

**PROCESSO CONSTITUCIONAL:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

**CONSTITUTIONAL PROCESS:
ONE APPROACH TO THE CHALLENGES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW**

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES

Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMinas), Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Professor Adjunto na PUCMinas e UNIFEMM, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Comissão de Ensino Jurídico (OAB - Seccional Minas Gerais), Advogado.

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UFMG), Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Professor Adjunto na Faculdade Batista de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

Resumo: O texto apresenta os dilemas do estudo do processo constitucional no Brasil, reconstruindo o histórico do Direito Processual Constitucional, mostrando, ao mesmo tempo, sua realidade histórico-social – relacionada à consagração de sistemas normativos de proteção dos Direitos Humanos, e a científica, dimensões que a doutrina na atualidade tende a mesclar. Analisa a aplicação dos princípios constitucionais e a democratização do processo.

Palavras-chave: Processo constitucional – democratização processual - princípios – acesso à justiça – eficiência.

Abstract: The article presents the dilemmas of the study of the constitutional process in Brazil, rebuilding the Constitutional Procedural Law history, while demonstrating its social-historic reality – related to the recognition of normative systems for the protection of Human Rights, and the scientific one; dimensions that currently the doctrine tends to merge. Analyzes the application of constitutional principles and the democratization process.

Key-words: Constitucional process - principles - democratization process – access to justice-efficiency.

Sumário: Considerações iniciais: o “Processo Constitucional”; 1. Constitucionalização do Processo; 2. Alguns dilemas do acesso à justiça; 3. Os problemas de “eficiência” e a judicialização....; 4. Devido Processo Legal; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Considerações iniciais: o “Processo Constitucional”

Como já se disse no I Congresso Ibero-americano de direito constitucional, ocorrido no México em 1975 “é necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, com o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem a zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do órgão jurisdicional”.⁵¹³

Essas breves palavras já demonstram a importância do estudo do direito processual constitucional, modelo constitucional de processo,⁵¹⁴ justiça constitucional,⁵¹⁵ processo constitucional ou qualquer outra nomenclatura atribuída a essa nova disciplina jurídica (cf. *infra*) delineada no curso do século XX e que vem gerando enormes ressonâncias para a compreensão e aplicação do direito em consonância com o Estado Constitucional democrático e com uma teoria adequada dos direitos fundamentais.

No entanto, como bem aponta Mac-Gregor, soa paradoxal o fato dos processualistas, em média, mostrarem-se pouco interessados no trato mais aprofundado das questões inerentes aos impactos do estudo do direito processual constitucional, em face da assertiva recorrente da constitucionalização do ordenamento jurídico e da criação de processos e órgãos jurisdicionais especializados na matéria constitucional; aspecto que conduziria a uma necessária aproximação do Processo com a Constituição.⁵¹⁶

Nesse breve ensaio almeja-se resgatar as lições acerca da importância do Processo Constitucional no âmbito dos operadores e estudiosos do Direito e mostrar as confluências entre o Processo e a Constituição e sua interconexão na aplicação do direito a partir de uma perspectiva dinâmica dos direitos fundamentais.

⁵¹³ Tradução livre - FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵¹⁴ ANDOLINA; VIGNERA, 1990.

⁵¹⁵ cf. MAC-GREGOR, 2008, p. 529-657.

⁵¹⁶ MAC-GREGOR, 2008, p. 537 e 2009.

Conforme mostrar-se-á adiante, o Processo Civil sofre uma ruptura paradigmática a partir do final do século XIX, quando num primeiro momento se autonomiza, se articula nos moldes do movimento pela socialização processual,⁵¹⁷ e a partir da década de 1920 se molda em perspectiva constitucional.

A incipiente constitucionalização jurídica ao alcançar o campo processual impõe uma reformulação na leitura de seus institutos eis que, como afirma Baracho⁵¹⁸, “os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos Direitos Fundamentais do homem”.

Desde texto publicado em 1956, na Revista “Justicia”, passando pelo seu famoso ensaio da “Revista de Derecho Procesal” do Uruguai (posteriormente republicado pelo “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, em 1977), FIX-ZAMUDIO, referindo-se ao trabalho de Couture, nos dá notícia do nascimento de uma nova disciplina, o “derecho constitucional procesal”, surgido como “*resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*”.⁵¹⁹ O jurista chama a atenção para a anterioridade e a repercussão dos trabalhos de Couture (especialmente o seu “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”) no âmbito processual mostrando a transcendência constitucional dos institutos processuais.⁵²⁰

A constatação é clara, “ação, jurisdição e processo” devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional.

*En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción”.*⁵²¹

1. Constitucionalização do Processo

Tem-se falado muito hoje em dia em “Direito Civil Constitucional”,⁵²² “Direito Penal Constitucional”, e outras combinações entre os mais variados ramos do Direito e a Constituição (ou

⁵¹⁷ KLEIN, 1958, p. 15; BÜLOW, 2003; NUNES, 2008.

⁵¹⁸ BARACHO, 1980-82, p. 59.

⁵¹⁹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 315.

⁵²⁰ FIX-ZAMUDIO, p. 317. Para compreensão da importância do pensamento de Couture no desenvolvimento do estudo da ciência processual constitucional cf. MAC-GREGOR, 2008, p. 597 *et seq.*

⁵²¹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵²² PERLINGIERI, 2007.

o Direito Constitucional). Essa é uma tendência bastante positiva, haja vista um aparente reconhecimento da importância e da primazia da Constituição sobre todo o Direito, nas suas mais variadas manifestações.⁵²³

Fator que também pode explicar a atual tendência, no Brasil, de se constitucionalizar o Direito, estaria no fato da Constituição Brasileira, mais do que qualquer outra anterior, além de tratar de matérias tradicionalmente afetas a uma Lei Maior — organização do Estado, dos poderes, da forma e regime de governo, além de um extenso e inigualável elenco de direitos e garantias —, trazer para seu seio disposições afetas ao Direito Civil, Comercial, Tributário, Penal, Processual (e outros) de maneira, por vezes pormenorizada.

Assim, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o Direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo no Brasil sem se reportar à Constituição da República Federativa de 1988.⁵²⁴

Isso se torna ainda mais complexo em uma Constituição com um elenco tão longo de direitos e garantias fundamentais⁵²⁵. De fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito.⁵²⁶ Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandado de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

⁵²³ O fenômeno da “constitucionalização” do Direito ocorre, como lembra SARMENTO (2009), com a nova configuração das Constituições que surgem após a 2ª Guerra, quando elas deixam de ter um papel apenas *inspirativo* (isto é, não vinculante do legislador e, logo, não judicializável) e passam a conter um extenso catálogo de (novos) direitos fundamentais que reclamam a atuação do Estado, espalhando seu alcance por sobre todas as áreas do Direito. Diante do descumprimento de boa parte dos “programas” previstos nas Constituições, com a crise do Estado de Bem-Estar (principalmente em países subdesenvolvidos), cresce a importância do Poder Judiciário, o que irá importar “na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção”. SARMENTO, 2009, p. 15. Cf. também BAHIA, 2004.

⁵²⁴ Aqui não poderia deixar de fazer uma consideração: Os processualistas devem se abrir para os ganhos da teoria do direito, da Constituição e da filosofia. Essa afirmação não advoga o retorno a posturas conceitualistas próprias do início da ciência processual, mas, ao ver ainda, manifestações de “desprezo” aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, mesmo, das ciências gerenciais percebemos a repetição de posturas e preleções típicas dos praxistas (dos idos tempos) como se ao falar de processo nos reduzíssemos a falar de formas e formalidades de um mecanismo técnico neutro, ou pior, de um mecanismo aberto às concepções pessoais de cada aplicador.

⁵²⁵ Como observa ALEXY, referindo-se especificamente à Constituição brasileira de 1988: “Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista?” (1999, p. 63).

⁵²⁶ cf. BARACHO, 1985, p. 60 e 2000, p. 13-14.

Como se percebe desse breve levantamento, a partir de 1988 toda a processualística brasileira mudou; garantias foram ampliadas (com a criação, por exemplo, do mandado de segurança coletivo, recentemente normatizado pela lei 12.016/09) e novas garantias surgiram (como o mandado de injunção, o *habeas data*). Vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados.

A Constitucionalização do Processo é um capítulo à parte dentro da tendência apresentada. Inicia-se já quando a socialização processual começa a ser amplamente absorvida pelos textos legais (códigos e ordenanças processuais) e ganha força na forma de se interpretar e aplicar os institutos do processo.⁵²⁷

A partir disso os cultores do Direito passaram a olhar de forma diferenciada para o “processo”, não mais como direito “adjetivo”, mas sim, retomando antigas teorias acerca de escopos “metajurídicos” presentes nas ações judiciais⁵²⁸. Tal preocupação não passou despercebida pelos que elaboraram as Constituições ao longo do século passado, pois, como já nos lembra,⁵²⁹ estas “consagran expresamente los delineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional”⁵³⁰. Assim é que os três institutos básicos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) passaram a ser estudados também por constitucionalistas.⁵³¹

Trata-se de uma mudança paradigmática na interpretação do processo. Como definiram Andolina e Vignera:⁵³² “[/]e 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, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria”.

Dessa forma que o processo — como outros ramos do Direito, consoante anotado *supra* — também vai se tornando “Processo Constitucional”, num desenvolvimento contínuo.

FIX-ZAMUDIO⁵³³ estabelece, para alguns, o surgimento de duas disciplinas: “direito processual constitucional” e “direito constitucional processual”⁵³⁴.

A primeira estaria relacionada à chamada “justiça constitucional”⁵³⁵, isto é, *uma nova concepção da jurisdição que busca dar efetividade à Constituição através do processo*. O marco

⁵²⁷ NUNES, 2008, p. 88 *et seq.*

⁵²⁸ As primeiras referências a escopos políticos, sociais e econômicos ao processo se encontram nas obras de Menger e Klein (cf. NUNES, 2008, p. 79 *et seq.*) Sobre a retomada dessas ideias na atualidade ver Dinamarco (2001).

⁵²⁹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 317.

⁵³⁰ Já ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, 2000, p. 103-104 mostrava a dificuldade de se tentar enquadrar a jurisdição como pertencente ao direito processual ou ao constitucional. O autor inclusive lembrava que Couture, ao tratar dos “fundamentos do direito processual” não tratou da jurisdição, o que foi objeto de críticas no meio processual. Cf. também FIX-ZAMUDIO (1977, p. 317) e SANTOS, 1994.

⁵³¹ FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318.

⁵³² ANDOLINA E VIGNERA, 1990, p. 13.

⁵³³ 1977, p. 320ss

⁵³⁴ Cf. também CATTONI DE OLIVEIRA, (2001, p. 211 *et seq.*

inicial desta disciplina estaria na obra de Kelsen e seus estudos sobre os meios processuais que garantiriam a efetividade da Constituição. Segundo Alcalá-Zamora y Castillo,⁵³⁶ o processo constitucional possui, como antecedentes, de um lado,

la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos [a referência é à Lei de Organização Judicial espanhola de 1870] (...) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que (...) el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austríaca de 1º de octubre de 1920, inspirada por Kelsen, a quien, por tanto, debemos considerar como fundador de esta rama procesal (...) y que trascendió al constitucionalismo de otros países, como España en 1931⁵³⁷.

A segunda disciplina (direito constitucional processual) se relaciona ao que Fix-Zamudio chama de “constitucionalização da justiça”, ou seja, o fenômeno da *regulación constitucional das instituições*.

O “direito processual constitucional” estuda os chamados “remédios constitucionais” (v.g., mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), chamados de “jurisdição constitucional da liberdade” e a “jurisdição constitucional orgânica”. Já o “direito processual constitucional” estuda, do ponto de vista do Direito Constitucional, os dispositivos (normas e princípios fundamentais) referentes ao processo, presentes nas Constituições. O grande referencial aqui, segundo FIX-ZAMUDIO é Couture⁵³⁸.

Cattoni de Oliveira questiona a distinção que propõe a existência de duas disciplinas diferentes, já que todo Direito processual também é direito “constitucional” em nosso Ordenamento, uma vez que aquele se origina deste⁵³⁹.

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “modelo constitucional do processo”, estruturante do Direito processual, que não pode ser

⁵³⁵ Noutro texto Fix-Zamudio (1968, p. 12) explica que o termo “Justiça Constitucional” corresponde ao que noutros países se denominou “*judicial review*”, “processo (ou jurisdição) constitucional”, “controle de constitucionalidade”. Entretanto, entende mais adequado aquele outro termo, já que, filosoficamente, representaria melhor o estágio em que nos encontraríamos (à época), no qual as normas fundamentais trariam um caráter marcadamente axiológico (isto é, seriam “normas programáticas”).

⁵³⁶ ALACALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 214-216

⁵³⁷ FIX-ZAMUDIO (1977, p. 321) acrescenta a influência da obra de Kelsen sobre Constituições europeias pós-2ª Guerra. Cf. também MARTÍNEZ ESTAY (2005b).

⁵³⁸ Por influência de Couture, as “Primeiras Jornadas Latino-americanas de Direito Processual”, ocorridas em 1957 (assim como as subsequentes) deliberaram, entre suas conclusões, vários temas referentes a “garantias constitucionais do processo” (cf. FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 323-324).

⁵³⁹ Anota também outra razão: para CATTONI DE OLIVEIRA (2001, p. 212), o meio ordinário de controle de constitucionalidade no Brasil é o difuso, o que faz com que em todo processo a “questão constitucional” esteja sempre presente. Nesse sentido também BAHIA (2005b). Em sentido contrário, e.g., MENDES (1998).

desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 212).

É importante assinalar as conseqüências disso: a partir do momento em que o Processo é visto como “Processo Constitucional”, toda Justiça (e, pois, todo juiz/Tribunal) é Constitucional.

Quando se fala, hoje, pois, em Controle de Constitucionalidade como sinônimo de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional, deve-se explicitar os supostos a partir dos quais são usados os termos⁵⁴⁰; principalmente se referido ao Brasil, onde todo e qualquer juiz está autorizado a deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional. De forma que “Jurisdição Constitucional” pode significar o mesmo que “Controle de Constitucionalidade” caso estejamos falando de sistemas de controle concentrado de normas (como o alemão): aí há uma jurisdição propriamente “constitucional” (executada exclusivamente por um “Tribunal Constitucional Federal” – *Bundesverfassungsgericht*) e outra “ordinária” (executada pelos demais juízes). Nesse sentido Fix-Zamudio⁵⁴¹ explica que a expressão “Jurisdição Constitucional” apenas se refere às atividades dos Tribunais Constitucionais, naqueles países nos quais aqueles decidem de forma exclusiva a questão do controle de constitucionalidade das leis. Já nos países que adotam controles políticos e os que conferem esse poder a juízes ordinários (como no Brasil), tal expressão não faria sentido.

O debate em torno do Processo constitucional ganha inúmeras nuances, não se resumindo tão somente à problemática do controle de constitucionalidade⁵⁴², mas, também se referindo ao necessário exercício de quaisquer poderes públicos e privados, servindo como pressuposto de participação e formação das decisões (provimentos).

Nessa tônica, o delineamento de uma perspectiva processual constitucional inicialmente concebida no marco do Estado Constitucional Social vocacionado ao reforço, especialmente após a segunda grande guerra, do papel do Poder Judiciário e na implementação de políticas públicas de ampliação do acesso à justiça, começa a ser problematizado em novos matizes com a crise do *Welfare State* e de uma reformulada concepção dos direitos fundamentais.

2. Alguns dilemas do acesso à justiça

Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem sintetizados no relatório do Projeto *Firenze*, dirigido por Cappelletti,⁵⁴³ que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o final

⁵⁴⁰ Essa associação é recorrente no Brasil. Só para citar um exemplo, observe-se o título de um dos livros de MENDES (1998): “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”.

⁵⁴¹ FIX ZAMUDIO, 1968, p. 207

⁵⁴² Mesmo a respeito do controle de constitucionalidade há que se observar a emergência do controle no nível de entidades supranacionais. É o caso da União européia, onde já se fala em um sistema comunitário de controle de “constitucionalidade”. Cf. a respeito MARTÍNEZ ESTAY (2005a).

⁵⁴³ CAPPELLETTI, 1978.

do século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso. No entanto, com isso introduziram um problema, qual seja, o acesso defendido gerou o aumento exponencial de demandas e com esta a potencialização da questão em torno da celeridade. Assim, passa-se a uma nova fase: é preciso diminuir o acesso, primeiro aos Tribunais Superiores (v.g., com os mecanismos das Súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral das questões constitucionais,⁵⁴⁴ Súmulas Vinculantes etc.) e mais recentemente até ao primeiro grau (art. 285-A do CPC Brasileiro).

O próprio papel do Poder Judiciário necessita ser revisitado em face do aumento de sua participação em esferas políticas e da necessária contraposição entre vertentes ativistas e minimalistas (de auto-restrição) na aplicação do direito, porque tanto umas quanto outras não promovem adequadamente os direitos fundamentais porque partem ora das virtudes diferenciadas (e pessoais) dos magistrados,⁵⁴⁵ ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados.⁵⁴⁶

Como dito, o congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso. Entretanto, a grande maioria dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.

Nesse sentido, pode-se apontar uma coincidência nas várias reformas processuais que a América Latina vem sofrendo.

No final da década de 1980, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira:

Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o

⁵⁴⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA (2009).

⁵⁴⁵ NALINI, 2006.

⁵⁴⁶ SUNSTEIN, 1999.

Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As propostas, visando a estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2- mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9- desregulamentação das atividades econômicas; 10- garantia dos direitos da propriedade (destacamos).⁵⁴⁷

Entretanto, um balanço dessas reformas processuais realizadas demonstra que elas foram pouco eficientes quanto aos objetivos de minorar o congestionamento judiciário. Mas, por que? A resposta de Bou i Novensà⁵⁴⁸ é que políticas que não visem integrar, simultaneamente, reformas legais ao lado de aumento de mecanismos de acesso à jurisdição e de eficiência, terão muito poucas chances de êxito. Mais ainda, que a formulação destas políticas tem de contar com a participação e contribuição da sociedade civil organizada, não podendo ser tida como um assunto exclusivo de *experts*.⁵⁴⁹

Esse também é o diagnóstico de boa parte daqueles que têm se debruçado sobre as reformas judiciais na América Latina, como mostram Smulovitz e Urribarri:

Evaluaciones recientes del proceso de reforma judicial coinciden en señalar que éstas han enfrentado problemas que derivan de la inadecuación del diagnóstico acerca de los problemas que se debían atender (Hammergren, 1999 y 2004), de rumbos de acción contradictorios (Domingo y Seider, 2002), de información inadecuada e insuficiente respecto de qué era necesario reformar (Hammergren, 1999) así como de resistencias políticas y burocráticas que han

⁵⁴⁷ BANDEIRA, 2002, p. 135.

⁵⁴⁸ BOU I NOVENSÀ, 2004.

⁵⁴⁹ cf. BAHIA, 2007, p. 150.

impedido la implementación de las reformas.⁵⁵⁰

E ainda, Sorj e Martuccelli⁵⁵¹:

los problemas del poder judicial son esencialmente ligados a una burocracia pública con dificultades para transformar “inputs” en “outputs”, los análisis sobre su funcionamiento y las acciones públicas para remediar estas dificultades se concentraran en los cambios administrativos que podrían mejorar su desempeño (sobre todo medidas tendientes a disminuir la congestión judicial y el retraso en la resolución de las causas como, por ejemplo, el abandono del sistema inquisitivo y su reemplazo por un sistema acusatorio o semi-acusatorio) o bien reformas que propiciaron medidas tendientes a facilitar la representación legal pública.⁵⁵²

Cuarezma Terán, referindo-se às reformas judiciais na América Central, destaca que no:

contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos (...). [Assim] la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como un requisito esencial para la promoción la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar seguridad en la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas nacionales y extranjeras.⁵⁵³

3. Os problemas de “eficiência” e a judicialização....

⁵⁵⁰ SMULOVITZ E URRIBARRI, 2008, p. 10.

⁵⁵¹ Cf. também Relatório do IFES, produzido por Henderson e Autheman (2003, p. 25-26).

⁵⁵² SORJ E MARTUCCELLI, 2008, p. 163.

⁵⁵³ CUAREZMA TERÁN, 2004, P. 117-131.

Ademais, necessitamos perceber “qual” eficiência se adéqua a uma concepção de processo-constitucional.

Segundo Taruffo,⁵⁵⁴ há dois tipos de “eficiência” no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência “quantitativa”, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância.⁵⁵⁵

Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes⁵⁵⁶ e, completaríamos, democráticas para aplicação do direito.

No Brasil predomina aquela primeira perspectiva quanto à eficiência, é dizer, eficiência processual como celeridade e busca de alta produtividade judicial.

Não se pode ainda olvidar que a partir da década de 1990, os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso colocaram em curso boa parcela das medidas do *Consenso de Washington*, entre elas, uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles.⁵⁵⁷

Desse modo, as medidas governamentais tiveram que adequar a leitura que se fazia do texto da Constituição de 1988, recém promulgada, de modo a impedir os direitos nela assegurados.

Assim, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.⁵⁵⁸

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implementada geraria efeitos na estruturação processual e na leitura do processo constitucional.

A “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a intervenção ilegítima do mercado, aludidas por Habermas,⁵⁵⁹ que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

⁵⁵⁴ TARUFFO, 2008. p. 185 *et seq.*

⁵⁵⁵ TARUFFO, 2008, p. 187.

⁵⁵⁶ TARUFFO, 2008, p. 187-188.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA, 2005.

⁵⁵⁸ NUNES, 2008.

⁵⁵⁹ HABERMAS, 1994, p. 105.

Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o accertamento dos direitos.⁵⁶⁰

Ao lado dessa perspectiva econômica,⁵⁶¹ foram defendidas e implementadas reformas no processo que reduziriam sua função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais.

Analisa-se o sistema processual e seus institutos como se esses, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica que, face à globalização, ocorreria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes,⁵⁶² sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito e com a compreensão adequada das bases do processo constitucional.

Constata-se que nos países latino-americanos a magistratura não estabelece um contrapeso “aos abusos de poder por parte do executivo e do legislativo”⁵⁶³ e que os juízes não se encontram, frequentemente, preparados para o exercício de seu *múnus*.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ NUNES (2008). Na busca de eficiência e máxima rapidez procedimental o discurso de neoliberalismo processual permite a defesa da máxima sumarização cognitiva, com redução do espaço discursivo processual. Um dos possíveis frutos desse movimento se consubstancia na tentativa de introdução de nova técnica processual, por razões eminentemente pragmáticas, mediante um anteprojeto de reforma que visa introduzir a denominada estabilização da tutela antecipada derivada da *référé-provision* francesa (CADIET, 200, p. 564) e dos *provvedimenti cautelares a contenuto anticipatorio* dos art. 23 e 24 da normatização do rito societário italiano (D. legs. de 17 de janeiro de 2003, n.5) que permitirá, caso aprovada, a obtenção, em cognição sumariíssima, de antecipação de tutela em procedimento antecedente (Art.273 A, CPC, projetado), similar as cautelares preparatórias, que poderá obter a força de coisa julgada (art. 273 C, parágrafo único, projetado). O instituto, tipicamente neoliberal, distorce a tônica socializadora de nossa “antecipação” e fere de morte o modelo constitucional brasileiro que garante, como o italiano, um contraditório dinâmico implementado em procedimentos de cognição plena. Para uma visão crítica da questão na Itália cf. (LANFRANCHI; CARRATA, 2005). Não se pode ainda esquecer que nos moldes que o instituto brasileiro está sendo delineado, a decisão alcançará a autoridade da coisa julgada material, algo negado nos institutos de direito comparado.

⁵⁶¹ As colocações aqui realizadas somente visam demonstrar as deficiências de uma suposta atividade compensadora de desigualdades pelo juiz e não a de se realizar ou acatar posições de “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) típica do movimento do “Direito e Economia” (*Law and Economics*). Tais posições pragmatistas que buscam “moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas” (POSNER, 2007, p. 35), em perspectiva “instrumental” (POSNER, 2007, p. 40-43), e que almejam a “maximização da riqueza” através de uma intervenção judicial (POSNER, 2007, p. 477), que busca máxima eficiência com o fim de reduzir os custos sociais (POSNER, 2007, p. 483), são constitucionalmente inadequadas já que sua adoção implicaria o descumprimento dos objetivos assumidos por nosso Texto maior (art. 3º, CRFB/88).

⁵⁶² TARUFFO, 2002, p. 25

⁵⁶³ DAKOLIAS, 1996, p. 10.

⁵⁶⁴ “O ensino jurídico e o treinamento são fundamentais para a reforma do judiciário, incluindo treinamento para estudantes, educação continuada para advogados, treinamento jurídico para magistrados e informações legais para a população em geral. A qualidade dos cursos de direito tem se deteriorado e, conseqüentemente, existe a necessidade de aperfeiçoar o nível educacional universitário, bem como promover treinamento continuado para profissionais. Na maioria dos países da América Latina as universidades públicas não exigem requisitos para admissão onde cada estabelecimento educacional fixa seus próprios critérios. Devido a baixos salários, os professores de direito não trabalham em dedicação integral, e conseqüentemente, tem pouco tempo para se dedicar a pesquisa. Como resultado, frequentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, p. 13).

Nesse contexto, apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira⁵⁶⁵ se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional.

E, mais, qualquer discurso garantista,⁵⁶⁶ fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional⁵⁶⁷.

Tal perspectiva de eficiência quantitativa permite a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).

O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. O conceito de racionalidade aqui presente é somente aquele instrumental, de custo-benefício.⁵⁶⁸

Perceba, no entanto, que o conceito contemporâneo de cidadania diz respeito a

[...] titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que garantem através da institucionalização de procedimentos capazes de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico – normativa e execução de programas e de políticas públicas, sem impor-se um único modelo de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a possibilidade de realização de

⁵⁶⁵ De modo exemplificativo cf. as recentes defesas funcionais da constitucionalidade do art. 285 A, CPC: CAMBI (2006) e TESHEINER *et al* (2006).

⁵⁶⁶ O termo “garantista” guarda aqui correlação com a defesa participativa ligada a uma aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais, nos moldes do marco teórico habermasiano adotado. Não existe qualquer filiação ou análise em perspectiva neopositivista ou de “positivismo crítico” com *v. g.* a de FERRAJOLI (2004, p. 270 *et seq.*).

⁵⁶⁷ Até porque, a eliminação de garantias constitucionais do processo, ao invés de celeridade, gera potencialmente mais recursos, e, logo, maior atraso na solução da lide (cf. NUNES; BAHIA, 2009). A busca da democratização processual não negligencia os problemas pragmáticos do sistema jurídico brasileiro, como a diversidade de litigiosidades e a necessidade de se criar técnicas processuais idôneas e adaptadas para esta diversidade. Sobre isso conferir: THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA (2009) e NUNES (2010).

⁵⁶⁸ cf. BAHIA, 2009 e NUNES, 2008.

um projeto cooperativo de fixação de condições de vida
recorrentemente mais justas.⁵⁶⁹

Não existe, nesses termos, a menor possibilidade de reduzir seu papel a de mero usuário de serviços.

A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando de sua aplicação, *v.g.*, “proporcionalidade”, “supremacia do interesse público”, “dignidade da pessoa humana”), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém.

O processo célere é entendido não como aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números.

Reformas que deveriam, na busca do acesso à Justiça, simplificar os procedimentos, vêm produzindo o aumento de sua complexidade, exigindo profissionais altamente “competentes”,⁵⁷⁰ contradizendo as próprias bases do movimento reformador.⁵⁷¹

Sabe-se, que a defesa do reforço do poder judicial visa permitir que os cidadãos busquem respaldo do Estado-juiz na tentativa de obter direitos não garantidos pelo restante do aparato social devido a inoperância da administração pública.

Mas como se implementar tais direitos (fundamentais) sem a utilização de um aparato processual adequado ou, mesmo, enxergando-o como um entrave à sua obtenção?

O mais preocupante é que a lógica é demasiado perversa, uma vez que induz o próprio jurisdicionado a requerer uma geração de “produtos” (decisões judiciais) em larga escala e em espaço-tempo quase inexistente, amalgamando ainda mais a concepção privatizante e pessoal do exercício da jurisdição.

O aumento da importância do Processo para o Direito Constitucional está intimamente relacionado com a mudança de paradigma quanto ao papel do Poder Judiciário: de mera *bouche de la loi*, no Estado Liberal e transição ao Estado de Bem-Estar⁵⁷², para agente “catalisador” de

⁵⁶⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 150.

⁵⁷⁰ CHAUI, 2006, p. 30.

⁵⁷¹ *V. g.* verificar tão-somente as reformas do sistema recursal e executivo e as centenas de polêmicas em sua aplicação.

⁵⁷² FIX-ZAMUDIO (1968, p. 10 *et seq.*) lembra que as Constituições pós-2ª Guerra tratam de forma pormenorizada tanto dos Direitos Sociais quanto da chamada “Justiça Constitucional”. A combinação desses dois elementos fez com que mais do que mera “racionalização do poder”, esse constitucionalismo seja caracterizado por uma forte “corriente axiológica del Estado y del Derecho, que podemos calificar como *justificación del poder*”, isto é, que os órgãos judiciais devem atuar de forma a estarem submetidos às “exigencias supremas de la justicia”. Num outro texto, FIX-

políticas públicas a partir do momento em que este entra em crise. De fato, a partir do momento em que a Administração Pública passa a redefinir suas funções, com o “encolhimento” do tamanho (e, logo, das *prestações*) do Estado – e, por outro lado, o Legislativo vem se mostrando incapaz de oferecer respostas rápidas aos *inputs*/interferências vindos da periferia⁵⁷³ –, o Judiciário despontou como a grande caixa de ressonância dos anseios por “concretização” de direitos (e cumprimento das *promessas* previstas constitucionalmente)⁵⁷⁴.

Um dos melhores exemplos desse tipo de atuação do Judiciário é a chamada “judicialização da saúde”: diante da falta de remédios e/ou tratamentos no sistema público de saúde, avolumam-se no Judiciário ações pretendendo forçar o Estado à prestação desse direito social fundamental (arts. 6º e 196 da CR/88), que, como tal, tem aplicação imediata (art. 5º, §1º CR/88), o que, não necessariamente, significa o direito a prestações públicas positivas e imediatas do Estado.⁵⁷⁵ Tais ações têm causado grande discussão no meio jurídico face, *v.g.*, aos impactos que decisões individuais dadas nessas ações podem ter sobre o orçamento público e, logo, sobre a prestação global de saúde (além de casos de abusos e corrupção); além disso, há a grande discussão sobre os limites de atuação do Judiciário como “realizador de políticas públicas”⁵⁷⁶.

Frente a isso o STF teve recentemente oportunidade de tratar da matéria em decisão monocrática às STA 178 e 244: munido de dados trazidos por Audiência Pública realizada perante o Tribunal em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes procurou estabelecer parâmetros para a questão: “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Segundo o Ministro, verifica-se que, na maior parte dos casos submetidos ao Judiciário, o SUS já possui políticas públicas referentes ao que é pleiteado, logo, a questão estaria na omissão ou má prestação de protocolos já estabelecidos (e não de interferência judicial quanto à *discricionariedade* da Administração Pública) frente a um direito líquido e certo do administrado.

Outra é a situação quando “a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS”, pois que aí o Judiciário deve avaliar se tal fato “decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua

ZAMUDIO (1977, p. 319 *et seq.*) referindo-se às mudanças do Poder estatal passando do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar. Este seria um *Estado da Justiça* (a referência é Perticone), “es decir, el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad formal puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 320); o que gera duas implicações: submeter os órgãos do Estado à Justiça (ou melhor, ao processo) e, por outro, é preciso “otorgar poder a la justicia, es decir, darle efectividad y hacerla accesible a los gobernados, con apoyo en uno de los derechos humanos más importantes de nuestra época, o sea el derecho a la justicia o a la jurisdicción” (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 320). Tais afirmacoes devem ser relidas na atualidade com parcimonia haja vista alguns frutos nefastos do ativismo e protagonismo judicial em alguns exemplos de sua implementacao, tais como, o ativismo da magistratura alema a partir da Segunda grande Guerra ou os modelos socialistas de processo.

⁵⁷³ Cf. BAHIA, 2005a; SIMIONI, 2008.

⁵⁷⁴ Cf. GARAPÓN, 2001.

⁵⁷⁵ CANOTILHO, 2004.

⁵⁷⁶ Tal temática está intimamente ligada com a questão da litigiosidade coletiva e repetitiva (serial) que vem clamando pela construção de uma dogmática própria. Cf. CUNHA, 2010 e NUNES, 2010.

dispensação”⁵⁷⁷ (o que pode acontecer, *e.g.*, quando certo remédio pleiteado não é reconhecido pela ANVISA, quando, salvo casos excepcionais, não pode o Estado ser compelido à prestação). Assim, o “segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”.⁵⁷⁸

A decisão ultrapassa os limites impostos em manifestação anterior do STF na ADPF 45⁵⁷⁹ na qual o Ministro Celso de Mello colocou como parâmetros para a intervenção judicial a análise da “reserva do possível”, do “mínimo existencial” e do “princípio da proporcionalidade”. O precedente do Ministro Gilmar começa a perceber a necessidade de se “processualizar” a saúde, uma vez que exige a discussão das nuances do caso numa estrutura processual-constitucional:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.⁵⁸⁰

A defesa de uma processualização como contraponto à judicialização conduziria à redefinição do papel do processo e dos próprios sujeitos processuais para além do dogma do protagonismo (das partes ou do juiz) inaugurando uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões⁵⁸¹.

4. Devido Processo Legal

No atual estágio de desenvolvimento do processo constitucional um dos princípios que merece destaque é o do devido processo legal (*due process of law – giusto processo*).

O devido processo legal, segundo a doutrina, tem sua origem na Magna Carta inglesa, associado ao chamado “law of the land”: “*nullus liber homo capitur vel imprisonetur (...) nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”.

Esta garantia, passada aos Estados Unidos — primeiramente constante de algumas Constituições das ex-colônias até ser consagrada na V e XIV⁵⁸² Emendas da Constituição Federal

⁵⁷⁷ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁷⁸ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁷⁹ BRASIL, STF, 2004.

⁵⁸⁰ BRASIL, STF, 2009.

⁵⁸¹ Em relação à defesa da processualização, cf. NUNES, 2008, CATTONI DE OLIVEIRA, 2008, STRECK, 2009 e BAHIA, 2009.

⁵⁸² Sobre a importância que teve nos Estados Unidos as *Reconstruction Amendments* (como a citada XIV), ver BARACHO, 1999b.

—, significou um grande avanço na dogmática processual, representando não mais propriamente o *law of the land*, mas os usos e modos de procedimento estabelecidos.

Tal é a importância da garantia do *due process* nos Estados Unidos, que assim afirma Lêda Boechat Rodrigues:

Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito [de garantia processual e não material], com a única exceção do caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula do ‘due process’, da 5a. Emenda Constitucional, o significado de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios⁵⁸³.

A partir do momento em que, ao lado de se configurar em uma garantia processual, passa a ser também uma garantia material, o *due process* impõe limites ao exercício dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar e condenar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender. Doutro lado, o Legislativo (e o Executivo) não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão — nessa época circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado.

Após esse primeiro momento, vários paradigmas vão se suceder — o Estado é chamado a intervir e o elenco de direitos se amplia — contudo, a garantia do devido processo permanece em sua dupla dimensão.

Por outro lado, no período em que Earl Warren foi *Chief Justice* (1953-1969) houve um novo período de *atuação positiva* na Suprema Corte na afirmação do devido processo substantivo como resposta à luta pelos direitos civis. Foi durante a Corte de Warren que se decidiu *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) e também (sobre igualdade racial) *McLaughlin v. Florida*; *Loving v. Virginia* (1967) e *Baker v. Carr* (1961)⁵⁸⁴.

Mesmo depois de sua saída em 1969 a Suprema Corte ainda teria pelo menos uma decisão *ativista* importante: *Roe v. Wade* (1973) quando o Tribunal definiu em que períodos da gravidez o aborto seria ou não tolerado. Este precedente, no entanto, não logrou manter a estabilidade esperada. Assim é que a Suprema Corte o *relativizou* ao decidir, em *Casey v. Pennsylvania*, que os Estados poderiam legislar opondo “exceções” aos princípios enunciados em *Roe*⁵⁸⁵.

⁵⁸³ RODRIGUES, 1958, p. 92. Ver também BARACHO, 1999a, p. 97-98 e SLERCA, 2002.

⁵⁸⁴ cf. BARACHO JR., 2003, p. 325. O autor ainda cita alguns outros casos importantes do período: “Sobre os direitos dos acusados em processos criminais, a Corte decidiu, em *Mapp v. Ohio*, que as provas obtidas ilegalmente pelo Estado não podem ser usadas em julgamentos. Em *Escobedo v. Illinois* [1964] a corte assegurou aos acusados o direito de consultar um advogado. Em *Miranda v. Arizona* [1966] a corte assegurou que os suspeitos sejam avisados de seus direitos antes de serem interrogados. Em *Gideon v. Wainwright* [1963] a corte assegurou um advogado aos indigentes, quando a acusação possa acarretar-lhes a prisão” (BARACHO JR., 2003, p. 325).

⁵⁸⁵ Com isso a Corte também suplantou outro precedente sobre o tema também do ano de 1973, *Doe v. Bolton*, em que se proibira aos Estados estabelecer normas restritivas ao aborto (cf. BARACHO JR., 2003, p. 326-327 e VIEIRA, 2002, p. 85 *et seq.*).

Desde os anos 1980 a Suprema Corte sofreu uma guinada conservadora, entendendo, por exemplo, que cabe aos Estados decidir questões relativas à “moralidade”, como a pena de morte. Essa atitude conservadora tem também reforçado o federalismo em favor dos Estados.⁵⁸⁶

De fato, como mostra Michel Rosenfeld, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem vivido uma virada no asseguramento do *due process*. Segundo ele,⁵⁸⁷ no período 1998-1999, decisões extremamente divididas da Suprema Corte apontam “*un recul de la protection des droits individuels*”, isto porque, estas decisões

ébranlent un principe essentiel du droit constitutionnel américain, considéré comme sacro-saint depuis le début du dix-neuvième siècle, à savoir qu’il est dans la nature même d’un droit constitutionnel individuel d’entraîner la possibilité de recourir à la justice s’il est violé.

Parcela da doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) costumam afirmar que o devido processo legal em sua dimensão material oferta a base normativa para a aplicação do denominado princípio da proporcionalidade.

Tal princípio traria uma fórmula de controle do conteúdo das decisões (em geral), quando os princípios (vistos como bens ou valores) estivessem em conflito, buscando respeitar ao máximo o mais adequado e desrespeitando o mínimo o(s) outro(s) princípio(s) confrontante(s).

Devido à ausência de previsão expressa da proporcionalidade como princípio constitucional, o STF costuma afirmar que ele teria como uma de suas bases normativas o devido processo legal.⁵⁸⁸

Segundo os defensores da adoção do princípio da proporcionalidade,⁵⁸⁹ este seria aplicado tomando por base a adequação e exigibilidade ao caso concreto. Isso quer dizer que na análise dos princípios deveriam se tomar por base os fins pretendidos pela(s) norma(s), escolhendo o meio mais idôneo exigível, que agredisse em menor grau os bens e valores constitucionalmente protegidos que estejam em colisão. Além disso, o meio a ser empregado deve ser o mais vantajoso entre aqueles em conflito, garantindo a manutenção mínima daqueles princípios agredidos (proporcionalidade em sentido estrito).

⁵⁸⁶ BARACHO JR., 2003, p. 328-329.

⁵⁸⁷ ROSENFELD, 2000, p. 1329.

⁵⁸⁸ O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes definindo como uma das bases normativas da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no Direito brasileiro, o devido processo legal em sua dimensão material (*substantive due process of law*) como mecanismo de controle de legitimidade do conteúdo das decisões. Conferir: (BRASIL, STF, Rel. Min. Celso de Mello, RE 374.981/RS, 2005)

⁵⁸⁹ Informa-se, no entanto, que os autores da presente obra não acreditam no aludido princípio para a promoção de um controle do conteúdo das decisões, eis que existem teorias hermenêuticas que permitem a formação procedimental das decisões, que não necessitam, como na teoria da proporcionalidade, de se utilizar de uma visão dos princípios como valores ou bens ponderáveis, além de outras razões.

Porém, é de se discutir a viabilidade constitucional da aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver possíveis concorrências entre princípios eis que a aproximação dos princípios aos valores retira deles o seu caráter deontológico e acaba por chancelar concepções ativistas dos magistrados, que passam a aplicar a normatividade de acordo com seus juízos (muitas vezes pessoais e subjetivos) de preferência. A defesa do devido processo substantivo permite, nessa ordem de ideias, que ao Judiciário seja dado fazer não apenas o controle da constitucionalidade das leis, mas também o controle das *preferências* do legislador, de acordo com que o Tribunal entenda ser ou não *razoável*, a partir de princípios que ele mesmo cria sem qualquer lastro normativo.

Isso não se traduz numa crítica *tout court* na utilização do *substantive due process* para o controle conteudístico das decisões, mas, desde que se respeite o próprio conteúdo normativo do princípio e a busca de uma real correção normativa do sistema a partir dos pressupostos extraídos de uma leitura dinâmica dos direitos fundamentais, e não das preferências do aplicador; o que implica a correta compreensão dos princípios como “codificações deontológicas” e não, axiologicamente, como “comandos de otimização”⁵⁹⁰.

Habermas⁵⁹¹ procura mostrar que os princípios, como normas jurídicas, possuem um caráter obrigatório, codificado de forma binária (direito/não-direito, válido/inválido). Valores, ao invés, concorrem entre si. Ao contrário de serem “valores”, “bens” ou “interesses” (ou de se moverem sob a mesma lógica destes), os princípios, tais quais as regras, são normas, portanto, *contêm* valores e, num caso concreto, ou são aplicados *in totum* ou não (por não serem “adequados”). Os princípios não se movem por critérios de preferência (relação custo-benefício) ou de “atratividade”, mas de obrigatoriedade (normativa), logo, “não podem ser negociada a sua ‘aplicação’”⁵⁹².

Logo, a diferença dos princípios face às regras consiste em que, num caso concreto onde haja conflito entre dois princípios válidos, a não aplicação de um não implica sua “eliminação” (dois princípios contrários podem coexistir num ordenamento), ao contrário das regras, onde apenas uma

⁵⁹⁰ Habermas mostra que não se trata de um mero “jogo de palavras”, mas que, ao contrário, o que se discute aqui é o respeito às diferentes formas de vida, de forma que as decisões judiciais não podem ser “decisões axiológicas” (i.é., fundadas em valores), já que, *ao fazer prevalecer um valor em detrimento de outros, se privilegia uma forma de vida excluindo (ou ao menos subjugando) outras*. “A diferença entre o modelo de princípios e o de valores evidencia-se no fato de que é apenas em um caso único que se mantém o ponto de referência de uma reivindicação à validade “incondicionada” ou codificada de forma binária: as proposições normativas gerais empregadas (entre outras) pelo tribunal para a justificação de uma sentença (singular) valem aqui como razões cuja tarefa é autorizar-nos a considerar correta a decisão que se dê ao caso. Se por outro lado, as normas justificadoras forem entendidas como valores que se trazem *ad hoc* para dentro de uma ordem transitiva por uma eventualidade qualquer, então a sentença *resulta* de uma ponderação de bens. Logo, a sentença é *ela mesma* uma sentença de valor e reflete de maneira mais ou menos adequada uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores” (HABERMAS, 2002, p. 357).

⁵⁹¹ HABERMAS, 2002, p. 355 *et seq.*

⁵⁹² CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 90. Caso fossem movidos por critérios de preferência, a normatividade da Constituição, por exemplo, estaria à disposição da valoração dos juízes, o que implicaria uma situação de *perigo* para a mesma e para os direitos nela garantidos (cf. SAMPAIO, 2002, p. 69). Cf. também Habermas (1998, p. 328). Em sentido semelhante podemos também afirmar, a partir de categorias estabelecidas por R. Dworkin (2001, p. 101), que Alexy, a despeito de pretender diferenciar as regras e os princípios, acaba confundindo estes com as “diretrizes políticas”, isto é, *desdiferenciar* entre estas normas (que prescrevem que direitos os cidadãos possuem num determinado sistema constitucional) e as “políticas” públicas (que tratam de como promover *melhor* o bem-estar geral). Segundo ainda Dworkin (2001, p. 107), o processo legislativo se move em torno de questões de “política” (discursos de justificação). No entanto, ao ser levantada em juízo (discurso de aplicação) o é como *uma questão de princípio*, isto é, de direitos, não de “políticas”.

delas pode ser “válida”. Não é, pois, que haja um verdadeiro conflito entre direitos. O Direito é formado por normas (válidas) que formam um sistema íntegro. Qualquer “conflito” será percebido apenas na aplicação e será sempre *aparente*, pois que, através de um juízo de adequabilidade, ver-se-á que apenas um deles era adequado e não o outro.⁵⁹³

Há de se pontuar ainda, um problema recorrente da aplicação do princípio do devido processo legal no âmbito do processo jurisdicional, eis que a situação de sua ofensa é concebida pelo STF, de modo recorrente, como uma hipótese de ofensa reflexa,⁵⁹⁴ algo que impediria o correto e legítimo controle das decisões jurisdicionais. Felizmente começam a surgir precedentes que possibilitam a discussão da ofensa ao *due process* como hipótese de ofensa direta, como se pode ler abaixo:

*PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. (Destacamos)*⁵⁹⁵

Considerações Finais

⁵⁹³ cf. GÜNTHER, 1993; BAHIA, 2004.

⁵⁹⁴ “O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da “prestação jurisdicional” podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”. (BRASIL, STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002). No mesmo sentido: “[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa”. (BRASIL, STF, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005). “A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário” (BRASIL, STF, 1ªT, RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006). Sobre o tema ver BAHIA, Alexandre. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários. Cit., p. 96 *et seq.*

⁵⁹⁵ BRASIL, STF, 1ª T, RE 428.991/RS, j. 26/08/2008, p. DJe n.206, 30/10/2008.

Nesse breve ensaio, explicou-se como a origem do Processo Constitucional veio suprir a lacuna gerada pela constitucionalização do processo, o que forçou a uma releitura nem sempre bem percebida pelos juristas. De fato, a observação de Mac-Gregor é particularmente precisa quanto ao Brasil, é dizer, a despeito da antiguidade das discussões sobre o processo constitucional e das disposições constitucionais sobre a temática, doutrina e jurisprudência, em sua maior parte, parecem ainda não terem atentado para as profundas consequências do fenômeno.

Isso é particularmente preocupante em um momento, como o que se vivencia, no qual, diante da inércia do Legislativo, reivindicações políticas cada vez mais “batem às portas” do Judiciário, o que aumenta seu papel no jogo político (e, com isso, expõe-no ao debate político). Com isso, ao invés de luta pelo acesso (tal qual vinha ocorrendo nas últimas décadas), verifica-se hoje no Brasil (como de resto, na América Latina) movimento contrário de reformas tendendo à restrição, seja a Tribunais Superiores, seja mesmo às instâncias ordinárias; reformas estas motivadas, no mais das vezes, por razões de natureza econômica (nem sempre coincidentes com as garantias constitucionais do processo).

Diante dos postulados do Processo Constitucional, os Tribunais devem ter em conta, ao proferir suas decisões, a atuação de todos os princípios constitucionais e as (possíveis) implicações de suas decisões. Não que os Tribunais devam (ou mesmo possam) decidir levando em conta desdobramentos (*repercussões gerais*) que sua decisão irá produzir para além das partes, mas sim que, de alguma forma, aquela contribui para o desenvolvimento da construção hermenêutica (no sentido apontado por DWORKIN, do Direito), ou, como quer Häberle, de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Considerando-se que no Brasil, todo juiz é constitucional (e, pois, também a jurisdição como um todo), a cada nova decisão os sujeitos do processo encontram-se diante da oportunidade de também contribuir para a “realização” dos preceitos constitucionais, reconstruindo os postulados e garantias previstos na Lei Maior. O compromisso para com a Constituição é dever de todo magistrado, seja qual for o processo (ou procedimento administrativo) que tiver diante de si.

Ademais há de se perceber que princípios processuais presentes na Constituição de 1988 assumem um papel fundamental, já que, em um Estado Democrático de Direito, não são mais concebidos como mero instrumento hermenêutico de preenchimento de lacunas, mas como normas, estando na base de qualquer teoria acerca da argumentação jurídica contemporânea; de forma que os princípios constitucionais do processo não estão à disposição do intérprete (legislador, administrador, juiz ou qualquer outro cidadão que toma para si a defesa de um direito fundamental violado) como se pudessem ser ou não aplicados (ou se sua aplicação pudesse se dar em “graus”). Todos eles têm, por força da Constituição, aplicação imediata (art. 5º, §1º - CR/88) e, caso não sejam observados, tornam nulas decisões que forem tomadas.

Percebe-se, pois, que os desafios da democratização processual e do seu processo constitucional ultrapassam, em muito, o mero estudo dogmático e passam a analisar o fenômeno processual sob uma ótica macro-estrutural que transborda o trabalho dos “operadores do direito” e passa a se tornar, ao mesmo tempo, a fonte e o dilema para uma cidadania participativa.

Referências Bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: UNAM, 2000.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição, Política e Judiciário em uma sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas. *Metacrítica: Revista de Filosofia da unidade de Investigação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Lusófona*. Lisboa, a. III, n. 6, 2005a, p. 99-127.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 30, p. 10-12, jul./set. 2005b.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 363-372.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, n. 2, p. 135-144, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Nova Fase, Belo Horizonte, a. XXX, n. 23-25, p. 59-103, 1980-82.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*. n .153, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1954.

BOU I NOVENSÀ, Marc. El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional. *Documentos de Trabajo*. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, n. 4, p. 1-26, 16 de diciembre 2004. Disponível em <www.iigov.org/wp/index.drt>. Acesso em 02/02/06.

BRASIL, STF, ADPF 45, Min. Rel. Celso de Mello, DJU 04/05/04

BRASIL, STF. STA 244. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE. 24/09/09

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. *Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

CADIET, Loïc. *Droit judiciaire privé*. Paris: Litec, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (Imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.htm>. Acesso em: 20 jan. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CAPPELLETTI, Mauro *et al.* *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords.). *Processo civil em reforma: novas tendências do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2010 (no prelo).

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e Jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 347-366.

CHAUÍ, Marilena. Intelectual engajado: uma figura em extinção? In: NOVAES, Adauto (Org.). *O silêncio dos intelectuais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV. 1997.

CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 124-164, 1997.

DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma*. DOCUMENTO TÉCNICO NÚMERO 319, Washington, Banco Mundial, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica e garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

FIX ZAMUDIO, Héctor; CARMONA, Valencia. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa-UNAM, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. New York: State University of New York, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HENDERSON, Keith; AUTHEMAN, Violaine. Un marco modelo para el informe sobre el Estado del Poder Judicial para las Américas: lecciones aprendidas y estrategias de monitoreo y de información con miras a promover la implementación de la próxima generación de reformas. In: *TERCERA CONFERENCIA sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el CARIBE: principales tendencias de las últimas décadas y una visión de futuro*. Quito: IFES/BID, julio 2003.

KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

LANFRANCHI, Lucio; CARRATA, Antonio (Org.). *Davanti al giudice: studi sul processo societario*. Torino: Giappichelli, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008. t. I.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Derecho Procesal Constitucional como Fenómeno Histórico Social y como Ciencia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, a. XXV, n. 28, p. 57-85, jan./jun. 2008.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. El sistema europeo-continental de justicia constitucional: el control de constitucionalidad en la Unión Europea. *Revista Estudios Constitucionales*, a. 3, n. 2, Providencia, p. 51-83, 2005a.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Revista IUS PUBLICUM*, Santiago, v. 9, n. 15, p. 103-118, 2005b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.

- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 115-130, março de 2009.
- NUNES, Dierle. Novos rumos para as tutelas diferenciadas no Brasil? In: THEODORO JUNIOR, Humberto (org). *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro, GZ editora, 2010. (no prelo).
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2007.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, 1958.
- ROSENFELD, Michel. Les Décisions Constitutionnelles de la Cour Suprême Américaine pour la Session 1998-1999: redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5, p. 1329-1342, sept./oct. 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a j. j. gomes canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 9-49.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, a. 27, v. 27, p. 119-129, jul./dez. 2008.
- SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008.
- SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giurizia civile. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa *et al.* *Nova sistemática processual civil*. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 177 novembro 2009.

VÉSCOVI, Enrique. Bases para un Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de las leys). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, a. VIII, vol. 24, p. 1129-1151, sept./dic. 1975.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.