade, exigindo-se agora que o Direito esteja sempre escrito (positividade) para o conhecimento de todos(...). (SALDANHA, 1989, p.116)

O responsável por desenvolver o tema na França, com nítida influência alemã, foi Carré de Malberg, para quem a noção do regime do Estado de Direito traria normas limitadoras capazes de limitar o exercício de poder do Estado na medida em que os indivíduos poderiam se valer dessas normas para a defesa de seus direitos. (CARRÉ DE MALBERG, 1948, p.450)

Apesar de não demonstrar grande preocupação com o que seria mais tarde denominado Direitos Sociais, o Estado de Direito inaugura uma importante preocupação em limitar o poder exercido pelo Estado através da Lei, sendo esta elaborada pelos representantes do povo.

Já a noção de Democracia possui origem remota, sendo consagrada na Grécia Antiga. A expressão de Heródoto foi cunhada há mais de dois mil e quinhentos anos e estava vinculada à questão republicana.

Ensina Bernardes e Ribeiro que, com a Revolução Francesa (séc. XVIII), a concepção de democracia foi retomada a partir da proclamação do sufrágio universal presente no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nos ensinamentos de Bernardes e Ribeiro "dos debates ocorridos a partir da Revolução Francesa, temos a primazia da democracia representativa (...). O proclamado sufrágio universal será apenas louvado como

[7] Para Canotilho ",(...) o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas ("Estado polícia", "Estado gendarme", "Estado guarda nocturno"), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência." (CANOTILHO, 2003, p. 97).

princípio abstrato, pois o seu exercício é ainda restrito; temos a representação capacitaria e censitária.” (BERNARDES; RIBEIRO, 2014, p. 19-20).

Ainda nas lições dos mesmos autores, a concepção de democracia nos dias atuais não pode ser concebida apenas no referencial grego ou naquele resultante das concepções difundidas na Revolução Francesa, já que nesse período não havia preocupação com a igualdade entre as pessoas. Assim, o desafio atual seria conjugar postulados de igualdade em sociedades heterogêneas e complexas como a brasileira. (BERNARDES; RIBEIRO. 2014)

A democracia contemporânea deve ser entendida

> mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação de exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo [...]. (BRETAS, 2012, p. 102)

Nesse sentido, constata-se a conexão necessária entre o Estado de Direito e o princípio democrático para a elaboração do Estado de Direito Democrático. Passa-se, a seguir, a abordar a função da norma Constitucional como base fundante do sistema normativo infraconstitucional e, considerando o escopo da presente pesquisa, dar-se-á ênfase ao regramento processual.

4.2 A demarcação do sistema normativo pela Constituição

Lênio Streck ensina que as Constituições democráticas do século XX assumem o papel de norma diretiva fundamental que se dirige aos poderes públicos, visando à realização dos direitos fundamentais. Portanto, a supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela da esfera individual de liberdade. (STRECK, 2013, p.113)

Todavia, a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico não se inicia no século XX, conforme ensina Goyard-Fabre:

.

> Coube às Assembléias Revolucionárias francesas conceber à ideia de Constituições um lugar central no edifício do direito estatal. Muito rapidamente, esse esquema constitucional foi adotado pelos Estados da Europa para os quais o texto solene da Constituição, na medida em que fixa as regras relativas ao fundamento e ao exercício do poder político, pode passar, por cepa de todos os enunciados jurídicos. A Constituição de fato fixa a distribuição das competências dos diferentes órgãos do Poder: é o estatuto matricial da institucionalização que, materialmente, estende-se a todos os campos da vida social. [...] Do ponto de vista político, a Constituição é,

> portanto, uma proteção contra os riscos de arbitrariedade e de absolutismo que acompanham como uma sombra a individualização do Poder. [...] Do ponto de vista jurídico, a supremacia da Constituição é a característica do que se chama o "Estado de Direito", não só porque ela exclui a arbitrariedade individual dos governantes, mas porque, por comandar a processualidade interna da ordem jurídica, firma-se também como critério de sua validade.(GOYARD-SIMONE, 2002, p. 125-126)

Já o termo Direitos fundamentais[8] também é de origem francesa *(droit fundamentaux)* e surgiu por volta de 1770, diferenciando-se dos direitos humanos visto que esses são pré-constitucionais (direitos que todos devem ter na sociedade). (DEL NEGRI, 2009, p.332-333.

Ocorre que de nada adiantaria a previsão de direitos fundamentais nas Constituições sem a "implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos, evitando transformá-los em meras expressões formais de aformoseamento do texto constitucional, destituídas de qualquer eficácia prática. Esses sistemas de proteção dos direitos fundamentais definiu-se por meio das garantias procedimentais constitucionais." (BRÊTAS, 2012, p.45)

Da necessidade de assegurar a fruição dos direito fundamentais resultou a ligação entre Processo e Constituição, levando aquele a ocupar o centro das garantias constitucionais. A partir de então, o estudo do Processo passou a reclamar "uma maior sofisticação no sentido de garantir a presença de princípios constitucionais que passam a integrar, necessariamente, o Processo [...]" (DEL NEGRI, 2008, p.103).

O estudo sistematizado da aproximação entre Processo e Constituição foi realizado por Hector Fix-Zamudio, após a Segunda Guerra, "quando o jurista mexicano continua a obra começada por Eduardo J. Couture" [9]. (BARACHO, 1984, p.4)

Os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, ou seja, como direito-garantia fundamental, despontaram, no Brasil, com José Alfredo de Oliveira Baracho na década de 1980. (LEAL, 2012, p.8)

> "[...] O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis [...] O Processo

[8] Para Alexy, direitos fundamentais *"são os enunciados presentes no texto da Constituição." (*ALEXY, 2008, p.65).

[9] O mesmo autor, porém em obra distinta, afirma que em Eduardo Couture já existia o entendimento de que a tutela do processo só seria possível a partir do reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, visto que os preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem – art 8º e 10º. (BARACHO, 1999, p.49.

> Constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias, deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes em todas as fases de atuação no processo." (Baracho, 1999, p. 49-50)

Portanto, e nas palavras do próprio Baracho (1999, p. 90), "os levantamentos sobre o Processo Constitucional partem de análises sobre o conceito, a extensão e os limites das garantias constitucionais." O processo como garantia constitucional possibilita que os direitos da pessoa humana tornem-se exequíveis, devendo atingir todos os participantes do processo.

Até os estudos de Héctor Fix-Zamudio, havia errônea concepção acerca do Processo Constitucional. Foi esse autor que destacou a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais no processo civil.

Nas palavras de Baracho, "o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jursidição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais" Para o mesmo autor, do processo constitucional seria, portanto, o respaldo das garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dessas. (BARACHO, 1999, p. 47)

Já para Cattoni de Oliveira, não se pode opor exercício do Poder Jurisdicional à garantia de direitos, pois é através do processo jurisdicional realizado em contraditório entre as partes, juntamente com o juiz, que a decisão jurisdicional é emitida e a função jurisdicional é exercida. Assim:

> O processo constitucional é fundamentalmente concebido, por um lado, como instrumento da jurisdição e, por outro, como instrumento de garantia de direitos.[...] A concepção de processo acolhida neste trabalho não distingue o processo e o procedimento através de um critério teleológico nem compreende o processo como relação jurídica ou procedimento como mera forma. Assume, da perspectiva reconstrutiva da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, a tese de Elio Fazzalari, exposta e desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves, segundo a qual o processo se diferencia do procedimento porque este último é um conceito mais amplo, procedimento é gênero do qual o processo é espécie. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p.161-162)

Importante esclarecer que o processo constitucional não é garantia apenas do exercício jurisdicional, devendo permear os processos desenvolvidos nas esferas legislativas e administrativas. Em estudo sobre Processo Legislativo, Del Negri é categórico ao afirmar que

> O Estado de Direito Democrático e o Devido Processo Legislativo são instituições interdependentes, vez que o Direito para ser democrático deve ser produzido por um

> modelo processual constitucionalizado a fim de legitimar o Direito e configurar a democracia, a cidanização e a soberania popular pela estrita observância ao contraditório, ampla defesa e isonomia. (DEL NEGRI, 2008, p. 126)

Em outra obra, o mesmo autor salienta que é importante combater, no plano legislativo, decisões parlamentares e projetos de leis que não observem o devido processo legislativo, impedindo, assim, uma abertura hermenêutica-reflexiva no Estado Democrático de Direito. (DEL NEGRI, 2011, p. 43)

Tomando como base as concepções acerca do processo constitucional, verifica-se em Bretas a noção mais apropriada de função jurisdicional deve estar alinhada à concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, assegurada a preservação dos direitos e garantias constitucionais:

> a função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. (BRETAS, 2012, p. 32-33)

Portanto, conclui-se que a única forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos nos processo é por meio do processo constitucional.[10]

5 REFLEXOS DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Constituição da República de 1988, ao conceber o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, estipulou um modelo constitucional de processo[11].

Importante destacar que se deve compreender o Modelo Constitucional de Processo em conformidade com as peculiaridades de cada disciplina, ou seja, modelo único e tipologia

[10] "A Jurisdição Constitucional é tomada, assim, no sentido de atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade" (BARACHO, 1984, p.98).

[11] O termo 'Modelo Constitucional de Processo' foi pensado inicialmente pelos italianos Andolina e Vignera com o escopo de consolidar o entendimento de que na Constituição haveria um conjunto de normas comuns ao processo. Assim, para os autores, haveria um esquema geral determinado pela Constituição e aplicável ao processo civil, que possuiria três características: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. 1997, p.9-11).

plúrima, com a presença de princípios garantidores do processo presentes na Constituição. (BARROS, 2009, p.333-335)

Assim, com o desenvolvimento do modelo constitucional e também a partir da teoria procedimentalista de Jürgen Habermas em que o sujeito de direitos é considerado autor e destinatário da norma jurídica, o processo passou a ser entendido como procedimento em contraditório, em co-dependência com a ampla defesa, sendo, portanto, uma garantia constitucional, em que se proporciona às partes uma estrutura argumentativa a fim de que haja isonomia e efetiva participação na construção da decisão final. [12]

Isso porque, em uma concepção de processo como garantia, os legitimados ao processo (aqueles que serão afetados pelo provimento final) são tanto autores quanto destinatários da sentença do julgador, sendo permitido a esses exercer o controle e a fiscalização da atuação do juiz na construção da sentença.[13] Para Leal:

> A hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, se ergue como exercício democrático da discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser a conclusão das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário do juiz. (LEAL, 2012, p. 45)

Só é possível exercer o controle da racionalidade jurídica por meio da efetiva participação paritária; com comparticipação dos envolvidos no processo na construção do provimento final. Logo, a fundamentação das decisões deve estar intimamente ligada à argumentação desenvolvida pelas partes.

Nessa toada, o novo Código de Processo Civil[14], sancionado no corrente ano, buscou contemplar os princípios constitucionais ao estabelecer as diretrizes que servirão de guia na condução do procedimento.

O artigo onze cuidou de asseverar, como fez a Constituição no art. 93, IX, o dever de fundamentação das decisões:

---

[12] Nas lições de Nunes: a teoria fazzalariana, ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual que consiga suplantar os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo**. (**NUNES, 2008b, p. 157).

[13]De maneira ainda insipiente, nas décadas de 1940/1950, Eduardo Couture já lecionava que "o juiz é um homem que se move no direito como prisioneiro na sua prisão. Tem liberdade para se mover e nisso age sua vontade; mas o direito lhe fixa limites muito estreitos, que não lhe são permitidos ultrapassar." (COUTURE, 2003, p. 56).

[14] BRASIL.Código de Processo Civil (2015). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 04 de agosto de 2015.

> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Ocorre que não é qualquer fundamentação que serve à consolidação de um modelo processual efetivamente constitucional e, por conseguinte, democrático, senão uma fundamentação idônea. Nessa toada o Art. 489 do novo Código de Processo Civil, em seu parágrafo primeiro, prevê uma série de situações em que reputa insatisfatória a fundamentação da sentença:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Do que expõe o referido artigo, a fundamentação da decisão deve guardar estreita fidelidade à construção elaborada pelas partes na discursividade processual, sob pena de apresentar uma fundamentação divorciada dos anseios das partes.

Isso porque as partes esperam que seus argumentos sejam observados, seja para acolher ou refutar, de forma que seja possível compreender a racionalidade existente por trás do ato decisório formalmente apresentado.

Observa-se a preocupação legislativa em oferecer meios para uma maior participação dos legitimados ao processo na construção da decisão jurisdicional e, com isso, um consequente aumento no controle e na fiscalização da atuação do juiz na construção do provimento final.

O reflexo da Constituição no novo Código de Processo Civil aparece também no art. 7º, que trata do contraditório e da ampla defesa:

> Art. 7º NCPC É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O princípio do contraditório está referido no art. 5º, LV, da CR/88 e não deve ser entendido como a possibilidade de dizer e contradizer desenvolvidos entre as partes, mas, sim, como uma efetiva contribuição para a fundamentação do provimento. Em outras palavras, deve esse ser uma garantia de influência e não surpresa das decisões. (NUNES; THEODORO JÚNIOR. 2009, p. 120-122)

A importância e a abrangência do contraditório vão além, sendo uma peça fundamental no jogo da argumentação ao organizar o discurso e a atividade do juiz, conforme aduz Souza Cruz: "O contraditório é elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da "resposta certa" ou da "norma ideal". Ele compõe a racionalidade procedimental que afasta a visão solipsista da Teoria da Decisão." (CRUZ, 2004, p. 246).

Em um contexto democrático, o contraditório deve guardar uma aproximação com o princípio da fundamentação das decisões "como se fossem irmãos siameses". Também na lição de Brêtas ressalta-se a importância da vinculação entre os argumentos produzidos em contraditório e a fundamentação das decisões:

> [...] Com efeito, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento jurídico ou das convicções pessoais do agente público julgador, porque ele não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber. A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. (BRETAS, 2004, p. 146-147 e 149)

Só é possível exercer o controle da racionalidade jurídica por meio da efetiva participação paritária, com ampla participação dos envolvidos no processo na construção da

decisão jurisdicional.[15] Assim, a fundamentação das decisões também deve estar intimamente ligada à argumentação desenvolvida pelas partes. Não é por outra razão que estabeleceu o artigo 10 do novo *codex*:

> Art. 10 NCPC O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Da exigência de correlação entre a fundamentação da decisão e os argumentos trazidos ao processo pelas partes, resulta também a vinculação da fundamentação da decisão às provas produzidas:

> Art. 371 NCPC O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

A prova produzida em contraditório, por seu turno, limita o solipsismo judicial ao vincular a fundamentação da sentença com as argumentações das partes fixadas no processo civil. Nesse contexto, a prova permitirá a introdução de argumentos relevantes das partes no processo e um efetivo controle da atividade cognitiva judicial.

A indicação das razões de formação de seu convencimento a partir da prova produzida, aliada aos argumentos deduzidos em contraditório, é exigência que garante às partes influir na formação da convicção do órgão jurisdicional e, aliado a isso, controlar a racionalidade do julgador.

Nesse contexto, ao impor que o juiz motive suas decisões com base na necessidade de vinculação dos argumentos deduzidos ao seu convencimento, tem-se um maior controle da atividade jurisdicional por meio das partes, de forma a estabelecer a legitimidade democrática necessária às decisões.

A inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição da República também foi contemplada no novo Código de Processo Civil, em seu artigo terceiro, a saber: "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

Conforme abordado nesta pesquisa, uma vez ilidida a possibilidade de autotutela, transferindo para o Estado o dever de tutelar as contendas individuais, resta garantir ao

[15] A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados passam influenciar na formação das decisões (NUNES, 2008a, p.152).

jurisdicionado o acesso amplo e irrestrito aos órgãos aptos a apreciar as pretensões apresentadas.

Não obstante, não é qualquer processo que serve a este propósito, senão o devido processo constitucional, direcionado à proteção da dignidade da pessoa humana e pautado pelos princípios da legalidade, publicidade e eficiência, zelando sempre pela observância da razoável duração. Estes, por sua vez, previstos da Constituição da República, nos artigos 1º, III, 37, *caput* e Art. 5º, LXXVIII e reproduzidos no novo Código de Processo Civil em seus artigos 4º e 8º:

> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
>
> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Das primeiras impressões acerca do novo Código de Processo Civil, verifica-se um cuidado do legislador em desenvolver a norma infraconstitucional em consonância com a Constituição.

Ainda que haja uma exacerbada participação do órgão jurisdicional, em nítido encampamento da relação jurídica büllowiana, esse entrelaçamento da Constituição com o processo denota o esforço de se construir uma norma que não se afaste dos direitos e garantias inscritos na Constituição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a construção de um Estado Democrático de Direito, é essencial a adoção de um modelo constitucional de processo - nas esferas legislativa, administrativa e jurisdicional - que garanta a efetiva participação daqueles que serão os destinatários do provimento. Isso porque a legitimidade democrática almejada pela Constituição da República de 1988, para que seja alcançada, depende da observância dos preceitos constitucionais em todos os níveis de atuação Estatal e não seria diferente no âmbito jurisdicional.

Com o desenvolvimento da ciência processual no sentido de aproximar a Constituição e o Processo iniciados por Eduardo J. Couture e sistematizado por Héctor Fix-

Zamudio inicia-se uma concepção acerca do Processo Constitucional, destacando-se a importância de se chegar ao conceito, à extensão e aos limites das garantias constitucionais no processo.

Os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, em outras palavras, como direito-garantia fundamental, despontaram no Brasil com José Alfredo de Oliveira Baracho na década de 1980. Para esse autor, o processo constitucional seria o respaldo das garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dessas.

Alinhada a uma concepção de devido processo constitucional, o novo Código de Processo Civil cuidou de reproduzir importantes garantias constitucionais em seu corpo normativo. O esforço em coroar o modelo constitucional de processo foi além da mera menção às garantias, passando a regulamentar o exercício da função jurisdicional em consonância com este novo paradigma.

Ressalta-se, especialmente, o regramento da fundamentação das decisões que passou a exigir a correlação entre a decisão a ser proferida e a argumentação das partes e a prova produzida. Trata-se de importante mecanismo de controle da racionalidade das decisões como forma de dotar as partes de instrumentos para fiscalidade das razões apresentadas.

Conclui-se, que em uma concepção de processo como garantia, tem-se o povo como fonte de legitimação do exercício do poder. É por essa razão que os provimentos não podem ser distanciados do que foi produzido pelas partes, sob pena de relegar a sua participação a uma condição meramente ilustrativa, desprovida de efetividade.

A principiologia constitucional oferece meios hábeis para o controle da racionalidade da jurisdição, possibilitando que esta seja conectada com a argumentação desenvolvida pelas partes. Logo, a Constituição da República de 1988 lançou as bases, cabendo ao sujeito constitucional perseguir sua elaboração, por estar o Estado Democrático de Direito ainda em construção.

REFERÊNCIAS

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

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della**

giustizia civile: il modello constituzionale del processo civile italiano.Torino: Giappichelli, 1997.

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 processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

BERNARDES,Wilba Lúcia Maia; RIBEIRO, Patrícia Henriques. Democracia e Poder Legislativo: Algumas reflexões para a Constituição de 1988. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques; SILVA GUERRA Arthur Magno; BERNARDES,Wilba Lúcia Maia; Horta de Andrade Juliana Campos (Orgs.) **25 anos da Constituição Brasileira de 1988: Democracia e Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 19-26.

CAMBI, Eduardo; Nassif, Diego.Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos Tribunais**. nº 916. fev-2012. p.249 p.263.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

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

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

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.

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

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del Estado**. Versión española de José Lión Depetre. Mexico: Fonde de Cultura Economica, 1948.

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

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.

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

GOYARD-SIMONE. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: FCH Fumec, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos** – 11ºed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a Democratização do Processo Civil**. 2008a. 219f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2008b.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Diretos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución.** 9ª ed. Madri:Tecnos, 2005.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SAMPAIO JÚNIOR, Tércio. **Nova concepção de jurisdição**. 2007. 176f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 233-263.