

## TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: UNA BREVE VISÃO PESSOAL\*

Ivo DANTAS\*\*

*Em homenagem ao Prof. Dr.  
Héctor Fix-Zamudio*

SUMÁRIO: I. *Justificativa inicial e primeiras colocações*. II. *Do processo constitucional*. III. *O direito constitucional processual e o direito processual constitucional*. IV. *Da codificação e da consolidação*. V. *Nossa posição*.

### I. JUSTIFICATIVA INICIAL E PRIMEIRAS COLOCAÇÕES

O título objeto destas considerações (que ainda podem ser provisórias) são motivadas por uma questão de ordem terminológica, com reflexos no que se poderia denominar *Teoria da Jurisdição Constitucional*, a saber: o uso indiscriminado das expressões *jurisdição constitucional*, *justiça constitucional* e *processo constitucional* por parte da Doutrina, significa

\* O texto tem por objetivo desmanchar o equívoco (que nos parece existir) entre aqueles que tratam a *Jurisdição Constitucional* como sinônima de *Processo Constitucional*. Neste sentido, adverte que ambas as expressões são realidades distintas, com características e conteúdos próprios. Ademais, discutimos e apresentamos uma diferença entre as expressões *Direito Constitucional Processual* e o *Direito Processual Constitucional* e seus conteúdos. *Palavras-Chaves*: Constituição & Processo. Jurisdição Constitucional; Processo Constitucional; *Direito Constitucional Processual* e o *Direito Processual Constitucional*. Controle de Constitucionalidade.

\*\* Professor titular (antigo Catedrático) da Faculdade de Direito do Recife-UFPE; doutor em direito constitucional-UFMG; livre docente em Direito constitucional-UERJ; livre docente em Teoria do Estado-UFPE.

que elas são *sinonímicas*? Ou, em caso contrário, estão sendo utilizadas de forma imprecisa e/ou mesmo errônea?

O problema aqui suscitado, em última análise, é conseqüência da falta de precisão terminológica que caracteriza os estudos sociais e de forma especial os estudos jurídicos, que até o momento não são possuidores de um vocabulário inteligível e aceito, facilmente, pelos iniciados.

A fim de facilitar a exposição e defesa de nosso entendimento, afirmamos que nossa posição é no sentido de que as expressões representam duas realidades distintas, ou seja, a *jurisdição constitucional* ou *justiça constitucional*, integrando o conceito genérico de *Jurisdição*, é *espécie desta*, e cuja competência é privativa para julgar as diversas espécies de *processo constitucional*.<sup>1</sup>

Esta segunda expressão (*processo constitucional*), por sua vez, possui duas vertentes, a saber, um *sentido restrito* (voltado para o *controle de constitucionalidade como garantia da constituição*) e um *sentido amplo*, caracterizando em seu âmbito todos os denominados *remédios constitucionais (como garantias do cidadão)*, tais como mandado de segurança (ou equivalente), mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, *ação popular*...

Tratando do tema em capítulo intitulado “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, Domingo García Belaunde (*Derecho procesal constitucional*)<sup>2</sup> escreve que

...se acostumbra denominar como *jurisdicción constitucional*, al conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o en el dogmático. Dentro de ella, tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos. Y esto dentro del área en donde actúa nuestro sistema romanista, en donde la problemática se inicia en forma sistemática en el período de entreguerras, si bien en nuestra América y en menor grado en la propia Europa, existen elementos y antecedentes de mayor antigüedad. Pero lo importante es que así se le conoce y este es el nombre que más se utiliza.

<sup>1</sup> Esta afirmativa não se aplica ao Brasil, cujo modelo constitucional confere ao Supremo Tribunal Federal competências que não são de natureza constitucional. Aliás, em nosso entender, o STF apesar de ser indicado como “Guardião da Constitucional”, não se assemelha, por diversos motivos, a um *Tribunal* ou *Corte Constitucionais*.

<sup>2</sup> Lima, Temis, 2001, p. 129.

También de gran predicamento, sobre todo por influencia francesa, es la utilización de *justicia constitucional*, que en rigor significa prácticamente lo mismo. Tanto es así, que el gran teórico de la disciplina, Hans Kelsen, les dio un significado equivalente”.<sup>3</sup>

Proseguindo, García Belaunde assevera que

...por cierto, estas no son las únicas diferencias terminológicas y conceptuales existentes, como ya en otro lugar lo hemos señalado, ni podemos olvidar los importantes planteos de Fix-Zamudio, que han merecido una justa acogida y sana discusión entre los especialistas. Tampoco podemos dejar de reconocer que, en los últimos tiempos, está abriéndose paso el concepto más amplio y más ajustado de ‘derecho procesal constitucional’, sobre el cual ya existe una literatura importante. Pero en la práctica, el concepto de *jurisdicción constitucional* debe reputarse como equivalente a derecho procesal constitucional, pues así es entendido por los especialistas y así ha ganado un público importante, que de esa manera identifica los temas de su preferencia.<sup>4</sup> Si bien lo previsible es que con el tiempo se imponga el nombre *Derecho procesal constitucional* como una nueva disciplina, y que el de *jurisdicción constitucional* sea abandonado, o en su defecto, replanteado y sea considerado como uno de los capítulos de aquella.<sup>5</sup>

Em nosso entendimento, quando falamos em *Tribunal Constitucional*, *Jurisdição Constitucional* ou *Justiça Constitucional* caber-nos-á esclarecer sua natureza e suas relações com os demais poderes do Estado, se ela está representada por órgão único (controle concentrado), ou se, ao con-

<sup>3</sup> O autor se refere a Hans Kelsen, especialmente na obra *La giustizia costituzionale* (Milano, Giuffrè Editore, 1981), do qual há uma edição brasileira, *Jurisdição Constitucional* (São Paulo: Martins Fontes, 2003).

<sup>4</sup> No Brasil, inclusive, já existe uma grande produção bibliográfica sobre o tema. Vale noticiar que o Prof. García Belaunde se encontra realizando uma pesquisa entre os especialistas de diversos países, a fim de fixar, exatamente, o objeto do *Direito Processual Constitucional*.

Ao responder o *Cuestionario sobre Derecho Procesal Constitucional* que nos foi enviado, seguimos, exatamente, o que vai defendido neste estudo, mais precisamente, quando discutimos as expressões *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*. Referido trabalho foi publicado com o título de *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007. Nossa posição se encontra às p. 35-41.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 129-130.

trário, a competência de dizer o direito em matéria constitucional se encontra diluída entre vários órgãos, acima dos quais haverá uma Corte que decide em última instância. Em alguns casos, como acontece no Brasil, além de julgar em última instância (quando se tratar de controle difuso – *competência derivada*), tem a competência para apreciar e julgar de forma concentrada (*competência originária*).

Assim entendida, a expressão *Teoria da Jurisdição ou Tribunal Constitucional*<sup>6</sup> comporta ainda as análises referentes à *Composição dos diversos modelos de Cortes, Forma de indicação de seus membros, duração de mandato ou vitaliciedade* (ex: EUA, Brasil).

Por outro lado, quando se tratasse de *Teoria do Processo Constitucional em sentido estrito*, estaremos diante de uma outra realidade, compreendendo-se aí a análise dos diversos tipos de *Ação de Controle de Constitucionalidade*. Neste sentido, no modelo do *controle concentrado*, serão discutidos os temas referentes a *cada espécie de Ação*, ou seja, *Legitimação Ativa, Procedimento, Teoria das decisões e Efeitos que delas decorrem, Recursos próprios de cada uma, etc.*

Ainda no âmbito do *processo constitucional em sentido estrito*, será tratado o *controle difuso de constitucionalidade*, enfrentando questões como o *momento em que pode ser argüida a matéria, procedimento, decisões e seus efeitos*, além *Recursos próprios de cada uma*.

À *teoria do processo constitucional (em sentido amplo)*, e como se disse, pertenceria o estudo de todos os *remédios constitucionais*, o que é feito através da legislação própria de cada sistema, impedindo, assim, que neste sentido, seja possível uma generalização, salvo naqueles casos em que o instituto exista em vários sistemas (ex: *Habeas Corpus*), seja nas hipóteses em que haja correspondência de institutos (*acción de amparo e mandado de segurança*, em certo sentido).

<sup>6</sup> Bastante sintomático, neste sentido, é o título do livro *Jurisdicción y procesos constitucionales* no qual existem trabalhos de Francisco Caamaño Domínguez, Ángel J. Gómez Montoro, Manuel Medina Guerreiro e Juan Luis Requejo Pagés (Madrid, McGraw-Hill, 1997); Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Aranzadi, 2005; Grewe, Constance et al. (dirs.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000; Pérez Gordo, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983.

Em todos estes temas, defendemos que deverá o estudioso lançar mão de dados do *Direito Comparado* e da *História Comparada*<sup>7</sup>, como único caminho possível para se estabelecer uma *Teoria da Jurisdição e do Processo Constitucionais*.<sup>8</sup>

Neste sentido, são muito oportunas as palavras de Francisco Carnelutti em seu *Sistema de derecho procesal civil*<sup>9</sup> quando escreve que

...para conocer el derecho vigente hace falta estudiar también el Derecho pasado, como para conocer el derecho de un país es preciso estudiar asimismo el de otro.

Se comprende así el beneficio que rinden a la ciencia del derecho la *historia* en sentido estricto, es decir, como narración de hechos pasados, y la *comparación*: una y otra extienden el campo de observación en el tiempo y en el espacio. Historia y comparación son dos manifestaciones de una tendencia, o más bien de una exigencia única: la comparación, entendida como investigaciones del derecho vigente en otros países, es también historia, o sea representación de hechos, y a la vez la historia, entendida como investigación del derecho vigente en otros tiempos, es asimismo comparación, puesto que la utilidad de conocer el derecho pasado no se revela sino al confrontarlo con el derecho actual. Pero ello no quiere decir que la introducción al estudio del derecho procesal haya de abarcar un conjunto de noticias acerca del derecho pasado o del derecho extranjero, que proporcionado en esa forma al alumno ayuno aun de los principios de aquél, solo serviría para complicar la representación de los fenómenos sobre los que se desenvuelva la indagación; y es evidente que desde el punto de vista didáctico, esa representación ha de reducirse al *minimum indispensable*, sob pena de engendrar una confusión nociva. La historia y la comparación deben, en cambio, acompañar la exposición de los principios, siempre que el contraste del derecho vigente con el derecho pasado o con el extranjero sea útil para la mejor comprensión de su alcance. Por otra parte, una y otra prestarán al estudioso sus mejores servicios cuando, en posesión ya de los principios, este en condiciones de apreciar las diversas instituciones y de ordenar así en su mente el conjunto cada vez más vasto de los datos. Por

<sup>7</sup> A propósito, consulte-se nosso livro *Direito constitucional comparado – Introdução, teoria e metodologia*, 2a. ed. totalmente revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

<sup>8</sup> Não adotamos a expressão *teoria geral*, por entende-la pleonástica, já que toda *teoria é geral*.

<sup>9</sup> Vol. I: *Introducción y función del proceso civil*, Buenos Aires, Uthea Argentina, s/d, p. 2-3.

estas razones, las noticias históricas y las extraídas de la comparación deben, en mi opinión, constituir más bien un apéndice que una introducción al sistema. Que después ese apéndice se agregue o no a un tratado de Derecho procesal, es cosa que depende de razones de conveniencia, y como predominante entre ellas, la relativa a la existencia de otras fuentes fácilmente accesibles, en las que el estudioso pueda beber con provecho — conclui.<sup>10</sup>

## II. DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Apesar de que a *Teoria do processo* tenha seus conceitos centrais aplicados a qualquer espécie de processo, nosso interesse este estudo é bem claro, ou seja, o *Processo constitucional*, sobre o qual José Afonso Da Silva<sup>11</sup> tratando das *Definiciones terminológicas* observa:

1. El tema demanda aclaraciones iniciales para eliminar las dudas que su imprecisión denota, especialmente porque el término *proceso* es asociado a diversas situaciones constitucionales, tales como proceso constituyente o proceso de formación de la constitución, proceso legislativo, proceso de *impeachment*, derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, etcétera. Frente a ello, la expresión *proceso constitucional*, para quien no convive con esta temática, bien podría dar la impresión de ser genérica y abarcadora de todas esas situaciones. No obstante, no es así y, ciertamente, se podrá verificar que significa algo mucho más próximo del proceso de control de constitucionalidad que la expresión que comúnmente se le asigna.

2. Podemos hacer, desde ya, una delimitación a partir de la idea de que la doctrina emplea la expresión *proceso constitucional* como instrumento jurisdiccional de solución de los conflictos derivados de la aplicación de

<sup>10</sup> Cabe lembrar que, em geral, tanto o *direito comparado* quanto a *história comparada* são ministradas em nível de pós-graduação, exceção feita, pelo que sabemos, à Faculdade de Direito da PUC-Rj, que consagra a primeira disciplina no curso de bacharelado, a cargo da Profa. Dra. Ana Lúcia De Lyra Tavares. Assim sendo, concordamos com o que é defendido por Carnelutti, entendendo, porém, que nas áreas de concentração dos Cursos de Bacharelado (9o. e 10o. períodos) deveria haver uma disciplina voltada à comparação.

<sup>11</sup> “El proceso constitucional”, in Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 753. *Itálicos nossos*.

las normas constitucionales. De ese modo, no tendrá conexión alguna con el proceso constituyente, el proceso de formación de la constitución, el proceso de constitucionalización o reconstitucionalización, que son procesos políticos, no jurisdiccionales; ni tampoco, con el proceso de formación de las leyes, el proceso legislativo, que es el proceso parlamentario.

Mais adiante, Afonso Da Silva escreve que

4. Kelsen fue quien estableció las bases doctrinarias del proceso constitucional, empero sin emplear esta expresión. Así, utilizó expresiones diversas, tales como: *jurisdicción constitucional*, *control de constitucionalidad*, *garantías constitucionales de la Constitución y justicia constitucional*.<sup>12</sup> En él ya se encuentran algunas señas distintivas. Así, consideraba con igual sentido las expresiones *garantías constitucionales de la Constitución y justicia constitucional*, que se referían a los medios técnicos destinados a regular el ejercicio regular de las funciones del Estado, y destacaba la *jurisdicción constitucional* y el *procedimiento de control de constitucionalidad* como los medios técnicos de realización de la justicia constitucional. No obstante, entendía que el control de constitucionalidad de las leyes representaba el objeto de la jurisdicción constitucional. Por eso, no se refería al *proceso constitucional* como instrumento de la actuación de la jurisdicción constitucional; en tanto, se limitaba a relevar el procedimiento de control de constitucionalidad.<sup>13</sup>

Pelo que foi trazido à colação, se verifica a dificuldade com que as Doutrinas, tanto nacional quanto estrangeira, se defrontam para definir e caracterizar a locução *Processo Constitucional*, principalmente, em razão da variedade de expressões que são utilizadas com a finalidade de significar o mesmo que aquela expressão, e dentre as quais se destaca *Jurisdição Constitucional*.

Ademais, cumpre não esquecer que ao contrário do que possa parecer aos menos avisados (*só o processo constitucional se fundaria em norma constitucional!*), qualquer pretensão pode fundamentar-se em norma constitucional e/ao lado de normas de outras naturezas. Neste sentido, é a

<sup>12</sup> O autor cita o livro de Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, cit., nota 3. Vale lembrar que existe uma edição brasileira; Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 754.

lição de Jesús González Pérez (*Derecho Procesal Constitucional*)<sup>14</sup> quando, estudando *derecho constitucional y proceso* escreve:

La existencia de unas normas fundamentales o constitucionales diferenciadas en el cuadro del ordenamiento jurídico no comporta sin más la existencia de un proceso especial con aquel objeto específico. No existe una correlación entre proceso y normas de derecho material. Es cierto, como ha dicho Alcalá-Zamora y Castillo que, normalmente, si su distinta índole motiva el fraccionamiento de la jurisdicción en ramas, o la especialización de los juzgadores dentro de ellas, nada más natural que haya dado lugar a una división del derecho procesal en diferentes sectores. Ahora bien, “no cabe decir que, en todo caso, a un conjunto de normas substantivas perfectamente diferenciadas corresponde una clase de proceso y solo una, porque el paralelismo, por razones de múltiple índole, no se ha guardado en toda sua pureza”.<sup>15</sup> Esta falta de correspondencia entre normas sustantivas —concretamente, normas constitucionales— y proceso —proceso constitucional— puede tener lugar: porque no exista un proceso específico para examinar pretensiones fundadas en derecho constitucional, porque normas de derecho constitucional funden pretensiones que han de ser examinadas en procesos distintos y porque en un mismo proceso se examinen y actúen pretensiones fundadas en derecho constitucional y en normas de distintas naturaleza.

Las normas de derecho constitucional pueden servir de fundamento a pretensiones deducidas en procesos que no tengan este objeto específico.<sup>16</sup>

Mais adiante, é incisivo:

Si las normas que sirven de fundamento a la pretensión no constituyen elemento diferenciador válido del proceso constitucional, sí lo constituyen el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se confía su conocimiento. En tanto en cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a una clase especial de órganos jurisdiccionales, puede hablarse de un proceso constitucional o político diferenciado de los demás.

En el ordenamiento jurídico español existe tal atribución a unos determinados órganos jurisdiccionales: el Tribunal Constitucional.

<sup>14</sup> Madrid, Civitas, 1980, pp. 39-40.

<sup>15</sup> Neste texto aspeado, o autor cita Guasp, em seus *Commentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, I, p. 28.

<sup>16</sup> Esta é a hipótese, entre nós, do controle incidental de constitucionalidade.



El Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional para conocer determinadas pretensiones fundadas en normas constitucionales, delimita el ámbito de un proceso especial netamente diferenciado de los demás tipos de proceso.

Será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional.<sup>17</sup>

### 1. *Natureza jurídica do processo*

Ponto capital de nossas reflexões diz respeito à *Natureza jurídica del proceso constitucional*, sobre a qual González Pérez desdobra em 2 (dois) itens, como se vê:

#### 1. *Es un proceso*

La defensa de la Constitución atribuida al Tribunal Constitucional se configura como un auténtico proceso. Las normas constitucionales sirven de fundamento a una pretensión que se deduce por un sujeto frente a otro ante un órgano estatal supraordenado a las partes.

Estamos ante un complejo de actividades de órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado.

#### 2. *Es un proceso especial*

Si la distinción entre procesos común y especiales radica en la naturaleza de la Jurisdicción a la que se atribuye su conocimiento, parece indudable que en el Ordenamiento español el proceso constitucional ha de considerarse proceso especial. Su conocimiento no se atribuye a los órganos de la Jurisdicción ordinaria —característica esencial de los procesos comunes—, sino a un órgano jurisdiccional que está fuera del marco de la Jurisdicción ordinaria. Como todos los ordenamientos inspirados en el precedente austriaco de la Constitución de 1920 (restablecida en 1945), obra de Hans Kelsen y de su Tribunal de Justicia Constitucional instaurado en 1926, el conocimiento de los procesos cuyo objeto específico son pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a una Jurisdicción especial, desgajada de la común organización judicial e incluso de la estructuración tradicional de los Poderes del Estado.

En orden a la determinación de las normas aplicables a este sector procesal en lo no previsto en la regulación específica se aplicarán las normas generales reguladoras del proceso común por antonomasia: el proceso civil.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Op. cit.*, nota 14, p. 41.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 42. Itálicos no original.

María Mercedes Serra Rad<sup>19</sup> ao tratar do *proceso constitucional*, e fazer várias referências doutrinárias, cita Enrique Véscovi ao conceituá-lo como aquele que “tiene por objeto la materia constitucional”. Em seguida, agora tratando da *naturaleza del proceso constitucional* relaciona várias posições, a saber:<sup>20</sup>

a) El proceso constitucional como un “auténtico proceso”, pero “especial”; b) El proceso constitucional como un “proceso voluntario”; c) El proceso constitucional como un “proceso contencioso” e, finalmente, d) El proceso constitucional como una “ficción”.

Na primeira perspectiva (*El proceso constitucional como un “auténtico proceso”, pero “especial”*) leciona Serra Rad que

...algunos autores sostienen que el proceso constitucional es un auténtico “proceso”, como lo indica su nombre, pero de naturaleza “especial”. Así lo define González Pérez, quien considera que existen —como en todo proceso— dos partes, que deducen pretensiones fundadas en normas constitucionais, ante un órgano preestablecido, mediante una serie de actividades. En otras palabras, es “un complejo de actividades de un órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado”; y aclara el autor: es un proceso “especial”, ya que no entenderá de esas pretensiones cualquier órgano jurisdiccional o común, sino un órgano jurisdiccional especial que se sitúa fuera de la jurisdicción ordinaria.<sup>21</sup>

Na segunda perspectiva (*El proceso constitucional como un “proceso voluntario”*) observa que

...los autores italianos —entre otros Carnelutti, Cappelletti— consideran que en el proceso constitucional no existen partes; hablan de un “proceso voluntario” (de “jurisdicción voluntaria”) por entender que el juez, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad o al franquear la petición que —por vía de excepción— plantea la parte al respecto, deduce la solicitud de autorización para eludir el deber de aplicar la ley.

Es cierto, sin embargo, que esta tesis solo se comprende en jurisdicciones constitucionales donde no hay recurso directo contra leyes ni recurso de amparo, y donde, además, se considera como “complementario”, y no

<sup>19</sup> *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 51 e ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 53-55.

<sup>21</sup> Vale observar que a posição de González Pérez é, justamente, a que já foi citada acima.

“principal”, de la justicia constitucional la función de arbitraje (o resolución de conflictos) entre poderes.

No tocante à concepção que identifica el *proceso constitucional como un “proceso contencioso”*, escreve Serra Rad que

cierta corriente de opinión considera que el proceso constitucional importa un verdadero proceso contencioso, ya que subsiste por debajo una auténtica litis y su resolución dependerá de lo siguiente: si la norma impugnada por ser contraria a la Constitución, se debe aplicar o no, si permanecerá dentro del ordenamiento jurídico o si, al contrario, deberá ser eliminada del mundo jurídico. En este sentido se enrola el profesor Enrique Véscovi.

A juicio del profesor González-Deleito y Domingo<sup>22</sup> “el presupuesto ineludible para poder hablar de proceso constitucional es la preexistencia de un *status* litigioso: la posible colisión entre constitución y ley, el entrecruzamiento de intereses subjetivos contradictorios (la parte a quien conviene la declaración de inconstitucionalidad y la parte a quien perjudica tal declaración)”.

Otros autores aluden a la existencia de “verdaderas partes procesales”, si bien con distinta intensidad, en los diferentes procesos constitucionales. Así admiten la existencia de “partes demandantes”, “partes demandadas”, “parte general”, “partes coadyuvantes” y “quienes ostentan un interés legítimo.

Sobre a última das correntes ou perspectivas (*El proceso constitucional como una “ficción”*), afirma Serra Rad que, segundo Geiger

...el proceso constitucional es pura ficción, que se justifica en la necesidad que el Estado tiene de atribuir a uno de sus órganos la función de determinar lo que es constitucional o no —y a lo cual los demás órganos del Estado deben inevitablemente acomodarse—.

Señala el autor citado —continúa a autora portenha— que la esencia del proceso constitucional es radicalmente distinta de la de los procesos civiles o contenciosos, y precisamente por esa misión atribuida al Tribunal Constitucional de decidir definitivamente lo que el Estado quiere, los efectos de sus decisiones no pueden ser comparados a los de las sentencias de los demás tribunales.

<sup>22</sup> O livro de Nicolás González-Deleito Domingo a que se refere María Mercedes Serra Rad, tem por título *Tribunales Constitucionales - Organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980. A posição citada encontra-se à p. 12.

Explica el autor alemán que en el proceso civil, el Estado decide con carácter general sobre pretensiones que le son ajenas y en presencia de partes que son portadoras de derechos propios. En el proceso constitucional es diferente y su existencia sólo es posible como consecuencia de una ficción jurídica, porque ejemplificando con los conflictos entre órganos, todas manifestaciones especialmente de los órganos constitucionales, son manifestaciones de un único, en esencia inseparable, poder del Estado. Por ello, *no es posible un conflicto del Estado consigo mismo, de modo que, para facilitar el proceso, la ley otorga a determinados órganos capacidad procesal y finge una relación jurídica, sobre cuya existencia y contenido debe discutirse y ser judicialmente decidido. Se actúa como si existieran diversos titulares con derechos propios y como si esas "partes" estuvieran frente al Estado como tenedor de la Gerichtshoneit, pero en realidad es la única persona jurídica Estado y el único poder del Estado que demanda, es demandado y juzga. Concibe así al proceso constitucional como un "autocontrol del Estado" sobre la juridicidad de sus propias manifestaciones soberanas.*

Finalmente, em item intitulado *mi opinión*, Serra Rad faz uma correta análise-conclusão da *natureza jurídica do processo constitucional*, com a qual concordamos em sua integralidade. Afirma:

A mi entender, el proceso constitucional resulta un verdadero proceso, que tiene por fin la protección de los principios constitucionales, especialmente los que otorgan derechos a los individuos, frente a las decisiones ilegítimas de la autoridad pública, y la tutela de su supremacía constitucional. La litis existe tanto en el proceso constitucional por vía directa o indirecta, que se resolverá al solucionarse la cuestión definitiva de legitimidad constitucional. El objeto del proceso lo constituirá, pues, esa ley o acto u omisión administrativa o judicial impugnada, que colisiona con una norma constitucional. Por tanto, el fin del proceso constitucional apuntará al control y a la declaración sobre la constitucionalidad o no de un determinado acto o omisión estatal, o de determinada disposición legal, por parte del órgano constitucional competente, como resultado del proceso previsto para efectuar el control constitucional. En suma, *por medio del "proceso constitucional" se pretende la realización efectiva del orden normativo, la concreción del jusnaturalismo, la defensa jurídica de la libertad.*<sup>23</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 56. Itálicos nossos.

Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*)<sup>24</sup> afirma que:

...desde Kelsen existe una confusión entre los términos *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional*, que se ha ido acentuando con el transcurso del tiempo.

La primera acepción, según algún sector de la doctrina, es preferible por dos razones: una de carácter filosófico, pues subraya que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos y otra de carácter netamente jurídico, según la cual dicha acepción abarca además de la existencia de un órgano especializado en la materia, todos los procedimientos de carácter procesal mediante los cuales se encarga a determinados órganos estatales la imposición forzosa de la Constitución.

Em seguida, o mesmo autor refuta ambas as posições,<sup>25</sup>

...afirmando que “ninguna de las dos razones es convincente; la primera porque soslaya el problema sacándolo de la órbita jurídica; la segunda, porque conduce lógicamente que solo se pueda hablar de jurisdicción constitucional en aquellos ordenamientos en que exista un órgano especializado en la materia. Bajo tal prisma, países como Estados Unidos cuna de la jurisdicción constitucional, Argentina, México, Venezuela, etcétera, carecerían de jurisdicción constitucional, por no existir una jurisdicción concentrada en la materia. *Lo que interesa, como es obvio deducirlo, es que existan órganos estatales especializados o no que ejerzan el control y que sus decisiones sean vinculadantes.*

Por otra parte —continúa Hernández Valle—, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, “la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esa forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación”.

<sup>24</sup> San José (Costa Rica), Editorial Juricentro, 1995, p. 32. Itálicos nossos.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 32-33.

E conclui Hernández Valle: “*Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, lo cual nos lleva a indagar las otras dos acepciones generalmente utilizadas al efecto: jurisdicción constitucional y Derecho Procesal Constitucional*”.<sup>26</sup>

Diante das controvérsias apontadas, em nosso entendimento parece-nos possível resumir afirmando que a *Jurisdição Constitucional*, é definida sob uma *perspectiva orgânica*, assim entendida como o conjunto de órgãos que, integrando ou não a Jurisdição como Poder do Estado, tem competência para conhecer e julgar as ações de controle da constitucionalidade e os remédios constitucionais. Em outras palavras, pode ocorrer que integrem o Judiciário (EUA com a Suprema Corte e Brasil com o Supremo Tribunal Federal), ou como nos modelos Europeus nos quais as Cortes ou Tribunais Constitucionais não integram o Judiciário. Por outro lado, o *Processo Constitucional* seria sempre definido sob uma *perspectiva material*, ou seja, como o conjunto de atos regulados pela Lei, determinando como e em que condições a Jurisdição Constitucional se manifesta.

*Em outras palavras*: quem é competente para decidir sobre tais matérias; quem poderá provocar a jurisdição (legitimação ativa); provocada, qual o caminho a ser seguido e como (procedimento); quais os efeitos de suas decisões, etc...

No caso específico do Brasil, vale mencionar que inúmeras são as Leis que regulam a *Teoria do Processo Constitucional em sentido estrito*, ou seja, os diversos tipos de *Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade*: a *Lei no. 9.868, de 10.11.99* (DOU 11.11.99) que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”, *Lei no. 9.882, de 03.12.99* (DOU 3.12.99), que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”.

Com relação ao controle incidental, devemos citar a *Lei no. 11.417, de 19.12.06* que “regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a *Lei no. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de *súmula vinculante* pelo Supremo Tribu-

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 33. Itálico nosso.

nal Federal, e dá outras providências e a *Lei no. 11.418, de 19.12.06* que acrescenta à *Lei no. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.<sup>27</sup>

Por outro lado, no tocante à *Teoria do Processo Constitucional em sentido amplo*, há de ser referida toda a legislação que trata dos diversos *Remédios Constitucionais: Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Popular, etc...*

Mais à frente, discutiremos a conveniência, ou não, do que se poderia chamar de *Codificação ou Consolidação das Leis do Processo Constitucional*, através da qual seriam unificados todos os diplomas legais que digam respeito à matéria referida.

### III. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Em última análise, e pelo que já foi dito, pode-se afirmar que a *Jurisdição Constitucional* é competente para conhecer e julgar os *Processos Constitucionais*, assim entendidos em razão da *matéria* e da *competência*.

Para tanto, merece que se discutam as expressões *direito processual* e *direito processual constitucional*, fixando-se, corretamente, o âmbito de aplicação de cada uma delas, sem esquecermos que se trata de uma discussão de natureza epistemológica.

Domingo García Belaunde (*Derecho procesal constitucional*)<sup>28</sup> ao analisar *Las Inevitables Limitaciones* observa que

...los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos.

Precauciones que, como lo sabe toda persona situada dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el *derecho*, aunque la consolidación sobreviene mucho después, en largo período que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tan vastos

<sup>27</sup> Esta Lei se refere à Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, que motivou a Reforma Regimental do STF pela Emenda Regimental no. 21.

<sup>28</sup> Bogotá, Temis, 2001, pp. 1-2.

conocimientos tenemos que saber por dónde andamos, cuánto avanzamos, o si es que estamos dando vueltas en torno de algo útil. Además, tratándose del derecho procesal —y aquí aceptamos provisionalmente que el derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle—, el asunto se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en cuanto al derecho público interno. En consecuencia, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado solo en los aspectos principistas o de partida, debe ser consciente de estas limitaciones.

Em seguida, já no item intitulado *El “nomen iuris”*, García Belaunde escreve que

...podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones, incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”, tomadas generalmente como sinónimas.

Pero es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a lo largo de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso solo puede ser *el derecho procesal constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución*. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal remata el edificio del moderno derecho constitucional que se construye desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del periodo de entreguerras. *Si el derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el derecho procesal civil, en igual forma el derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo*.

Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan agregar algo próprio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor.



Aceptemos, pues, la expresión “derecho procesal constitucional”, con cargo a mayores precisiones —conclui o autor peruano.<sup>29</sup>

Elvito A. Rodríguez Domínguez<sup>30</sup> ao analizar as expressões *derecho constitucional procesal* e *derecho procesal constitucional* afirma que

...en relación con el derecho procesal, las Constituciones tienen dos clases de normas: unas, que se refieren a la estructura del Poder Judicial u órgano jurisdiccional del Estado, su organización, la forma de acceso al cargo, las garantías de que gozan los magistrados, sus responsabilidades, la creación de organismos especiales para la selección y nombramiento de los magistrados, establecimiento de garantías de la administración de justicia que aseguren el debido proceso, etcétera; y otras cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales atinentes a los derechos de la persona y al cumplimiento de la jerarquía normativa también dispuesta por la Constitución, concediendo acciones para recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivos estos derechos, y que disponen se dicten leyes de procedimiento para canalizar dichas acciones.

El primero grupo de normas sirven de fundamento al Derecho Constitucional Procesal porque se trata de disposiciones que se refieren a la administración de justicia en general. Las segundas, *son normas procesales contenidas en la Constitución cuya finalidad es resolver conflictos en materia constitucional* y que se tramitan en procesos especiales: éstas sirven de fundamento al derecho procesal constitucional.

Mais adiante, depois de afirmar que “es necesario determinar si efectivamente existen estas dos disciplinas, es decir, el derecho constitucional procesal e derecho procesal constitucional”,<sup>31</sup> escreve Rodríguez Domínguez que

...la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, estamos todavía en el ámbito del derecho constitucional, porque la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir que también existe un derecho civil constitucional o derecho del trabajo

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 2-3. No item 3, o autor tece considerações sobre *Los orígenes del nombre*, fazendo um levantamento bibliográfico bastante interessante.

<sup>30</sup> *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999, pp. 13-14. Itálicos no texto.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 15.

constitucional (la Constitución tiene normas sobre la familia, la propiedad y normas laborales).<sup>32</sup>

### Doutrina ainda que

*...en suma, el Derecho Procesal Constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.*<sup>33</sup>

Finalmente, Rodríguez Domínguez conceitua o direito processual constitucional como sendo “aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la carta magna establece”.<sup>34</sup>

Uma das maiores obras publicadas na Argentina sobre o tema é de autoria de Nestor Pedro Sagüés, intitulada *Derecho procesal constitucional*.<sup>35</sup> Para ele,

*...el derecho constitucional procesal, en síntesis, es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal). Entre esas cuestiones procesales pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera).*<sup>36</sup>

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 15. Observe-se que a posição do autor referido vai em sentido oposto àquele reconhecido pela doutrina, exatamente, ao consagrar um *Direito Constitucional do Trabalho*, um *Direito Civil Constitucional*, *Direito Econômico Constitucional*, etc...

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 16. Itálico no original.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>35</sup> Buenos Aires, Astrea, 4 volumes, 1989. Nela o autor estuda os institutos do Direito Processual Constitucional, principalmente, o Recurso Extraordinário.

<sup>36</sup> *Ibidem*, t. I, p. 4.

Em relação ao derecho procesal constitucional, afirma Pedro Saqués que “esta rama del mundo jurídico se sitúa en el *derecho procesal*, y atiende a los dispositivos (obviamente jurídicos) procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la *jurisdicción constitucional*, y tiene dos áreas claves: la *magistratura constitucional* y los *procesos constitucionales*”.<sup>37</sup>

Em estudo posterior ao já mencionado *Derecho procesal constitucional*, Nestor Pedro Sagüés (*Los desafíos del derecho procesal constitucional*),<sup>38</sup> depois de observar que “no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho Procesal”, aponta que “los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano “*de homine libero exhibendo*”, preludio del “*habeas corpus*” inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215)”.

Em seguida, tendo feito um levantamento do *Direito processual constitucional na América Latina*, reconhece um amplo crescimento do mesmo, tanto em nível de graduação como de pós-graduação, pelo que “la cuestión es, pues, propicia para reflexionar sobre los principales retos que hoy afronta la asignatura”, após o que aponta o *desafío espacial* como o principal dos desafios. E escreve: “aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el derecho procesal constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. Dónde comienza y dónde termina? Cuáles son su perfil y su relieve?”.<sup>39</sup>

E prossegue:

Hay en este punto dos posturas claves, cada una con sus variantes:

A) – La versión mínima del *derecho procesal constitucional* lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: *la jurisdicción constitucional*.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> In Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 24. Itálicos nossos. O texto é relativamente longo, mas de leitura bastante útil.

Para esta concepción, el derecho procesal constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.

En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes recursos y trámites que se ventilan ante aquél, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución.

Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del derecho procesal constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión “proceso constitucional” sólo para determinada clase de procesos: los especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como —por ejemplo— la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), el *habeas corpus*, el amparo o el *habeas data*.

Aun, así, el problema no está de todo resuelto. Que decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad, como por ejemplo el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus Salas (la de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al presidente o a otros funcionarios federales? Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan al mismo? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al derecho procesal constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el derecho constitucional y la disciplina que nos ocupa.<sup>41</sup>

B) Pero hay otra región más debatida —prosegue Pedro Sagüés—. Aludimos al *derecho constitucional procesal*, sector del Derecho Constitucional que trata de los *principios constitucionales regulatorios del proceso*.<sup>42</sup> Las reglas de la Constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina excludo-

<sup>41</sup> Em nota de rodapé, o autor faz referência a uma *jurisdicción constitucional parlamentaria* e indica a consulta a Biscaretti Di Ruffia, em seu direito constitucional.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, nota 38, p. 25. Itálico nosso.

ria del “fruto del árbol venenoso” (*fruit of the poisonous tree*),<sup>43</sup> que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las “sentencias arbitrarias” como opuestas a la Constitución, etcétera.<sup>44</sup>

Depois de todas estas considerações, Sagüés, sob a forma conclusiva, afirma:

Claro está que si se añade al derecho procesal constitucional todo el derecho constitucional procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante.

En aras de comprender esta situación de indefensión, puede decirse que como disciplina joven que es, el derecho procesal constitucional sufre, al modo de un adolescente, un periodo de crisis de identidad y de falta de madurez que sólo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir este reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo.<sup>45</sup>

Em livro intitulado *Constitución y proceso - La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*,<sup>46</sup> Augusto Mario Morello escreve que

...acerca de las fronteras un poco huidizas entre el “derecho procesal constitucional” y el “derecho constitucional procesal”, se ha hecho notar el deslinde acordando a la primera de esas disciplinas (dentro de la ciencia del proceso) lo que atañe a la “justicia constitucional”, estableciendo instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, lo que incluye una jurisdicción especializada como la Corte o el Tribunal constitucional, idea originaria de Kelsen, plasmada en la Constitución aus-

<sup>43</sup> Capella é autor de um livro com o título *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado* (Madrid, Trotta, 1999). Há uma tradução brasileira (*Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002).

<sup>44</sup> *Op. cit.*, nota 38, p. 26.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

<sup>46</sup> Buenos Aires, Librería Editora Platense-Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 36.

tríaca de 1920. Resplandece la “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti) como referida a los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución: amparo, *habeas corpus*, que deben jugar de una manera directamente operativa y en el tratamiento de los límites de los órganos del Estado y de sus relaciones cuando se suscitan conflictos de poderes. A su vez, contenido del “derecho constitucional procesal” (en la órbita del derecho constitucional) son las categorías procesales específicas que se han elevado a normas constitucionales para reforzar en concreto garantías de la audiencia y del debido proceso: el acceso a la justicia, el derecho a la justicia o a la jurisdicción, las garantías del juez natural, independiente, imparcial, inamovible, etcétera (acuñadas por Couture).

J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*)<sup>47</sup> discute os conceitos de *direito processual constitucional* e de *direito constitucional processual*, além de se referir ao *direito processual judicial*.

Desta forma, para ele, o *direito processual constitucional* compreende *dois sentidos*, sendo um *amplo* e outro *restrito*. No primeiro (*sentido amplo*), “entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional (cfr. CRF, artigo 221)”.

Em *sentido estrito*, o *Direito Processual Constitucional*

tem por objecto o *processo constitucional*. O *processo constitucional* reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o *processo de fiscalização da inconstitucionalidade* de normas jurídicas (cfr. CRP, artigo 223/1).<sup>48</sup>

A seguir, observa Gomes Canotilho que o “*direito processual constitucional*, seja em sentido amplo seja em sentido restrito não deve confundir-se com o *direito constitucional processual*”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> 5a. ed., Coimbra, Editora Almedina, 2002.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 955. Itálicos no original.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 956.

Neste sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Alude-se aqui ao *direito constitucional processual penal* ou *constituição processual penal*. A doutrina refere também o *direito constitucional processual administrativo* ou *constituição processual administrativa* para dar ordenação ao conjunto de regras e princípios constitucionais processualmente relevantes para o julgamento de litígios respeitantes a relações jurídico-administrativas e fiscais (*cf.*, sobretudo, o artigo 268 da CRP). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o *direito constitucional processual civil* ou *constituição processual civil* para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis.

E prossegue: “Por outro lado, existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem *direitos fundamentais constitucionais*, constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual”.<sup>50</sup>

Finalmente, afirma Canotilho que

o direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um *paradigma processual* na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo.<sup>51</sup>

Interessante na posição do constitucionalista português, é a referência que faz ao *Direito constitucional judicial* ao escrever:

não se deve confundir direito processual constitucional com *direito constitucional judicial*. Embora haja muitos pontos de contactos, os dois têm objectos diferentes. O direito constitucional judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional,

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 957. Itálico no original.

as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais.<sup>52</sup>

No Brasil, a questão terminológica não é diferente.

Assim, José Alfredo de Oliveira Baracho, em estudo pioneiro intitulado *Processo constitucional*<sup>53</sup> ensina que “a aproximação entre Constituição e processo gera o surgimento do direito constitucional processual ou direito processual constitucional, como preferem outros:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional.

Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa<sup>54</sup> e outros postulados que desses decorrem.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o *habeas corpus*, o *mandado de segurança* e a *ação popular* — conclui Baracho.<sup>55</sup>

Segundo José Frederico Marques,<sup>56</sup> “pode-se falar, também em *Direito Processual Constitucional* como o conjunto de preceitos destinados a

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 957. Itálico no original.

<sup>53</sup> Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, pp. 125-126.

<sup>54</sup> Veja-se do mesmo autor, *O Valor constitucional dos “direitos de defesa”*: *jurisdição e constituição*, in *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, maio de 2000, ano 2, n. 12, pp. 5-6.

<sup>55</sup> O autor não cita os demais *remédios* constitucionais, vez que a obra foi escrita, 1984.

<sup>56</sup> *Manual de direito processual civil*, 1a. ed. atualizada, Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, vol. I, pp. 30-31. Itálicos nossos. Em verdade, a 1a. ed. é bem antiga, publicada na década de 60 pela Editora Forense.



regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o *Direito Constitucional Processual* que trata das normas do processo contidas na Constituição”.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco,<sup>57</sup> por sua vez, utilizam-se apenas da expressão *Direito Processual Constitucional*, entendido como “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, após o que doutrinam:

Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional —prosseguem— abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

Cândido R. Dinamarco, desta feita em clássico livro intitulado *A Instrumentalização do processo*<sup>58</sup> assume uma posição bastante interessante, ao estabelecer as relações entre processo e Constituição, as quais, em seu entender, revelam

...dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) – no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) – no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

Discutindo as expressões *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*, José de Albuquerque Rocha<sup>59</sup> observa que

<sup>57</sup> *Teoria peral do processo*, 18a. ed. revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 79.

<sup>58</sup> São Paulo, Editora RT, 1987, p. 25.

<sup>59</sup> *Teoria geral do processo*, 5a. ed., revista e aumentada, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 57.

...apesar de os autores não explicitarem os fundamentos da dualidade de denominações, o que seria indispensável por não se tratar de algo evidente, as razões que lhe estão subjacentes são as seguintes:

a) - os que usam a expressão “direito constitucional processual” fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas *constitucionais* que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual é assim um conjunto de normas *constitucionais* fixadoras de princípios sobre o processo.

b) - por sua vez, os que optam pela expressão “direito processual constitucional” fazem-no por entenderem ser o mesmo constituído de normas *processuais* embutidas na Constituição. O direito processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza *processual*, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental. É a denominação preferida pela dogmática tradicional.

Adiante, afirma o autor que opta

...pela expressão “direito constitucional processual” por entender “(a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práxis jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito” e “(b) ser a denominação «direito constitucional processual» fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que, decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional, depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como é a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais”.<sup>60</sup>

Finalmente, arremata:

...no entanto, a expressão “direito processual constitucional” pode ser conservada para designar as normas que regulam o chamado *processo constitucional*, ou certos institutos de direito constitucional, como a ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção etc.

<sup>60</sup> *Teoria geral do processo*, pp. 58-59.

A análise das diferentes normas constitucionais que formam o direito constitucional processual mostra que seu conteúdo é constituído, entre outros, pelos seguintes setores constitucionais:

- a) - o inteiro capítulo III, título IV, que trata do Poder Judiciário;
- b) - o inteiro capítulo IV, título IV, sobre o Ministério Público, Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública;
- c) - princípios e normas sobre a participação popular na função jurisdicional (art. 5o., XXXVIII, e art. 98);
- d) - o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5o., XXXV);
- e) - princípios e normas que tratam dos poderes-deveres dos juízes e direitos fundamentais das partes no processo (art. 5o., XXXVI a LXVII, entre outros).<sup>61</sup>

José da Silva Pacheco<sup>62</sup> escreve que

...quando se fala em direito processual constitucional ou em direito constitucional processual —e de uns tempos para cá vem se falando muito— tem-se em vista uma série de questões, sobre as quais não há, por enquanto, pacífico entendimento.

Pode-se visualizar o assunto sob quatro aspectos: a) - ao se tratar de questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado da sua proveniência; b) - ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) - ao se elucidar matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob influência do princípio constitucional, o que justifica crescer àquele este qualificativo; d) - ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se estudo de direito constitucional processual.

Seguindo, esclarece Silva Pacheco<sup>63</sup> que

em síntese, pode o direito processual constitucional ter em vista:

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>62</sup> *O mandado de segurança e outras ações Constitucionais típicas*, 3a. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora RT, p. 73.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 73-74. Itálicos nossos.

- a) - os processos de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos da administração pública, que hoje em dia, são previstos em muitas Constituições, mas que pode até não ser, como ocorre nos Estados Unidos, com o *public review*, e que nem por isso deixam de ter conotação constitucional;
- b) - os processos para proteger ou garantir os direitos, liberdades e garantias fundamentais, declarados ou reconhecidos na Constituição;
- c) - os processos para dar cumprimento às disposições constitucionais;
- d) - a jurisdição orgânica constitucional;
- e) - os princípios e normas constitucionais aplicáveis nos diversos processos comuns;
- f) - os processos para as ações constitucionais típicas.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, por sua vez<sup>64</sup> escreve que

...o *Direito Constitucional Processual* seria formado a partir dos princípios basilares do 'devido processo' e do 'acesso à justiça', e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc...

Já o *Direito Processual Constitucional* seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à "Garantia da Constituição" e à "Garantia dos direitos fundamentais", controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, "Habeas Corpus", "Amparo", "Mandado de Segurança", "Habeas Data", etc...

Em seguida, de forma correta, observa o autor que

...esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões:

<sup>64</sup> "Direito constitucional processual e direito processual constitucional – Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade", in *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, junho de 2000, n. 13, p. 6.

1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, “constitucional”;

2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.<sup>65</sup>

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 desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.<sup>66</sup>

Em outro estudo, intitulado *Uma Justificação Democrático-Radical da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei*

<sup>65</sup> Não há dúvidas que assiste razão a Marcelo Cattoni em muitos pontos. Entretanto, não se pode esquecer que recentes mudanças na legislação, bem como na posição do Supremo Tribunal Federal, sobretudo com o julgamento da *Reclamação no. 4335/AC*, rel. Min. Gilmar Mendes, de 10.2.2007 (Informativo do STF no. 454), vêm diminuindo o valor do controle incidental, com seus efeitos inter-partes, sobretudo, a atuação do Senado Federal ao qual, nos termos da *Cf/88* (art. 58, X) cabe “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Em sentido contrário ao texto expresso na Constituição, o Min. Gilmar Mendes escreve que “de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto”.

E prossegue: “A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da *CF/88*, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. (Desta forma), ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”.

“É legítimo entender —escreve ainda Gilmar Mendes— que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso”.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 6.

*Federal no. 9.686/99: um ensaio crítico*,<sup>67</sup> ainda Marcelo Cattoni, depois de repetir as mesmas posições já mencionadas, escreve: No Brasil, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de “comando” eivado de inconstitucionalidade. Nesse sentido é que José Luiz Quadros de Magalhães afirma: “No Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional”.

Não estamos em Weimar. A ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, o “habeas corpus”, o mandado de injunção nada mais são do que meios processuais especiais, complementares, e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um ‘estado de exceção’ e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de um presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores.

Portanto —continua Cattoni—, não se pode levar tão a sério a distinção entre um direito constitucional processual e um direito processual constitucional a ponto de se chegar a distinguir o que deve estar intimamente relacionado, processo e constituição. *Ainda que se admita a existência de um processo constitucional, enquanto disciplina a congregar o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do direito penal, civil, comercial, administrativo, tributário, etc...*<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Texto enviado ao autor, via e-mail, em 18.09.2001, pp. 16-17. Consulte-se do mesmo autor, o livro *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

<sup>68</sup> Itálico nosso.

É preciso pontuar, a distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada.

No direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores.

No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. Não é sem motivo o fato de que para nós, assim como para os norte-americanos, a decisão judicial é declaratória e com efeitos retroativos; a decisão é o resultado do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece a uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso.<sup>69</sup>

Sem dúvida alguma, em qualquer que seja a perspectiva que se estude o *Processo na Constituição*, o ponto fundamental é a análise do *devido processo legal*, até porque este é princípio fundamental ao denominado *Estado Democrático de Direito*. Neste sentido, referindo-se aos desdobramentos do *devido processo legal*, José Alfredo de Oliveira Baracho (*Proceso Constitucional en Brasil*<sup>70</sup>), com base em lição de Eduardo J.

<sup>69</sup> Vale lembrar que com as Leis nos. 9.868, de 10.11.99 e 9.882, de 03.12.99, ficou prevista a possibilidade de *efeitos ex nunc* e de *efeitos pro-futuro*.

<sup>70</sup> In García Belaunde, D. e Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 441-442. Mais recentemente, Oliveira Baracho publicou o trabalho *Teoria geral do processo constitucional*, no livro *Estu-*

Couture, doutrina: “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”.

E, mais adiante, prossegue Oliveira Baracho:

Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Depois de demonstrada esta ascensão da matéria processual para o nível constitucional e suas repercussões terminológicas, cumpre-nos fazer referência ao artigo de João Batista Lopes (*Efetividade da tutela jurisdicional à Luz da constitucionalização do processo civil*),<sup>71</sup> no qual escreve:

Que sentido, porém, se deve emprestar à locução *Constitucionalização do processo civil*?

A primeira impressão que se colhe é a de que se cuidaria de nova disciplina jurídica, a par de tantas já existentes em nossas grades curriculares.

Tal orientação é admissível, inquestionavelmente, mas é possível analisar a questão sob outra perspectiva, isto é, de que a constitucionalização do processo signifique apenas um método de trabalho, uma nova postura do processualista: estudar o processo civil com os olhos voltados para a Constituição. Esse método de estudo tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esva-

*dos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel* (São Paulo, Editora Saraiva, 2001, p. 339-414), bem como em *Direito - Revista da Faculdade Mineira de Direito* (V. 2, N. 3 e 4 1o. e 2o. Sem., 1999, p. 89-154). Mais recentemente, o autor publicou o livro *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2006.

<sup>71</sup> In *Revista de Processo*, São Paulo, no. 119, ano 29, julho-agosto, 2004, p. 29-39.



ziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”.<sup>72</sup>

Por fim, vale observar que para Héctor Fix-Zamudio<sup>73</sup> são quatro os setores dentro desta nova disciplina, a saber: 1) – Jurisdição; 2) – Garantias Judiciais; 3) – Garantias das Partes e 4) – Formalidades essenciais do procedimento.

#### IV. DA CODIFICAÇÃO E DA CONSOLIDAÇÃO

Interessante questão desperta logo nossa atenção: a conveniência, ou não, de uma *Codificação* ou *Consolidação* das normas referentes ao *Direito Constitucional Processual* e do *Direito Processual Constitucional*.

Antes, contudo, de discutirmos a questão concreta, parecem-nos oportunas algumas considerações sobre o fenômeno da *Codificação* (gênero), tema de suma importância na *história do direito* e no *direito comparado*.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Artigo citado, p. 30. Mais adiante (p. 32), o autor afirma: “...fácil é perceber o risco da supervalorização dos princípios constitucionais do processo. Por exemplo, a sacralização do princípio do contraditório pode comprometer a efetividade do processo; a proibição absoluta das provas ilícitas pode manter na cadeira um inocente; interpretação literal do princípio da isonomia levaria a tratar igualmente pessoas capazes e deficientes físicos etc.

A supervalorização dos princípios constitucionais do processo acarreta também o risco de desprezar por completo a legislação processual como se todas as causas pudessem ser resolvidas com aplicação direta da Constituição. A invocação de princípios constitucionais não pode erodir normas técnicas e requisitos necessários ao desenvolvimento do processo (por exemplo, os prazos processuais não podem ser desprezados; as condições da ação (*rectius*, requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito) não podem ser dispensadas; a exigência de prova escrita, na ação monitoria, é inafastável etc)” - conclui. Na verdade, nenhum estudioso do *Direito Constitucional Processual* defendeu (pelo menos que tenhamos conhecimento a respeito) a desnecessidade da legislação infraconstitucional. O que sempre se defende é que as normas que a compõem, quando fundadas em princípio e/ou norma constitucional, não poderão ser relativizadas, mas sim, considerada, respeitada e aplicada em sua inteireza”.

<sup>73</sup> Artigo intitulado *Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano*. Cf. Ovalle Favela, José, “Tendencias actuales en el derecho procesal civil”, in Soberanes, José Luis (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 29.

<sup>74</sup> Veja-se Dantas, Ivo, *Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia*, 2a. edição totalmente revista, aumentada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 196-201.

Neste sentido, iniciamos lembrando, como o fez Paulo Gimenes Alonso no artigo *A Crise das Codificações e uma nova forma de legislar*<sup>75</sup> que “renomados juristas sempre divergiram acerca da conveniência de se reunir as normas legais de um povo em códigos. Basta lembrar o célebre desacordo ‘*Savigny versus Thibaut*’, ocorrido na Alemanha no século XIX. Encantado pelo Código de Napoleão, de 1804, o professor alemão *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840), da Universidade de Heidelberg, reeditou, em 1814, um pequeno livro denominado *Da Necessidade de um direito civil geral para a Alemanha*. Neste livro, ele propunha que fossem reunidas num só código todas as leis vigentes nos diversos Estados alemães, com o que imaginava pôr fim ao verdadeiro caos legislativo que lá imperava, provocando verdadeira balbúrdia jurídica. *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861), figura marcante da Escola Histórica, contrário às idéias de *Thibaut* respondeu com um opúsculo que denominou *Da Vocação de Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, combatendo com veemência a proposta de seu colega de cátedra. Franz Wieacker lembra que para *Savigny* todas as codificações seriam inorgânicas, e, por isso, ou prejudiciais ou inúteis; o direito só se formaria de maneira orgânica, a partir das convicções do povo, isto é, através do costume, da ciência e da prática.

Venceram as idéias de *Thibaut*, pois em 1900 entrou em vigor o Código Civil Alemão, promulgado em 1896, mas nem por isso a questão se acha esgotada. Ao contrário, depois de um largo período em que imperou a “glória dos códigos”, tidos como verdadeiros “monumentos legislativos”, vem ganhando espaço, na comunidade jurídica, opiniões que apontam o declínio dessa forma de legislar.

Outro aspecto relacionado ao tema deve ser logo trazido à colação, destacando-se que no tocante ao fenômeno da *Codificação*, a *Teoria* precedeu à *prática*, como, aliás, observa Giordano Bruno Soares Roberto (*Introdução à história do direito privado e da codificação. Uma análise do novo Código Civil*)<sup>76</sup> ao escrever que

antes que a codificação se realizasse na prática, muitos pensadores se dedicaram ao assunto. As características que um código deveria ter e os de-

<sup>75</sup> *Intertemas – Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente: ano 1, v. 1 – Dezembro de 2000, p. 186-187. Itálicos no original.

<sup>76</sup> Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 27.

safios que precisaria enfrentar foram discutidos. Muitos autores se perguntaram como e por quem ele deveria ser elaborado; que dimensões deveria ter; que linguagem deveria utilizar. Grandes debates foram travados em torno de sua conveniência para determinado país e época. Fartos argumentos foram suscitados entre os que defendiam a codificação e os que a repudiavam.

Essas reflexões formariam o que se pode chamar de teoria da *codificação*.

Assim, de forma didática, podemos informar que a *Codificação*,<sup>77</sup> apesar de possuir antecedentes desde a Antiguidade Oriental, foi um movimento tipicamente da civilização ocidental, iniciado no século XIX, e a partir do qual, em uma perspectiva formal, pode-se falar em *direito continental* (ou *codificado*) e direito do *Common Law*. No primeiro grupo encontram-se o grupo *francês* (Code Civil des Français ou Código de Napoleão, 1804) e o grupo *alemão*, enquanto que no sistema do *Common Law* se encontra o grupo *Anglo-Americano*.

<sup>77</sup> A propósito, além dos que estão citados no texto, consultem-se os seguintes estudos: Oppetit, Bruno, *Essai sur la Codification*, Puf, 1998; Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; Siebeneichler de Andrade, Fábio, *Da Codificação – Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997; Virmond De Lacerda, Arthur, *História Breve das Codificações Jurídicas*, Juruá Editora, 1997; Bayitch, S. A., “La codificación en el derecho civil y en el common law”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico*, Mexico, nueva serie, a. III, núm. 7, enero-abril de 1970, pp. 3-57; Maisset de Espanes, Luis, *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1994; Cazorla Prieto, Luis María, *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Madrid, Aranzadi, 1999; Hassemer, Winfried, “Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei”, in Kaufmann, A. e Hassemer, W. (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s/d; Aguilera Narchet, Bruno, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 26-40; Stoll De Oliveira, Adriane, *A codificação do direito*, Jus Navigandi, Teresina, a.7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>. Acesso em: 22 nov. 2002; Costa, Dilvanir José Da, “Trajetória da codificação civil”, *Revista da Faculdade de Direito-Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, no. 44, Jan.-Jun, 2004, pp. 71-85; Tutikian, Cristiano, “Sistema e Codificação. O Código Civil e as Cláusulas Gerais”, in Aronne, Ricardo (org.), *Estudos de direito civil – constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2004, pp. 17-84; Salvo Venosa, Sílvio De, *Introdução ao Estudo do Direito - Primeiras Linhas*, São Paulo, Editora Atlas, 2004, pp. 218-237.

Distinção útil deve ser feita as expressões *Consolidação de leis e Codificação*, tal como ensina Ricardo Luis Lorenzetti em seu livro *Las normas fundamentales de derecho privado*.<sup>78</sup>

Antes do advento dos Códigos *decimonónicos*<sup>79</sup> regia-se a sociedade mediante consolidações. Estas pretendiam reproduzir o Direito sem modificá-lo, visando apenas continuá-lo, melhorá-lo, em um *continuum* histórico. As obras legislativas totalizadoras constituíam inventários da regulação existente, como as da Índia, ou uma seleção de textos escolhidos, como o Digesto, ou um espelho da região, como o *Swabspiegel*. O Código, ao contrário, não é continuidade, é ruptura. Pretende criar uma nova regulação, substitutiva; ao invés de compilar, ordena, baseando-se na racionalidade. Tem um caráter de constituinte do Direito Privado.

Em seguida, Lorenzetti estabelece as diferenças entre as duas expressões, *Consolidação e Codificação*, da seguinte forma:

A consolidação gerava insegurança, porque não se sabia se tal ou qual disposição estaria em vigor. O Código é segurança, que se traduz em uma seqüência ordenada de artigos. A imutabilidade é uma das suas características essenciais: não se pode alterar uma parte sem mudar o todo.

A legislação anterior era incognoscível para o cidadão. O Código se bosquejou como uma espécie de manual de Direito porque, como dizia Andrés Bello, “poderá então ser por todos manuseado, poderá ser consultado por cada cidadão nos casos duvidosos e servir-lhe de guia no desempenho de suas obrigações”.

Na consolidação não havia axiomas fundantes; os princípios deviam ser rastreados em meio a um emaranhado de leis. Por outro lado, no Código, o modelo é dedutivo, baseado em axiomas, gerando uma ciência demonstrativa, cujo propósito é fazê-los evidentes no caso concreto. O sistema decodificado se baseia em uma ordem distinta, cronológica e casuística, onde não gravitam os enunciados gerais e abstratos.

Na consolidação, o intérprete tinha uma enorme tarefa e era o grande protagonista. O Código, ao contrário, recorta o espaço da interpretação jurídica, a qual se limita exclusivamente à lei e se transforma em exegese.

<sup>78</sup> Traduzido no Brasil com o título de *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Editora RT, 1998. As citações feitas neste item, são da edição brasileira, p. 42-43.

<sup>79</sup> Em nota de pé de rodapé (p. 42) o editor informa que “a palavra *decimonónico* pode ser interpretada no sentido de antiquado. Do espanhol: em desuso, ultrapassado no uso pejorativo”.

Por fim, escreve Lorenzetti: “A consolidação tem, diversamente, natureza insular, está afastada dos continentes. Ao contrário do Código, importa conhecimentos e situações de outros territórios, igualmente insulares. Seu caráter quase portuário lhe permite estabelecer contactos com a economia, a medicina, a arte da guerra, a tecnologia, incorporando seus interesses, regras e linguagem” – conclui.

Mário Reis Marques, em fundamental estudo intitulado *Codificação e paradigmas da modernidade*, depois de observar que “Direito comum e codificação podem ser entendidos como dois sistemas jurídicos autônomos”, prossegue afirmando:

Historicamente, pode até afirmar-se que a codificação surge como um sistema oposto e alternativo ao do *ius commune*. Trata-se esta de uma novidade que surge na Europa continental entre os finais do século XVIII e o princípio do século seguinte, mas cujo conflito com o *ius commune*, em termos de história jurídica continental, se manteve fundamentalmente nos 150 anos que decorrem entre 1750 e 1900.<sup>80</sup>

Fábio Siebeneichler de Andrade,<sup>81</sup> por sua vez, depois de se referir a algumas considerações históricas, escreve:

A codificação é, em essência, um conceito que se desenvolve em vários momentos. Não é exclusivamente de um determinado período histórico. É forçoso reconhecer, porém, que a partir do jusracionalismo consolidam-se determinadas características que, praticamente, iriam ser associadas ao conceito de código”. E prossegue: “Afinal, se se pode dizer que os códigos representam, em um momento, um sistema, isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito, ou de um determinado setor do Direito, é certo que não se pode desconsiderar toda sorte de razões históricas que conduzem a sua realização. Identificam-se, portanto, na teoria da codificação, um elemento técnico, o sistema, e um elemento político.<sup>82</sup>

Produto do jusracionalismo — doutrina Francisco Amaral—<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Coimbra, 2003, p. 5.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, nota 77, pp. 26-27.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>83</sup> *Direito civil – Introdução*, 5a. ed., Revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 122.

...é a concepção do direito como sistema, conjunto unitário e coerente de princípios e normas jurídicas. Partindo da formulação de conceitos gerais e utilizando o método dedutivo, através de uma *demonstratio more geometrico*, aplica-se o método cartesiano ao direito e chega-se à idéia de sistema jurídico, do que a jurisprudência dos conceitos, de Puchta e Windscheid, e a parte geral dos códigos civis são a melhor expressão.

Entende-se que a idéia de sistema permite uma compreensão melhor do direito, não só de ordem didática como também de direito comparado, na medida em que autoriza o confronto e o relacionamento entre sistemas diversos. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade, e, ainda a interpenetração do direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. O direito é um sistema de controle que emerge da vida, da sociedade, não podendo isolar-se da realidade que o produz. Já Savigny dizia que a ciência e a história do direito são inseparáveis do estudo da sociedade que lhe for contemporânea — conclui Amaral.

Em verdade, quando se fala no fenômeno da *Codificação* como fenômeno característico do séc. XIX, limitam-se os autores às análises dos *Códigos Civis*, a saber: o *Código Civil Francês* (1804), o *Código Civil Austríaco* (1811), o *Código Civil Italiano* (1865), o *Código Civil Alemão* (1900), e o *Código Civil Suíço* (1912), dentre outros, inclusive, na América Latina.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Vale lembrar que os denominados *monumentos legislativos* têm edição brasileira, todas com apresentação de Aguiar Dias, José De, *Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses - 1804* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1962); *Código Civil Alemão - 1896* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1960); *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1961); *Código Civil Italiano* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1961).

No Brasil, vale lembrar a obra de Teixeira De Freitas, *Consolidação das Leis Civis* (Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876), com recente edição fac-sim (Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, vols. I e II).

Sobre estes Códigos, vejam-se, dentre outros: Tobeñas, José Castán, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, pp. 28-41; Amaral, Francisco, *op. cit.*, nota 83, p. 118-119 e Siebeneichler De Andrade, Fábio, *Da Codificação - Crônica de um conceito, cit.*, nota 77, pp. 69-108.

J. M. Othon Sidou no livro *O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis* (Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, pp. 82-93) faz um minucioso levantamento do tema. Ver ainda Nogueira Saldanha, Nelson, *Velha e Nova Ciência do*

A Codificação no âmbito do Direito Privado, não nos permite que esqueçamos das *Codificações Constitucionais*, também conhecidas como *Surgimento das Constituições Escritas*, sobre as quais, não temos dúvidas em afirmar, foram representativas da ideologia liberal.<sup>85</sup>

### 1. *Unificação legislativa do DCP e do DPC. Os exemplos do Peru e de Honduras*

De posse dos conceitos de Codificação e de Consolidação discutidos acima, verifica-se que em relação ao *Direito Processual Constitucional* e ao *Direito Constitucional Processual* constatamos, atualmente, 2 (duas) orientações, a saber:

a) - uma crescente legislação em diversos sistemas jurídicos estrangeiros, tratando de temas como *Controle de Constitucionalidade*, *Habeas Corpus*, *Recurso de Amparo* etc..., e fazendo com que algumas editoras tragam anexadas ao texto da Constituição, diversas destas leis específicas, inclusive, a Lei que regulamenta o Tribunal Constitucional;

b) – alguns sistemas jurídicos, inclusive na América Latina, estão partindo para uma *Codificação* (ou sistematização em uma só Lei) de toda a regulamentação que trata dos temas referentes aos *Direitos e Garantias da Constituição* (Controle de Constitucionalidade) e *Direitos e Garantias do Indivíduo* (Habeas Corpus, Recurso de Amparo etc...).<sup>86</sup>

*Direito* (Recife, Editora Universitária, 1974, p. 105-113), *O Advento dos Códigos no Direito Antigo*.

<sup>85</sup> Veja-se Tarello, "La codificazione costituzionale in America", *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 559-620. Ainda: Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofia del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, especialmente, pp. 269-291 (Madrid, Trotta, 2002); Mello Do Amaral Júnior, José Levi, "Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio", in Martins-Costa, Judith (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Editora RT, 2002, pp. 54-71; Gatti De Albuquerque, Ronaldo, "Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio", in Martins-Costa, Judith (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Editora RT, 2002, pp. 72-86.

<sup>86</sup> Vale lembrar que em Portugal, de uma maneira generalizada, a publicação da Constituição da República traz sempre a *Lei do Tribunal Constitucional* (ex: Coimbra, Almedina, 2005). Em Espanha, são bem conhecidas as publicações da Ediciones Civitas (*Leyes Políticas del Estado*) e da Editorial Colex (*Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

Nesta segunda orientação, podemos citar os casos do *Peru* com o seu *Código Procesal Constitucional de la República (Ley no. 28237, de 06.05.2004)* e o de *Honduras* com a *Ley sobre Justicia Constitucional (Ley no. 224, de 30.08.2004)*.<sup>87</sup>

No caso do Peru, é exemplo bem elucidativo do que se afirma, seu *Artículo 1 (Alcances)*, ao determinar:<sup>88</sup> “El presente Código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución”.

Em *Honduras*, após 5 (cinco) *considerandos*, e conforme texto publicado em *La Gaceta* (3.09.2005, no. 30.792), a *Ley sobre Justicia Constitucional* estabelece em seu *Artículo 1* que “la presente ley tiene por objeto desarrollar las garantías constitucionales y las defensas del orden jurídico constitucional”, enquanto que logo em seguida (*Artículo 2*) fixa a *Regla de Interpretación y Aplicación*, determinando que “las disposiciones de esta ley se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional”<sup>89</sup>.

Neste quadro, já nos parece oportuna, no mínimo, que entre nós seja providenciada a *Unificação e/ou Consolidação da Legislação* referente ao *Direito Processual Constitucional* e ao *Direito Constitucional Processual*, não apenas enquanto plano editorial, visto que já existem publicações que tentam trazer em um só volume, a legislação pertinente a determinada área jurídica.

Parece-nos oportuno que, a exemplo dos citados modelos do Peru e de Honduras, já poderíamos realizar, pelo menos, uma *Consolidação das Leis do Processo Constitucional* que unificasse as diversas normas referentes à matéria, a saber:

a) - *Ações de Controle da Constitucionalidade*, ou seja, a *Lei no. 9.868, de 10.11.99* (DOU 11.11.99) que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*” e a *Lei no.*

<sup>87</sup> Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-11notnor-hond.htm>.

<sup>88</sup> Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-06notnor-per3.htm>.

<sup>89</sup> O Projeto do qual resultou a *Ley 244/2004*, encontra-se Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-01notnor-hon1.htm>.



9.882, de 03.12.99 (DOU 3.12.99), que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”.

b) - Remédios Constitucionais e que, atualmente, se encontram espalhadas na Constituição, nos Códigos e na Legislação Extravagante, como se vê:

- *Mandado de Segurança* (CF, art. 5o., incisos LXIX e LXX):

- Lei no. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 – Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança;

- Lei no. 4.348, de 26 de junho de 1964 – Estabelece normas processuais relativas ao Mandado de Segurança.

- *Habeas Corpus* (CF, artigo 5o., inciso LXVIII):

- Código de Processo Penal, arts. 647 a 667.

- *Habeas Data* (CF, art. 5o., inciso LXII):

- Lei no. 9.507, de 12 de novembro de 1997 – Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *Habeas Data*.

- Ação Popular (CF, art. 5o., inciso LXXIII):

- \* Lei no. 4.717, de 29 de junho de 1965 – Regula a Ação Popular.

- Ação Civil Pública (CF, art. 129, inciso III):

- \* Lei no. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (*vetado*) e dá outras providências;

- \* Lei no. 7.913, de 7 de dezembro de 1989 - Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

- Exercício da Cidadania (CF, art. 5o., LXXVI, *a* e *b*):

- \* Lei no. 9.051, de 18 de maio de 1995 – Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações;

- \* Lei no. 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 – Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Pelo levantamento feito, verifica-se que, na verdade, a intenção do que aqui se defende é que haja uma *Consolidação* (ou *Unificação*) de tais Diplomas, além de outros como, por exemplo, os Regimentos do STF e do STJ e suas respectivas *Súmulas*, o Regimento Comum do Congresso Nacional, o Regimento Interno do Senado Federal e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

## V. NOSSA POSIÇÃO

Todos os temas discutidos neste estudo, permanecem em aberto, razão pela qual, Domingo García Belaunde e Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, recentemente, levaram a efeito uma pesquisa entre os cultores da matéria na Alemanha, Argentina, Bolívia, Brasil,<sup>90</sup> Colômbia, Costa Rica, Chile, Espanha, Itália, México, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai, além de 5 anexos, todos publicados sob o título *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*,<sup>91</sup> com um prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

O que se observa na referida *Encuesta* é uma profunda diversidade de entendimentos, razão pela qual, diante de tudo o que foi escrito, devemos expor nosso entendimento frente aos temas tratados, a saber:

a) – *qual o objeto do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual?*

b) – o Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual pertencem ao Direito Constitucional ou ao Direito Processual?

Iniciemos pela primeira questão, lembrando que estabelecer-se a diferenciação entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, pelo visto, não é matéria de fácil solução, sobretudo, por se tratar de matéria de cunho *epistemológico*,<sup>92</sup> razão pela qual qualquer que seja a proposta apresentada, sempre encontrará concordâncias e/ou discordâncias.

Em nosso entender, poderíamos afirmar que o *Direito Processual Constitucional* traz consigo dois objetos de análise, a saber:

a) - preocupa-se com a denominada *Jurisdição Constitucional e os órgãos que a exercem, isto é, o Tribunal Constitucional* (composição, manda-

<sup>90</sup> No Brasil foram convidados e aqui estão na ordem constante do livro, Ivo Dantas, Ragis Araújo Frota E André Ramos Tavares.

<sup>91</sup> México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

<sup>92</sup> Por ser análise filosófica, está marcada por *juízos de valor*, variáveis, portanto, de autor para autor.

to, formas de indicação de seus membros) e com as ações que visam a integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje formam o *Controle de Constitucionalidade (concentrado e difuso)*;<sup>93</sup>

b) – consagração de ações tipicamente constitucionais e que dizem respeito à *Jurisdição constitucional das liberdades* - denominadas de *Ações ou Remédios Constitucionais* – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os *Direitos Individuais e Coletivos*, constitucionalmente assegurados. Aqui, encontramos, como exemplos históricos, o *Habeas Corpus* e o *Mandado de Segurança*, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, acrescentem-se os institutos do *Habeas Data*, *Mandado de Injunção*, *Ação Civil Pública*, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos.<sup>94</sup>

O *Direito Constitucional Processual* volta-se para o estudo das Garantias principiológicas do *processo* e do *procedimento*, ou seja, à análise do *Due process of Law*.

Pode-se ainda fazer referência ao *Direito Constitucional Judicial*, tendo como objeto o *Poder Judiciário* e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do *Ministério Público*, e as *Funções Essenciais à Justiça*.

Esquemáticamente, temos o seguinte quadro:

<i>Direito Processual Constitucional</i>	}	<ul style="list-style-type: none"> <li>— <i>Jurisdição, Justiça ou Tribunal Constitucional:</i></li> <li>— <i>Estrutura e composição dos Tribunais Constitucionais;</i></li> <li>— <i>Garantia da Supralegalidade Constitucional e as formas de toná-la efetiva: Controle de Constitucionalidade;</i></li> <li>— <i>Remédios Constitucionais (Jurisdição constitucional das liberdades).</i></li> </ul>
--	---	---

<sup>93</sup> A propósito, veja-se Dantas, Ivo, *O valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*, 2a. ed., revista e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.

<sup>94</sup> Cf. Favela, *op. cit.*, nota 73, p. 29.

*Direito  
Constitucional  
Processual:* → *Garantias referentes ao processo  
e ao procedimento: due process of law.*

*Direito  
Constitucional  
Judicial:*<sup>95</sup> → *Estrutura do Poder Judiciário e do Ministério  
Público. Garantias e impedimentos.  
A Advocacia como função essencial  
à Justiça.*

Insistamos no que foi dito acima: toda reflexão de *natureza epistemológica* (no nosso caso, *Epistemologia jurídica*, entendida como *Filosofia da ciência do direito*) que tenta delimitar campos do saber, tem uma natureza valorativa, variando, portanto, de autor para autor, razão pela qual, o entendimento por nós esposado não é pacífico para a totalidade da Doutrina que se preocupa com o tema.

Deste fato decorrem duas conseqüências, a saber:

a) - mesmo frente às discordâncias doutrinárias, não deixam os autores de reconhecer a *íntima relação* existente entre a *Constituição* e o *Processo*;

b) - mesmo que aceita a diferenciação entre *direito processual constitucional* e/ou *direito constitucional processual*, um livro ou curso que tente cobrir todo o campo das relações *Constituição* e *Processo* o fazem de forma abrangente, isto é, tratam da *Jurisdição do Tribunal Constitucional* e do *Controle de Constitucionalidade*, da *Jurisdição constitucional das liberdades* e os *Remédios Constitucionais*, *Princípios Constitucionais do Processo* (Penal, Civil, Administrativo, Fiscal, Eleitoral, etc. - *Direito Constitucional Processual*).<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Não é neste sentido o livro de López Medina, Diego Eduardo, intitulado *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. teoría del derecho judicial* (3a. reimp. Bogotá, Legis Editores, 2002). Neste, o autor trata da Obrigatoriedade do precedente constitucional, analisa sentenças e linhas jurisprudenciais e, especificamente, sob o título de *Teoría del Derecho Judicial*, discute “el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho”.

<sup>96</sup> Esta é a justificativa para a presença de certos temas que são tratados neste livro e que, antes de representarem uma contradição com o posicionamento defendido, mostra a impossibilidade de uma separação rígida em qualquer campo da ciência do direito.

Passemos ao segundo problema, ou seja, o *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual* pertencem ao direito constitucional ou ao direito processual?

Em que pese a posição de Belaunde, a nós nos parece que ambas as disciplinas — *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual* pertencem muito mais ao *direito constitucional* do que ao *direito processual*, embora, e é evidente, se valha de conceitos e normas da ciência processual.

Seus pilares fundamentais estão na Constituição e sua autonomia (didática e doutrinária) se deve ao interesse sempre crescente quanto aos temas que compõem tanto o *Direito Processual Constitucional* quanto o *Direito Constitucional Processual*, o que, em última análise, se explica em decorrência da elevação da matéria processual ao nível das Constituições.

Entretanto, apesar das posições epistemológicas defendidas pelas diversas correntes, de uma realidade não se pode fugir, ou seja, que a cada dia aumenta o interesse pelos temas relacionados tanto no *direito processual constitucional* como no *direito constitucional processual*, os quais estão se fazendo cada vez mais presentes nos cursos jurídicos, sobretudo, em nível de Pós-Graduação.<sup>97</sup>

<sup>97</sup> Na Faculdade de Direito do Recife, na área de concentração em direito público (direito constitucional IV) há alguns anos temos abordado temas pertencentes ao *direito processual constitucional* bem como ao *direito constitucional processual*, insistindo sempre nas íntimas relações entre *direito constitucional* e *direito processual*.

Nos cursos de doutorado e mestrado, sob a nossa responsabilidade, existe a linha de pesquisa intitulada *Neoconstitucionalismo, processo e jurisdição constitucionais*.

