LEGALIDADE E ARBÍTRIO NO PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO¹

Ulisses Moura Dalle

Mestrando em direito processual pelo programa de pós-graduação em direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (CAPES 6). Bacharel em direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista do CNPQ. Advogado.

RESUMO: O presente artigo se propõe a investigar a afirmação de que a teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes, elaborada por Elio Fazzalari, seria incompatível com o Estado Democrático de Direito, por inviabilizar a criação do direito pelo juiz. Partindo da concepção procedimentalista habermasiana do direito, chega-se precisamente à conclusão oposta, pois compreende o Estado Democrático de Direito como o Estado da intersubjetividade, com rígida distinção entre os discursos de justificação e aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVES: Relação Jurídica. Processo. Procedimento. Modelo Constitucional do Processo. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This essay aims to investigate if the theory of the process as an adversarial procedure is incompatible with the Democratic State of Law because it doesn't allow the judge to create Law. Once the essay adopts the proceduralist theory of Law, it reaches the opposite conclusion.

KEYWORDS: Legal Relationship. Process. Procedure. Constitutional Process Model. Democratic Rule of Law.

---

¹ Artigo produzido com o apoio do CNPQ.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, setores da literatura jurídico-científica brasileira ainda vinculados à teoria do processo como relação jurídica passaram a afirmar a incompatibilidade da teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade², com o Estado Democrático de Direito, sob o argumento de que referida teoria impediria que os magistrados criassem o direito³.

No desiderato de investigar a veracidade dessas informações, a presente pesquisa procedeu a uma revisitação da teoria do processo como relação jurídica, apontou as aporias que a literatura especializada lhe atribuem e, partindo do modelo procedimentalista habermasiano de Estado Democrático de Direito, concluiu pela inconsistência da crítica, na medida em que a característica principal do Estado Democrático de Direito é a distinção entre os discursos de justificação e aplicação, sendo, portanto, vedada a criação de direito pelo juiz.

Por fim, argumentou-se que a presença de princípios e cláusulas gerais do direito não representa um convite à discricionariedade judicial, haja vista que a atribuição de sentido normativo a uma regra ou princípio deverá acontecer discursivamente, em um processo jurisdicional estruturado segundo o Modelo Constitucional do Processo.

1. BREVE E INCOMPLETA REVISITAÇÃO ÀS TEORIAS DO PROCESSO

As primeiras teorias do processo na história do direito possuíam cunho eminentemente privatístico e preconizavam que o processo era “*um contrato entre os litigantes, que se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito*”⁴, conforme preconizado por Pothier, ou um quase contrato estabelecido entre autor e juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate, segundo lições de Savigny e Guényvau, 1850⁵. Nota-se, em ambas as teorias, grande influência da fase formular do direito romano, que só veio a ser parcialmente rompida

---

² FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 118-121.

³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 199-201.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos; p. 82.

⁵ , Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos

em 1868, ano em que Oskar Von Bülow publicou, na Alemanha, a obra “*Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*”, verdadeiro marco da autonomia do processo em face do direito material⁶.

Bülow concebeu o processo como uma relação jurídica pública diversa da relação de direito material, na qual prepondera o papel do juiz, quando comparado com a função meramente colaborativa das partes. No entanto, a integralidade do pensamento de Bülow só pôde ser compreendida 17 anos depois, quando da publicação de *Gesetz und Richteramt* (Lei e magistratura), livro no qual expressamente defendeu a criação do direito pelo juiz⁷.

Assim, desde Bülow que a relação jurídico-processual está lastreada na figura do juiz, “*porta voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para criar direito mesmo contra legem*”⁸, tese que permitiu o surgimento da Escola do Direito Livre.

Como se não bastasse a influência que o autor exerceu sobre a Escola do Direito Livre⁹, tendente à implementação do protagonismo/solipsismo judicial e ao “*esvaziamento do papel técnico e institucional do processo*”¹⁰, a teoria de Bülow também peca por estabelecer vínculos de subordinação entre os sujeitos processuais, com preponderância do papel do juiz, pois “*subordinação e subjugação são conceitos que se situam no quadro da relação jurídica*” Todavia, “*mesmo na situação de direito material (...) já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito*”¹¹.

André Del Negri ainda salienta que

além de produzir um vínculo de subordinação entre as partes, a Escola da Relação Jurídica não conseguiu fazer a distinção entre Processo e Procedimento,

---

⁶ CORDEIRO LEAL, André. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático; p. 81-83. LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos; p. 83.

⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais; p. 100-101.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta; p. 9.

⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito; p. 78.

¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais; p. 100.

¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 83-85.

tornando-se ainda mais problemática pela amplitude com que é utilizada na doutrina processual brasileira¹².

Realmente, ao afirmar que o procedimento é “*o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomênica perceptível*”¹³, a teoria relacionista lança mais sombras que luzes sobre referidos institutos jurídicos,

não só porque se esquece de que mesmo dentro do seu próprio quadro conceitual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito mas pouco sofisticado de procedimento¹⁴.

A despeito das inúmeras críticas que lhe são dirigidas, a teoria do processo como relação jurídica encontrou ampla aceitação na comunidade jurídica brasileira, principalmente quando, em meados da década de 40 do Século XX, o processualista italiano Enrico Tullio Liebman passou a lecionar na Escola de Direito do Largo do São Francisco, em São Paulo. Para dimensionar a receptividade dos processualistas brasileiros à referida teoria, basta dizer que o Código de Processo Civil de 1973 - cuja autoria do anteprojeto pertence a Alfredo Buzaid, ex-aluno de Liebman -, foi estruturado e redigido com fundamento em seus preceitos¹⁵.

À relação jurídica processual veio somar-se - no ano de 1987, com a 1ª edição do livro “*A instrumentalidade do processo*”, de Cândido Rangel Dinamarco -, a atribuição de escopos metajurídicos (sociais e políticos) à jurisdição¹⁶.

Há em Dinamarco um evidente esforço para desvincular-se da Escola do Direito Livre, levando-o a afirmar que

---

¹² DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática; p. 96.

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo; p. 277.

¹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional; p. 162.

¹⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito; p. 88.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo; p. 177-207.

a liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escola axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da escola do direito livre. Não seria correto imputar esse exagero ao pensamento instrumentalista¹⁷.

Todavia, o fato de Dinamarco negar que os órgãos jurisdicionais estatais possam criar o direito não afasta a ampla carga de subjetivismo e discricionariedade que o instrumentalismo concede ao juiz, sujeito processual encarregado de dizer, no caso concreto, quais são os escopos jurídicos, sociais e políticos que a jurisdição deve tutelar. Configura-se, assim, verdadeiro

simulacro da realização (administração-ministração) de uma justiça plena, cuja teleologia (escopo) só é inteligível para aquele que exerce a ‘função jurisdicional’ como um dos membros natos da sociedade ex-ante dos ‘civis’ com a denominação reificada de ‘Estado-juiz’.¹⁸

No mesmo sentido a argumentação de Aroldo Plínio Gonçalves, que somente admite falar em escopos metajurídicos como escopos pré-jurídicos, arguíveis apenas “no momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pela norma”, concluindo que, nas ciências jurídicas, “já não se pode mais cindir o ordenamento da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma.”¹⁹

A hegemonia da teoria relacionista no Brasil também foi constatada por Lenio Luiz Streck, que em trabalho recente evidenciou que

essa dependência (do direito e do processo) em relação ao juiz atravessou o século XX, v.g. na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, pelos quais é permitido ao juiz realizar determinações jurídicas mesmo que não contidas no direito legislado.

---

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo; p. 379.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática; p. 285.

¹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 157-165.

Com isso, o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo.²⁰

Se por um lado a teoria do processo como relação jurídica, em seu viés instrumentalista, recebeu duras críticas por centrar-se na figura do magistrado, por outro não é menos verdade que há quem não a adote pelo seu extremo oposto, ressaltando a inconveniência de uma teoria que não permita ao juiz criar o direito aplicável ao caso concreto. Com efeito, após render loas aos escopos metajurídicos da jurisdição, Hermes Zaneti Júnior apregoa que *“infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo com que Dinamarco defende a utilização da técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais, afasta completamente a atividade criativa do juiz.”*²¹ Sobre essas últimas ideias, pode-se adiantar, junto com Streck, que a discricionariedade judicial é antitética ao Estado Democrático de Direito.²²

Independente do tom das objeções feitas à teoria do processo como relação jurídica, tanto em seu viés bulowiano quanto na sua roupagem instrumentalista, o fato é que seus preceitos não resistiram às incessantes refutações da crítica científica²³, em especial aquelas feitas por Elio Fazzalari, renomado processualista italiano que, *“abandonando a ideia secular de relação jurídica contida no processo”*²⁴, concebeu o processo como espécie de procedimento em contraditório, lançando os alicerces para a construção de uma teoria do processo estruturado em bases democráticas.

1.1. A teoria estruturalista do processo

---

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decido conforme a consciência?” Protogênese do protagonismo judicial; p. 219.

²¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 138.

²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”; p. 16.

²³ De acordo com Karl Raimund Popper, a força de uma teoria se revela no confronto com as demais teorias. Assim, a melhor teoria *“será não apenas a que já foi submetida a severíssimas provas, mas também a que é suscetível de ser submetida a provas da maneira mais rigorosa. Uma teoria é um instrumento que submetemos a prova pela aplicação e que julgamos, quanto à capacidade, pelos resultados das aplicações (POPPER, Karl Raimund. A lógica da pesquisa científica. p. 116).”* E, tendo em vista essa ordem de ideias, é justamente no embate com as teorias que lhe sucederam - em especial, as teorias estruturalista, constitucionalista e neoinstitucionalista do processo -, que se revela toda a fragilidade da teoria do processo como relação jurídica (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. p. 82-96).

²⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito. p. 90.

O ponto fulcral da teoria de Elio Fazzalari é a rejeição da ideia de relação jurídica – verdadeiro ‘clichê pandectístico’²⁵ -, como cerne do processo, levando o a afirmar que

o clichê da relação jurídica, que foi útil, ao seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em uma estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que aquela relação processual é relação jurídica complexa é pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção) e, como esquema estático, não pode representar-lhe a dinâmica.²⁶

Do abandono da categoria relação jurídica decorre a exata distinção de processo e procedimento, sendo que este último deixa de ser compreendido como manifestação fenomênica daquele, para adquirir o status de gênero do qual o processo é espécie. Com efeito, em Fazzalari o procedimento é concebido como uma estrutura normativa que disciplina atos e posições subjetivas dos sujeitos processuais, com vistas à formação do provimento (ato final da cadeia procedimental), ganhando, assim, contornos autônomos em relação ao processo. Importante sublinhar com traço forte que, nessa estrutura normativa, o ato antecedente é pressuposto do subsequente e assim sucessivamente, até o provimento final. Pode-se, portanto, e de maneira sintética, afirmar que o procedimento é a atividade preparatória do provimento ou, segundo o autor, “*uma sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluídos o ato final para cuja formação eles conspiram.*”²⁷

De modo a tornar mais claro seu argumento, Fazzalari explica que

a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas

---

²⁵ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 111.

²⁶ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 140.

²⁷ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 81.

pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.” E conclui: “cada um dos atos do quibus é ligado ao outro, à guisa de ser a consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue.”²⁸

Essa constante preocupação de Fazzalari com a estrutura normativa do procedimento fez com que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias perspicazmente denominasse a teoria do processualista italiano de ‘*teoria estruturalista do processo*’²⁹. E, conforme já explicitado, na teoria estruturalista o processo é uma espécie do gênero procedimento, ao qual é agregado o contraditório, exercido em situação de simétrica paridade entre as partes, sendo necessário, para a configuração do processo, e não apenas de mero procedimento, “*alguma coisa a mais e diversa, uma coisa (que) os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.*”³⁰ Sobre tal estrutura, Fazzalari afirma que ela

consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento), de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.³¹

Note-se, por oportuno, que é justamente a inserção da ideia de contraditório na estrutura do processo que impede a sua concepção como relação jurídica, conforme os sempre lúcidos ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves:

---

²⁸ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 114.

²⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito; p. 91

³⁰ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 119.

³¹ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 119.

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível como o conceito de processo como relação jurídica. (...) O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.³²

Nessa toada, afigura-se corretíssima a afirmação de Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, no sentido de que a relação existente no processo é uma relação entre normas regentes dos atos do procedimento que desembocarão no provimento final; jamais uma relação entre os sujeitos processuais.³³

Verifica-se, a partir de Fazzalari, efetivos ganhos em democraticidade processual, na medida em que se instaura a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais pela atuação em contraditório das partes. Via contraditório, exercido em condições de simétrica paridade, os atos do juiz “*passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles.*” Esse controle se dará sempre pela eleição de “*remédio legal adequado à natureza do ato*”, mediante “*pedido de pronunciamento do próprio Poder Judiciário, chamado a intervir para proteção dos direitos processuais.*”³⁴

Desde esse ponto de vista, a decisão do juiz

deixa de ser vinculada aos seus valores axiologizantes, nos moldes propostos pela teoria instrumentalista do processo, e passa a ser vinculada ao princípio da legalidade, segundo as provas construídas nos autos, a partir das quais o

---

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 113.

³³ ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática; p. 202.

³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo; p. 104.

magistrado proferirá sua decisão, considerando-as e fundamentando sua sentença sobre elas .³⁵

Surge então, com Fazzalari, uma inédita e salutar vinculação da jurisdição ao princípio da legalidade³⁶, de modo a se negar que o juiz tenha poderes na condução do processo. Com efeito, Fazzalari concebe um juiz dotado apenas de deveres, em especial o dever de observância ao ordenamento jurídico. Por essa razão, ao referir-se aos atos dos juízes e de seus auxiliares, Fazzalari afirma que “*eles são sempre qualificados pelas normas que lhes disciplinam, como atos ‘de dever’: constituem, portanto, do ponto de vista das posições subjetivas, outros tantos ‘deveres’ daqueles órgãos públicos.*”³⁷ Portanto, em Fazzalari o juiz não é detentor de qualquer poder – apenas de deveres -, quanto mais do poder de criar o direito no caso concreto.

Destarte, é correto afirmar que a estrutura procedimental em contraditório preconizada por Fazzalari já corresponde a um modelo de democracia compreendida como “*dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário.*”³⁸

É que em uma democracia na qual o acesso a cargos públicos de juiz se dá pela aprovação em concurso público, onde o juiz, portanto, não é um membro do povo eleito por seus pares, não lhe é dado brincar de pretor romano, no sentido de que “*a constituição moderna de uma democracia em um Estado de Direito não permite mais nenhum direito (e.g. judicial) que se desliga das diretivas das leis democraticamente promulgadas (e.g. como o ‘direito jurisprudencial’ livremente criado); ela significa, portanto, que o juiz no Estado Democrático de Direito não pode se comportar como um pretor romano.*”³⁹

Não obstante a força desses argumentos, Hermes Zaneti Júnior considera que a teoria de Fazzalari é inadequada ao Estado Democrático de Direito, porque ‘*cerra as portas*’ para a criação do direito pelo juiz. Sob essa ordem de ideias, a obra de Fazzalari constituiria “*uma barreira intransponível para a consecução da finalidade de abertura*

---

³⁵ ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática; p. 202

³⁶ Legalidade no sentido que lhe é atribuído por Ronaldo Brêtas: vinculação ao ordenamento jurídico, e não apenas ao texto da lei, sem olvidar o princípio da supremacia da Constituição. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. p. 121-127.

³⁷ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual; p. 497.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia; p. 60.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia; p. 60.

democrática do processo.”⁴⁰ Zaneti Júnior chega a essa conclusão porque parte de premissas equivocadas, dentre as quais se destacam (I) a ideia de que no Estado Democrático de Direito o Judiciário é o ‘*motor da democracia*’⁴¹ e (II) a crença nos princípios e cláusulas gerais como autorizações para que o juiz possa criar o direito aplicável ao caso concreto.⁴²

2. O QUE É ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO?

No Estado de direito liberal, a política representa o meio de campo entre os interesses privados e os coletivos. Ela leva os interesses privados ao governo que, por sua vez, visa atingir os objetivos coletivos. A política é, portanto, um elo entre a sociedade e o Estado. Em referido modelo, a formação democrática da opinião e da vontade, via representantes eleitos, *legítima* o exercício do poder político.⁴³

Já no republicanismo ou comunitarismo (Estado social), a política é *o logus* de utilização conjunta da razão na busca de uma ordem concreta de valores aptas a reger a vida comunitária. Assim, o exercício das liberdades democráticas pressupõe uma comunidade ética concreta e firmemente integrada, com ideais de vida boa idênticos ou muito semelhantes. De maneira diversa em relação ao liberalismo, a formação democrática e participada da opinião e da vontade *constitui* – e não mais legitima –, o exercício do poder político⁴⁴.

No modelo procedimentalista de Estado de Direito Democrático⁴⁵, por seu turno, a instituição de pressupostos e procedimentos argumentativos de formação da vontade e da opinião *racionaliza* discursivamente as decisões do poder político. Note-se que para a racionalização das decisões não é necessário a efetiva participação cidadã; basta a

---

⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 200.

⁴¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 46.

⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro; p. 56.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁵ Sobre a inversão da ordem dos termos da expressão, de Estado Democrático de Direito pra Estado de Direito Democrático, colacionamos os ensinamentos de André Del Negri, para quem “*a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado. Quando falamos, na contemporaneidade, em Estado, queremos saber se esse Estado é regido por um Direito social, liberal ou por um Direito democrático, pois, de maneira indubitável, há uma acentuada diferença.*” (Teoria da Constituição e do Direito Constitucional. p. 73).

institucionalização de pressuposto e procedimentos que permitam a formação discursiva da opinião e da vontade. A racionalização, sob esse aspecto, é um meio termo entre a legitimação (liberalismo) e a constituição (republicanismo) da vontade e da opinião.⁴⁶ Portanto, o modelo procedimentalista de Estado de Direito Democrático

reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as encontradas no modelo liberal, ou seja, busca superar seu ceticismo, mas mais fracas que as encontradas no modelo republicano, ou seja, procura ultrapassar a sua excessiva eticidade, o seu excessivo particularismo culturalista.⁴⁷

Por via de procedimentos discursivos institucionalizados o cidadão passa a ter capacidade de influenciar nos processos decisórios, e só assim pode ser considerado, simultaneamente, autor e destinatário das decisões estatais.⁴⁸ Sobreleva, nesse ponto, a importância do sujeito constitucional para o Estado de Direito Democrático. De acordo com André Del Negri, o sujeito constitucional “*não é senão a soma das reivindicações empregadas dialeticamente numa relação com o outro em sociedade, pois a expressão não pode se afastar do constitucionalismo*”. No desiderato de ressaltar a condição de cidadão-intérprete/ coautor-legitimado do sujeito constitucional, Del Negri prossegue afirmando que o sujeito constitucional “*só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório.*”⁴⁹

Depreende-se, portanto, que o Estado de Direito Democrático é o Estado da intersubjetividade⁵⁰, no qual, via procedimentos institucionalizados, o cidadão possui a faculdade de participar, de maneira efetiva, na construção dos provimentos estatais (legislativos, jurisdicionais e administrativos). Destarte, Rosemiro Pereira Leal afirma que a cidadania não se limita a um ocasional exercício do direito de voto e exsurge ressemantizada como “*um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade a que se filiou.*”⁵¹ Desta forma, pode-se concluir,

---

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia; p. 107-121.

⁴⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional; p. 256.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. P. 190-210.

⁴⁹ DEL NEGRI, André. Processo constitucional e decisão interna corporis; p. 30.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; p. 65

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*; p. 151.

junto com Del Negri, que a cidadania é o fundamento primeiro da democracia, haja vista que

o Povo deve ser visto como instância global de legitimidade democrática, já que pela sua participação tudo é criado ou destituído a qualquer momento através do exercício da cidadania, que por sua vez, gera decisões soberanas⁵²

Fortes nessas razões, não podemos concordar com Hermes Zaneti Júnior quando afirma que o Judiciário é o ‘*motor da democracia*’. Realmente, ao se dar continuidade ao linguajar metafórico-automotivo de Zaneti Júnior, infere-se que, se o Judiciário é o motor, a democracia só pode ser um ônibus lotado de passageiros incapazes de determinar o trajeto a ser percorrido pelo condutor-juiz.

Ora, no Estado de Direito Democrático o sujeito constitucional é motor, força motriz das engrenagens e condutor de seu próprio itinerário, e não pode ser comparado ao bucólico passageiro que calmamente lê os jornais enquanto não alcança seu destino.

2.1 Processo jurisdicional e Estado de Direito Democrático

Conforme mencionado acima, no Estado de Direito Democrático a cidadania não se resume ao exercício periódico do direito de voto. Essa concepção ampliada de cidadania também era compartilhada por José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem “*a cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo.*”⁵³

Nessa perspectiva,

o sujeito constitucional (cidadãos-intérpretes/coautores legitimados) pode reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional (...). Logo, o sujeito constitucional precisa se dotar do

---

⁵² DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*; p. 53.

⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*; p. 122.

instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa onde ele seja protagonista do seu destino.⁵⁴

A simbiose entre Cidadania, Processo Constitucional e Estado de Direito Democrático também foi notada com argúcia por Humberto Theodoro Júnior na afirmativa de que a tragédia das duas guerras mundiais

viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca dantes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.⁵⁵

Desde esse ponto de vista, o processo constitucional, entendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais⁵⁶, apresenta-se sob a forma de verdadeiro modelo constitucional do processo⁵⁷, consubstanciado pelos princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, princípios que configuram uma base principiológica uníssona⁵⁸ na qual o contraditório, em sua correlação com a fundamentação das decisões, constitui o centro em torno do qual gravitam os demais princípios.

Com efeito, há mais de uma década André Cordeiro Leal adverte sobre o necessário entrelaçamento dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões e aponta para a necessidade das decisões serem construídas

compartilhadamente mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis

---

⁵⁴ DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*; p. 30

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*; p. 236

⁵⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*; p. 14.

⁵⁷ ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*; p. 64-65.

⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*; p. 334.

democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade.⁵⁹

Sobre a aptidão do modelo constitucional do processo para reduzir a discricionariedade e o arbítrio judicial, Ronaldo Brêtas argumenta que

a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais ou em critérios salomônicos ou sentimentos vagos de justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditoras, que suportarão seus efeitos.⁶⁰

É que o direito democrático só pode ser criado pela via do Processo Legislativo, e não pela sensibilidade do julgador. Como observa Del Negri, no Estado de Direito Democrático

o Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo teórico-discursivo atual (Direito Democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.⁶¹

Rosemiro Pereira Leal observa que se a criação do direito é o resultado da soberania popular, sendo atividade exclusiva dos representantes eleitos do Povo, via processo legislativo, decorre logicamente que ao juiz cabe apenas cumprir e fazer cumprir o ordenamento jurídico, e concluir:

---

⁵⁹ CORDEIRO LEAL, André. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático; p. 107.

⁶⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*; p. 134-135.

⁶¹ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*; p. 118.

não há mais, com efeito, lugar para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional (judicacional), já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do processo que lhe impõe o dever de prestar a tutela legal, sem qualquer margem de arbítrio ou discricionariedade.⁶²

Negar essa realidade é confundir o discurso de fundamentação ou justificação com o discurso de aplicação, resultantes da co-originalidade verificável entre o direito e a moral.⁶³

O discurso de fundamentação ou justificação, levado a cabo pelo legislador no processo de criação do direito, caracteriza-se pela abertura a argumentos pragmáticos e ético-políticos. Os argumentos pragmáticos

ligam-se à definição de meios necessários/adequados à realização de preferências ou objetivos da comunidade. (...) Já os argumentos ético-políticos envolvem debates sobre os ideais que pautam os projetos comuns de vida dessa comunidade, fixando os valores que a mesma realmente deseja para sua constituição.⁶⁴

Note-se, portanto, que o discurso de fundamentação corresponde ao momento no qual os valores morais e os fins sociais de uma dada comunidade são cristalizados sob a forma de preceitos jurídicos.

Todavia, deixa de haver espaço para a utilização desses argumentos pragmáticos e ético-políticos quando da aplicação concreta dos preceitos jurídicos previamente positivados pelo processo legislativo (discurso de aplicação). Dessa forma, no âmbito de aplicação do direito Habermas concebe “*um discurso jurídico autônomo, próprio, não subordinado à argumentação moral*” e, como tal, infenso à discricionariedade. Álvaro Ricardo de Souza Cruz argumenta que “*dessa forma o discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial (..) por meio de um mecanismo de depuração: o processo (jurisdicional).*” E conclui: “*Habermas defende a tese de que a jurisdição exerce uma função distinta daquela exercida pelo legislador! Logo, ela não pode ser entendida*

---

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*; p. 24.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*; v. I. p. 139/168.

⁶⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*; p. 219-220.

---

como um legislador concorrente ou um Poder Constituinte Originário anômalo.”⁶⁵ É dizer, em outras palavras, que ao juiz não cabe criar o direito!

Com invejável poder de síntese, José Emílio Medauar Ommati assim se manifestou acerca dos discursos de fundamentação/justificação e aplicação:

se o discurso de justificação é aquele em que será produzido democraticamente, através das discussões legislativas, logo será no espaço legislativo que o povo, através de seus representantes, ou diretamente, deverá escolher quais valores se transformarão em normas. Uma vez que esses valores foram escolhidos no espaço legislativo, cabe ao Judiciário fazer valer o código binário do Direito (...). É dizer: o Judiciário não pode mais fazer escolhas valorativas sobre o que é melhor ou pior para a sociedade, devendo dizer o que o Direito manda fazer naquela situação.⁶⁶

Assim, partindo-se de uma apropriação conjunta do procedimentalismo habermasiano e da teoria estruturalista do processo e, ainda, concebendo o princípio do contraditório - em sua correlação lógica com a fundamentação das decisões -, como garantia de influência no ato decisório final, vedada a prolação de decisão-surpresa⁶⁷, chega-se a uma estrutura procedimental na qual não há espaço para a discricionariedade judicial e, muito menos, para a criação do direito aplicável ao caso concreto.

3. A QUESTÃO DOS PRINCÍPIOS E DAS CLÁUSULAS GERAIS DO DIREITO

Inicialmente, cumpre frisar com traço forte que não se quer, aqui, negar a força normativa dos princípios⁶⁸ pois, conforme ressalta Paulo Bonavides,

---

⁶⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*; p. 216-231.

⁶⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*; p. 167.

⁶⁷ Sobre as características da influência e não-surpresa, Dierle José Coelho Nunes observa que “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.”(*Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. p. 229).

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*; p. 82-104.

não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.⁶⁹

Deseja-se apenas alertar que a generalidade e abstração inerente aos princípios e cláusulas gerais não correspondem a um salvo conduto para que o juiz crie o direito a seu bel prazer. Tal afirmativa parece de extrema pertinência em um contexto jurídico no qual, *“sob o álibi da abertura interpretativa proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a ‘criatividade, a ponto de soçobrar o próprio texto constitucional.’”*⁷⁰

Referido fenômeno, que Streck denominou de panprincipiologismo, também foi notado por José Emílio Medauar Ommati, que afirma: *“vemos no Brasil um novo modismo: quando o intérprete quer dar maior força normativa a um texto jurídico, afirma-se estar em face a um princípio. Vivemos, então, uma ‘inflação’ de princípios”*⁷¹

Com efeito, deve-se lembrar que, na perspectiva de entrelaçamento da teoria procedimentalista do direito (Habermas) com a teoria estruturalista do processo (Fazzalari), a atribuição de sentido normativo aos princípios e cláusulas gerais do direito ocorrerá discursivamente, no seio de um procedimento em contraditório que garanta às partes simétrica paridade de armas para influir na decisão final, e desde que observado o modelo constitucional do processo. Isso porque, conforme anteriormente visto,

a utilização dos princípios no processo de aplicação do direito só é possível porque eles foram inseridos como critérios de decisão, a partir do processo democrático de formação da legislação. Ao se transformarem em jurídicos, esses critérios adquirem um caráter deontológico.(...) Portanto Habermas não aceita que surjam ‘novos’ princípios extraídos unicamente da necessidade de um processo de aplicação.⁷²

---

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 288.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. p. 6.

⁷¹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. p. 156.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Constitucionalismo e democracia – breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*. p. 117.

No processo jurisdicional democrático não há, portanto, espaço para subjetivismos, preferências pessoais ou criacionismos do julgador. Assim, o sentido de uma norma sempre decorrerá da argumentação das partes, refletida no ato decisório final, e não da vontade ou especial senso de justiça do magistrado.

4. CONCLUSÕES

A teoria do processo como relação jurídica não resistiu ao confronto sério e sistemático com outras teorias científicas, a uma porque foi incapaz de distinguir a contento o processo do procedimento, a duas porque pressupõe a existência de vínculos de subordinação entre os sujeitos processuais, e a três por ser incapaz de explicar as particularidades dos discursos de justificação e aplicação do direito.

Nesse contexto, a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, surgiu como hígido contraponto à teoria da relação jurídica e, atrelada à concepção procedimentalista habermasiana do Direito, faz do Processo Constitucional (Modelo Constitucional do Processo) o eixo teórico-discursivo mais apropriado à construção do Estado de Direito Democrático, compreendido como o Estado da intersubjetividade, na medida em que cerra as portas à discricionariedade judicial.

Por fim, viu-se que, sob a égide do Estado de Direito Democrático, a existência de princípios e cláusulas gerais do Direito não corresponde a uma autorização para que o juiz crie o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997;

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

ARAÚJO DE CARVALHO, Carlos Eduardo. **Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática**. Curitiba: Juruá, 2009;

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

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09** - 2ª Ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional do processo e o 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 (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** - 22ª Ed - São Paulo: Malheiros, 2008;

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito** - 2ª Ed - Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.3, ns. 5 e 6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000;

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo** - 17ª Ed - São Paulo: Malheiros, 2001;

CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

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

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009;

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo** - 14ª Ed. - São Paulo: Malheiros, 2009;

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif - 1ª Ed. - Campinas: Bookseller, 2006;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo** - 2ª Ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da escola do legislativo**. Belo Horizonte, v.3. p. 107-121, Jan./jun, 1995;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I e II Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010;

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997;

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002;

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos** - 11ª Ed - Rio de Janeiro: Forense, 2012;

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann - 3ª Ed. - São Paulo: Max Limonad, 2003;

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012;

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição** - 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013;

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mata - 9ª Ed. - São Paulo: Cultrix, 2001;

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia – breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115-137;

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

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim

(Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27;

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250;

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 4ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011;

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

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;