

DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

DUE PROCESS OF LAW TO ACCESS TO JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL

Eduardo Rodrigues dos Santos

Resumo: Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o direito passou por profundas mudanças. A ordem jurídica passou por um movimento de constitucionalização e amoldamento dos institutos jurídicos à Constituição. O Direito Processual também foi constitucionalizado e seus princípios ganharam uma nova roupagem, mais garantísticas. À luz Constituição emergiu-se um verdadeiro Modelo Constitucional de Processo, um modelo único, ao qual estão submetidos todos os ramos do direito processual. Neste contexto os princípios processuais do devido processo legal e do acesso à justiça emergiram como garantias de defesa dos direitos do cidadão, fortalecendo o processo enquanto instrumento democrático de efetivação desses direitos.

Palavras-Chave: Devido Processo Legal, Acesso à Justiça, Modelo Constitucional de Processo, Processualismo Democrático.

Abstract: After the end of World War II, the law has undergone profound changes. A law passed a motion constitutionalization adequation of legal institutions and the Constitution. The Procedural Law was also constitutionalized and its principles have gained a new look, more garantism. In light of Constitution was emerged a true Constitutional Process Model, was emerged a unique model, which are subject to all branches of procedural law. In this context the constitutional procedural principles of due process and access to justice emerged as guarantees of rights of citizens, strengthening the democratic process as a means of realization of these rights.

Keywords: Due Process of Law, Access to Justice, Constitutional Process Model, Democratic Processualism.

Introdução

Com o advento das Constituições democráticas e garantísticas do pós-guerra, o direito passou por profundas mudanças, sobretudo em razão da força normativa da Constituição e de suas normas, o que provocou um movimento de amoldamento do ordenamento jurídico ao ordenamento constitucional: constitucionalização dos direitos. O Direito Processual, igualmente aos demais ramos do direito, foi submetido a este movimento.

Nesse sentido, os direitos e garantias processuais já existentes sofreram significantes mudanças, enquanto outros direitos foram incorporados à ordem jurídica vigente. Neste contexto, este trabalho busca encontrar os contornos principais das “novas”, ou melhor, renovadas garantias processuais ao devido processo legal e ao acesso à justiça, enquanto instrumentos protetivos do cidadão.

Analisar esta problemática é o objetivo principal deste artigo. Como objetivos específicos tem-se: a) Contextualizar e identificar o que é Modelo Constitucional de Processo, bem como apresentar seus principais delineamentos; b) Demonstrar a evolução do princípio do devido processo legal e sua atual concepção, à luz do modelo constitucional de processo, enquanto garantia de defesa dos direitos do cidadão; c) Demonstrar a evolução do princípio do acesso à justiça e sua atual concepção, à luz do modelo constitucional de processo, enquanto garantia de defesa dos direitos do cidadão.

Para a consecução dos objetivos propostos, utilizamo-nos da análise de bibliografia, sobretudo, nas áreas do Direito Constitucional e Teoria Geral do Processo. Para tal análise, utilizamo-nos predominantemente do método dedutivo para o estudo da doutrina nacional e estrangeira relativa ao tema, sendo que o material de pesquisa fora obtido através de livros, artigos publicados em revistas especializadas e, ainda, algumas decisões jurisprudenciais. Procedimentalmente estudou-se a dogmática constitucional e processual acerca das garantias fundamentais ao devido processo legal e ao acesso à justiça, enquanto instrumentos democráticos de defesa dos direitos do cidadão, através dos métodos analítico e crítico realizando, ainda, abordagens históricas com o intuito de contextualizar a discussão do tema.

1. O Modelo Constitucional do Processo

Conforme identificado pela moderna doutrina processualista pátria e estrangeira, existe um modelo processual estabelecido na Constituição que serve como base para todos os ramos do direito processual, não podendo ser ignorado e, muito menos, afrontado. Este

modelo único de processo estabelecido pela Constituição é conhecido como Modelo Constitucional de Processo.

Deste modo, todo e qualquer estudo que se refira à matéria processual deve partir deste “modelo”, que se encontra sedimentado, sobretudo, nas garantias fundamentais processuais (quase sempre positivadas em forma de princípios jurídicos). Assim, iniciar-se-á o presente trabalho tendo como ponto de partida o Modelo Constitucional do Processo, bem como algumas temáticas inerentes a ele. Sigamos.

1.1. A Constitucionalização dos Direitos

O Direito, como um todo, passa atualmente por um processo de constitucionalização, isto é, por um processo de adequação à Constituição. Um processo que não é privilégio do sistema jurídico brasileiro, mas que se desenvolve, de modo geral, nos Estados democráticos contemporâneos.

Fruto do Neoconstitucionalismo¹, esse movimento inspira-se, sobretudo, na Supremacia da Constituição e na conseqüente necessidade de amoldamento do restante do ordenamento jurídico à ordem jurídica estabelecida pela Carta Maior (SARMENTO, 2009), superando assim a pretérita visão de que a Constituição seria um mero documento político procedimental que estabeleceria apenas metas para o Estado de Direito, como acreditava, por exemplo, Carl Schmitt² (2007) e Ferdinand Lassalle (2001).

¹ Como explica Daniel Sarmiento, o termo Neoconstitucionalismo ainda não está rigidamente definido, possuindo algumas variações, entretanto pode-se conceituá-lo como “um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais” que, de modo geral, envolve “vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 113-114). Por sua vez, Max Möller (2011) afirma que o Neoconstitucionalismo possui sete características comuns a maior parte das definições traçadas pela doutrina, sendo elas: a) rigidez constitucional; b) garantia jurisdicional da Constituição; c) força vinculante da Constituição; d) sobreinterpretação da Constituição (implica dizer que toda matéria não regrada, isto é, toda lacuna, encontra na Constituição um mínimo de regulação em face da sistemática constitucional); e) aplicação direta das normas constitucionais; f) interpretação conforme a lei (compreendendo a interpretação conforme a Constituição e a interpretação conforme o ordenamento legal, isto é, infraconstitucional que são complementares); g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

² Nesse sentido, afirma Carl Schmitt que “a Constituição escrita do Estado legiferante parlamentar deve restringir-se fundamentalmente a regulamentos organizacionais e jurídicos processuais” (SCHMITT, 2007, p. 26).

Na seara deste pensamento, Luís Roberto Barroso ensina que o Neoconstitucionalismo e o conseqüente processo de constitucionalização dos direitos possuem três marcos fundamentais, que se dividem em *i) histórico; ii) filosófico; e iii) teórico* (BARROSO, 2006).

O marco *histórico* consiste no constitucionalismo do pós-guerra, isto é, no desenvolvimento das Constituições garantistas da última metade do século passado, no Brasil representado pela Constituição de 1988. O marco *filosófico* consiste na superação do modelo positivista do Direito pelo Pós-positivismo Jurídico, sobretudo no que concerne ao reconhecimento da normatividade dos princípios³. O marco *teórico* divide-se em três grandes transformações que, em conjunto, possibilitaram a adequação do conhecimento convencional ao Direito Constitucional: *a)* o reconhecimento da força normativa da Constituição, ideia difundida por diversos autores do pós-guerra, dentre eles Konrad Hesse (1991); *b)* a expansão (ampliação) da jurisdição constitucional; e *c)* o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional pautada, sobretudo, em princípios instrumentais trazidos pela própria Constituição (BARROSO, 2006).

Por sua vez, Luis Prieto Sanchís ensina que o processo de constitucionalização dos direitos se desenvolve, sobretudo, nas Constituições que conjugam duas características fundamentais: a materialidade e o garantismo. De modo que ele as chama de *Constituciones materiales y garantizadas*⁴ (SANCHÍS, 2009).

Para Prieto, *material* é a Constituição que:

Presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir⁵ (SANCHÍS, 2009, p. 4).

Já Constituição *garantizada* significa que:

³ Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que “uma das mais importantes inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da natureza jurídica dos princípios referidos expressamente ou implícitos no texto constitucional, igualando-os, em termos de eficácia e imediata exigibilidade, às normas constitucionais”, de modo que os princípios jurídicos constitucionais deixaram de ser tratados como “recomendações ou sugestões” e passaram a ser “obrigatórios e exigíveis por meios jurídicos” (DALLARI, 2010, p. 320-321).

⁴ Constituições materiais e garantidas (tradução livre).

⁵ Apresenta um denso conteúdo material composto de normas de diferentes denominações (valores, princípios, direitos ou diretrizes), entretanto de idéntico sentido, que é dizer ao poder não só como se organizar e tomar as suas decisões, mas também o que é que pode e inclusive, as vezes, o que é que deve decidir (tradução livre).

Como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos⁶ (SANCHÍS, 2009, p. 4).

As *Constituciones materiales y garantizadas* de Prieto são, majoritariamente, como o próprio autor observa, as Constituições democráticas que se desenvolveram na última metade do século passado, que possibilitaram a concepção da Constituição, simultaneamente, como garantia e como norma diretiva fundamental (SANCHÍS, 2009).

Em sentido semelhante encontra-se o raciocínio do professor Barroso. Segundo ele, a constitucionalização do Direito está ligada diretamente a expansão normativa constitucional cujo conteúdo material e valorativo se irradia por todo o ordenamento. Por sua vez, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados pelas normas constitucionais passam a condicionar a validade das normas de todo o ordenamento infraconstitucional. Como consequência, a constitucionalização reflete sobre a atuação dos três poderes e das relações privadas, influenciando diretamente em suas decisões, que jamais poderão contrariar ou, até mesmo, deixar de cumprir com as determinações constantes da Constituição (BARROSO, 2006).

Nada obstante a esse importante passo dado pelo Direito, é preciso advertir que existe uma linha tênue entre a Constitucionalização do Direito e a banalização do Direito Constitucional e, sobretudo, dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o professor Leonardo Martins (2011) lembra que há aqueles que acreditam que tudo seja Direito Constitucional, que tudo possa ser resolvido pela Constituição, ou pior, há quem acredite que tudo seja direito fundamental. Esta generalização desprovida de razão, bom senso e juridicidade, coloca em risco a própria efetividade do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Maior, além de desconstruir institutos jurídicos importantes para a regulação de diversas áreas do Direito, sobretudo do Direito Privado⁷.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, não obstante o benéfico processo de constitucionalização, “não deve passar despercebido o fato de que a constitucionalização exacerbada pode trazer consequências negativas”, tais como o esvaziamento do poder das

⁶ Como ocorre com qualquer outra norma primária, sua proteção ou a eficácia está confiada aos juízes, ou se se preferir, que no sistema existem normas secundárias, de organização e procedimento, destinadas a depurar ou sancionar a violação das normas substantivas ou relativas a direitos (tradução livre).

⁷ Nesse sentido, segundo o professor Leonardo Martins, “a força normativa da Constituição reside em sua capacidade de ser uma plataforma normativo-reflexiva. Para tanto, a autonomia do direito privado (e, consequentemente, a do próprio legislador, que está atrás do direito privado) é essencial. ‘Constitucionalizar’ todo o ordenamento é, portanto, juridicizar a política, comprometendo toda sua autonomia sistêmica, vale dizer, o cumprimento de sua função prevista justamente na Constituição. Comprometer essa diferença significa, paradoxalmente, comprometer a própria razão de ser do direito constitucional...” (MARTINS, 2011, p. 78).

maiorias e o decisionismo judicial, de modo que, “não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa⁸, sob pena de se embaraçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático”, até mesmo porque “a Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2010, p. 392-393).

Ante o exposto, pode-se afirmar que a constitucionalização dos direitos se irradia por todos os ramos jurídicos, devendo eles se adequarem à Constituição, vez que Ela é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas vigentes no Estado Democrático de Direito. Contudo não se pode olvidar da temerária banalização do Direito Constitucional, sobretudo, dos direitos fundamentais em face do seu uso indiscriminado e desprovido de parâmetros pertinentes, isto é, não se pode deixar levar pelo clímax do momento de constitucionalização e passar a se afirmar que tudo é Direito Constitucional, ou pior, que tudo é direito fundamental, como fazem alguns mais “entusiasmados” para não se usar outras expressões. Enfim, a Constituição traça as normas maiores, mas não dita todas as normas, pois se assim fosse não precisaríamos de Códigos, Leis, Decretos etc.

1.2. Breve delineamento da incursão histórica do Modelo Constitucional do Processo

O Direito Processual do mesmo modo que os demais ramos do Direito, deve se amoldar à ordem constitucional para que seja considerado válido. Em razão disso, emerge na ciência processual contemporânea o modelo constitucional de processo, desenvolvido sob a égide das Cartas Constitucionais Modernas, sobretudo, daquelas promulgadas na última metade do século passado.

Entretanto, apesar do modelo constitucional de processo ter se desenvolvido, predominantemente, após a promulgação das Constituições democráticas de que falamos, suas raízes datam de momentos históricos mais antigos, sobretudo da emancipação do Direito processual.

Segundo Willis Santiago, essa emancipação da ciência processual ocorreu no último quartel do séc. XIX, quando “autores da fase tardia do pandectismo alemão” proclamaram a

⁸ Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso adverte que “o uso abusivo da *discrecioniedade judicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade” (BARROSO, 2010, p. 393)

“autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo” (GUERRA FILHO, 2007, p. 13).

Entretanto, conforme explica Dierle Nunes, entre o primeiro passo (emancipação do Direito processual) e o desenvolvimento de um modelo geral de processo com base na Constituição existe uma diferença de mais de um século que, apesar de passar por alguns movimentos processuais (liberalismo processual, socialismo processual etc.), substancialmente pouco alterou, enxergando o processo como “mero instrumento da jurisdição” (NUNES, 2008, p. 39).

Ao final desse período, porém, a humanidade vivenciou uma de suas maiores tragédias: a Segunda Guerra Mundial. Com o fim da guerra, muitos paradigmas foram questionados e nesse contexto emergiram algumas doutrinas (Pós-positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo, por exemplo) que vieram a corroborar para o desenvolvimento do modelo constitucional de processo.

Nesse sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior:

A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca dantes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implementação por parte do Estado Democrático de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 234).

Com o fim da guerra, também, advieram as novas Constituições, de cunho garantista e humanista, pautadas na efetivação dos direitos do homem, agora positivados nas constituições sob a forma de Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais não apenas materiais, mas também processuais, afinal, como já fora dito, o Processo também foi constitucionalizado.

Nesse sentido, afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que:

O processo, como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de Direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis (BARACHO, 2006, p. 132).

Na seara deste pensamento, Arruda Alvim demonstra que com o amoldamento constitucional do processo, este perpassa sua característica pretérita de mero instrumento de jurisdição, isto é, mero instrumento técnico, para tornar-se um instrumento garantístico do Estado Democrático de Direito (ARRUDA ALVIM, 2010). Em razão desta nova acepção do

processo, Marcelo Cattoni o define como sendo o “procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 198).

Nada obstante, Rosemiro Pereira Leal adverte que tal transposição da visão de processo, não abdica do formalismo, ou mesmo da técnica, mas apenas busca evitar que a forma sobreponha-se a essência, vindo a impossibilitar que o provimento material fático seja alcançado de maneira efetiva (LEAL, 2008). Ou seja, o que se nega é o puro formalismo, o formal por formal, sem sentido, sem objetividade material, que ao invés de garantir direitos, os restringe, como se confere nos seguintes dizeres do autor:

Claro que não se decreta, por impróprio, o abandono do formalismo jurídico, porque a ciência do direito se afira pelo esclarecimento dos sistemas jurídicos que se expressam nas formas do direito. O que se pretende afastar, no campo do conhecimento científico-jurídico, é o arquétipo (princípio magicista) da forma pura, irreduzível a qualquer conteúdo socioeconômico decorrente do modo de produção econômico-liberal do direito, nas diversas realidades dinâmicas de sua manifestação e vigência (LEAL, 2008, pág. 14).

Semelhantes são as considerações de Aroldo Plínio Gonçalves, *in verbis*:

A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos (GONÇALVES, 1992, p. 171).

Ante o exposto até aqui, pôde-se perceber que a ciência processual, assim como o Direito por um todo, a partir de meados do século passado constitucionaliza-se e, mais do que isso, ganha um modelo advindo da própria Constituição. Nessa perspectiva, o processo deixa de ser visto como mera técnica, como mero instrumento técnico e passa a ser visto como uma garantia e, ao mesmo tempo, como um “garantizador”, ou melhor, como um mecanismo que irá garantir os Direitos estabelecidos pela Constituição.

1.3. O Modelo Único de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera

Como fora visto, emergiu nas últimas décadas do século passado uma doutrina processual constitucionalista que enxerga a Constituição como a fonte primeira das normas processuais, o que originou um modelo constitucional do processo, ou seja, um modelo processual trazido pela própria Constituição, ao qual, todos os processos devem se submeter em razão do princípio da Supremacia da Ordem Constitucional.

Na seara deste pensamento, é fundamental a contribuição trazida pela obra de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, na formulação de seu modelo único de processo estabelecido pela Constituição.

Andolina e Vignera afirmam que nessa nova perspectiva “pós-constitucional”⁹, o processo não pode levar em consideração apenas o seu ser, isto é, “sua organização concreta segundo as leis ordinárias vigentes”, mas deve, necessariamente, levar em consideração o seu dever-ser, isto é, “a conformidade de sua ordem positiva à normativa constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional” e é, justamente, neste ponto que surge o modelo constitucional do processo (*tradução livre*) (ANDOLINA, VIGNERA, 1990).

Nessa perspectiva, Andolina e Vignera ensinam que “as normas (regras e princípios) constitucionais inerentes à atividade jurisdicional, consideradas em sua complexidade, possibilitam ao intérprete delinear um verdadeiro e adequado esquema geral de processo”, que por sua vez, é “susceptível de constituir o objeto de uma exposição unitária”, de modo que podemos afirmar que “existe um paradigma único de processo” (*tradução livre*) (ANDOLINA, VIGNERA, 1990).

Nada obstante a este modelo único de processo, Andolina e Vignera advertem que a pluralidade de procedimentos jurisdicionais, bem como os diferentes tipos de processos, devem ter suas particularidades respeitadas, o que, por outro lado, não impede nem impossibilita a existência deste modelo único (ANDOLINA, VIGNERA, 1990).

Interpretação semelhante tem Flaviane de Magalhães Barros, ao discorrer sobre o modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera, como se confere nos dizeres que se seguem:

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como a garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo (BARROS, 2009, p. 335).

Este modelo, apesar de ser único, é constituído de um duplo movimento em que, por um lado, visa-se realizar uma materialização constitucional do processo e, por outro, visa-se atingir uma procedimentalização do Direito Constitucional a fim de efetivar as garantias da Constituição.

⁹ Neoconstitucionalista, ou melhor, perspectiva que adveio após a promulgação das Cartas Constitucionais Europeias do pós-guerra.

Neste sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que este modelo constitucional de processo abrange tanto a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo¹⁰, quanto à jurisdição constitucional¹¹ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010). Isto é, trata-se, como nos fala Willis Santiago, de um movimento duplo que abrange, por um lado, “uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo as determinações constitucionais” e, por outro lado, “uma procedimentalização do direito constitucional” (GUERRA FILHO, 2007, p. 17).

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera ao desenvolverem seu “modelo constitucional do processo civil italiano” apontam três características gerais que conduzem a um “esquema em branco” – um esquema que contém elementos constantes e indefectíveis que se encontram em todos os processos, mas que, também, possui elementos móveis, vagos, que exigem complementação, para que as variáveis sejam preenchidas de acordo com o processo em que se encontram (ANDOLINA; VIGNERA, 1990).

Nos exatos dizeres de Andolina e Vignera essas características podem ser individuadas:

- a) na *expansividade*, que consiste na sua idoneidade (consequente à posição primária (inicial) das normas constitucionais na hierarquia das fontes) de condicionar a fisionomia de cada um dos procedimentos jurisdicionais introduzidas pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser, não obstante, compatível com os traços daquele modelo;
- b) na *variabilidade*, que indica a sua atitude para assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (para obras do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionando pode acontecer segundo várias modalidades em vista da perseguição de fins particulares;
- c) na *perfectibilidade*, que designa a sua idoneidade para ser aperfeiçoada pela legislação subconstitucional, a qual (*scilicet* [isto é]: no respeito, não obstante, àquele modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (posteriores) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional: pense-se, por exemplo, no princípio de economia processual, àquele do duplo grau de jurisdição e ao instituto da coisa julgada (*tradução livre*) (ANDOLINA; VIGNERA, 1990).

¹⁰ Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 85).

¹¹ A jurisdição constitucional, conforme ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, compreende “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 – *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *habeas data* e *ação popular* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 85-86).

Como fora exposto, o conjunto dessas características gerais dão origem a um modelo constitucional de processo único, ao qual se adéquam perfeitamente os ramos do Direito processual, isto é, desde a Teoria Geral do Processo até o Processo Penal, o Processo Civil, o Processo Administrativo e, inclusive, o Processo Constitucional (entendido enquanto a jurisdição constitucional).

Isso decorre, conforme explicam Cintra, Grinover e Dinamarco, do fato de que “todo o direito processual” possui “suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional”, isto é, possui suas bases mestras delineadas pela Constituição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 84).

Deste modo, pode-se concluir que a Constituição estabelece as bases e as garantias mínimas do processo, criando assim um modelo único de processo que deve ser sempre respeitado. Por outro lado, a própria Constituição, em respeito às particularidades de cada área do sistema jurídico, estabelece ao legislador infraconstitucional o dever de procedimentalizar cada processo, evidentemente, respeitando o modelo estabelecido por Ela.

1.4. Perspectivas Gerais

Após admitirmos que o Direito Processual possui linhagem Constitucional, isto é, que suas linhas fundamentais são dadas pela Constituição, não há como pensar em um estudo do direito processual fora do direito constitucional, isto é, não há como estudar ou trabalhar com o processo sem conhecer antes a Constituição.

Nesse sentido, Araújo Cintra, Ada Pelegrini e Candido Rangel Dinamarco afirmam que é da Constituição que “deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 85).

No mesmo sentido, ao analisar o modelo constitucional de processo estabelecido pela Constituição de Portugal, afirma Gomes Canotilho:

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 (CANOTILHO, 2003, p. 967)

A análise feita por Canotilho, apesar de se referir à Constituição Portuguesa, aplica-se perfeitamente (de modo geral) aos ordenamentos constitucionais democráticos contemporâneos, inclusive ao brasileiro.

Em sentido semelhante, Cassio Scarpinella Bueno, ao analisar o modelo constitucional do processo em relação especificamente ao processo civil brasileiro, afirma que “todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da Constituição”, o que, por sua vez, claramente se aplica aos demais ramos do direito processual (BUENO, 2008, p. 159).

Ainda nessa linha, Cassio Scarpinella é contundente e afirma que “é impensável falar-se em uma ‘teoria geral do direito processual civil’ que não parta da Constituição Federal, que não seja *diretamente* vinculada e extraída dela”, o que, também, se aplica aos demais ramos do direito processual, vez que a Constituição é a fonte primeira, o fundamento maior e, como vimos, estabelece um modelo único que se irradia em todos os processos (BUENO, 2008, p. 159). Nessa perspectiva Marcelo Cattoni afirma que no Brasil “não há processo que não deva ser constitucional”, sobretudo em razão de o processo ser estruturado por princípios constitucionais e de todo órgão judicial ser competente para apreciar questões que discutem constitucionalidade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 207).

No entanto, o modelo constitucional de processo não pode ser tido como mero modelo a ser estudado e/ou analisado, ele deve mais, deve ser aplicado, efetivado, pois, efetivando-se tal modelo, efetiva-se a própria Constituição, efetivam-se suas garantias. Nessa perspectiva, corrobora a sábia lição de Cassio Scarpinella, que em análise ao modelo constitucional do processo civil brasileiro afirma:

Estudar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo*, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muitos mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda plenitude no sentido *ativo* de *aplicar* as diretrizes constitucionais na *construção* do direito processual civil, realizando *pelo e no* processo, isto é, *pelo e no* exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos (BUENO, 2008, p. 158).

No mesmo sentido, corroboram as lições de Willis Santiago, que afirma que a efetivação de um modelo constitucional de processo, ou seja, um modelo constitucional legitimado através do processo (procedimentalizado) possibilita a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois efetiva as garantias de participação dos interessados e de liberdade dos indivíduos, pois antes de impor qualquer medida, abre um espaço público de

discussão, dentro do qual “os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade” (GUERRA FILHO, 2007, p.263).

Deste modo, ante o que fora até aqui exposto, pode-se concluir *a priori*, que o modelo constitucional de processo estabelece um modelo único de processo, pautado nos valores estabelecidos pela Constituição, ao qual os diferentes ramos do direito processual estão submetidos. Consiste ele, em um modelo processual que visa não só estabelecer uma fonte processual geral, mas que visa estabelecer e implementar a própria Constituição, bem como suas garantias, sejam elas processuais ou materiais, visto que, quando não implementados voluntariamente pelo Estado e/ou Sociedade, é através do processo que se obtém a tutela dos direitos. Nesse sentido, o professor Eduardo Cambi ensina que “o *projeto da modernidade* ainda não se consumou e depende da crença no constitucionalismo e do que dele melhor se possa extrair como técnicas processuais de efetivação dos direitos fundamentais (neoprocessualismo)¹²” (CAMBI, 2011, p. 500).

Por fim, reitera-se que o estudo, bem como a construção, aplicação e efetivação do modelo constitucional do processo têm como fonte a Constituição, principalmente seus direitos e garantias fundamentais, preponderantemente estabelecidos em forma de princípios processuais, visto que são eles os mandamentos de otimização que vão estabelecer o estado ideal de processo a ser perseguido pelos juristas.

2. O Devido Processo Legal

O Princípio do devido processo legal, ou no original em inglês do *due process of law*, também conhecido pela doutrina processual contemporânea como o princípio dos princípios processuais em razão de englobar os demais, é sem dúvida uma das normas mais importantes, se não a mais importante, de todo o Direito Processual.

Sua origem data da Magna Carta de 1215, apesar de alguns, como Luciana Berardi, defenderem que o *due process of law* possa ser encontrado em escritos do século IV e V a.C., inclusive na obra de Platão e Aristóteles (BERARDI, 2006), uma visão um tanto quanto distorcida e amplificada demais em face da real magnitude deste princípio tal como edificado na Carta Inglesa do século XIII.

¹² O professor Eduardo Cambi chama de neoprocessualismo essas técnicas processuais de efetivação dos direitos fundamentais materializadas, sobretudo, nas garantias fundamentais da própria Constituição sob a ótica do paradigma Neoconstitucionalista.

Partindo da concepção, aqui defendida, de que o *due process of law* tem origem na Magna Carta¹³, Carlos Roberto Siqueira Castro explica que sua inserção no direito inglês medieval foi fruto dos conflitos entre a realeza e a nobreza a desígnio dos privilégios feudais, majorados consideravelmente desde os primórdios do séc. XI, com a invasão de Guilherme, o “Conquistador” (CASTRO, 2010).

Como ensina Siqueira Castro, em 15 de junho de 1215, o Rei João “Sem Terra”, que herdara a coroa com a morte de seu irmão o Rei Ricardo “Coração de Leão”, outorgou à nobreza inglesa a Magna Carta, originalmente escrita em latim, concebida sob forte inspiração Jusnaturalista e que, em seu artigo 39, dispunha pela primeira vez sobre o *due process of law*, expresso naquele documento na locução *law of the land*¹⁴ (CASTRO, 2010). Veja-se:

*Art. 39. No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against hi, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*¹⁵

No original em latim:

Art. 39. Nullus liber homo capiatur, vel impresonetur, aut disseisetur de libero tenemento, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.

Na seara deste pensamento, vale ainda o registro de dois documentos ingleses, o *Statute of Westminster of the Liberties of London* editado pelo Parlamento inglês em 1354 e que fora o primeiro documento a substituir o termo *per legem terrae* pelo *due process of law* e a *Petition of Rights* de 1628 editada pela Câmara dos Comuns, que assim dispunha: “...*that freeman be imprisoned or detained only bay the law of the land, or by due process of law, and not by the king’s special command without any charge*”¹⁶.

¹³ Nesse sentido: José Afonso da Silva (2009), Carlos Roberto Siqueira Castro (2010), José Joaquim Gomes Canotilho (2003), Maria Rosynete Oliveira Lima (1999), dentre outros.

¹⁴ Como explica Siqueira Castro, nos primeiros séculos após a outorga da Magna Carta, “as expressões *law of the land*, *due course of law* e a *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigorante” (CASTRO, 2010, p. 7-8), isto é, significavam a mesma coisa naquela época.

¹⁵ Em português: Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com as leis do país (tradução livre).

¹⁶ Em Português: ...o homem livre somente pode ser aprisionado ou detido pela lei da terra, ou pela devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação (tradução livre).

Como ensina Siqueira Castro, a cláusula do devido processo legal, pelo fenômeno da recepção, “ingressou desde o primeiro instante nas colônias inglesas da América do Norte (a Nova Inglaterra)” (CASTRO, 2010, p. 8). Entretanto, segundo ele, o princípio do devido processo legal só foi positivado na Constituição dos Estados Unidos com as 5ª e 14ª Emendas, apesar de já compor o ordenamento jurídico constitucional estadunidense de forma tácita, podendo ser encontrado, também, em várias “Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) das primitivas colônias inglesas” (CASTRO, 2010, p. 9), tais como a Declaração dos direitos da Virgínia, de 16 de agosto de 1776; a Declaração de Delaware, de 2 de setembro de 1776; a Declaração de Direitos de Maryland, de 3 de novembro de 1776, dentre outras.

Até antes do advento das 5ª e 14ª Emendas e, sobretudo, do fabuloso início da jurisdição constitucional estadunidense com o célebre caso *Marbury versus Madison* e o paradigmático voto do juiz Marshall, o devido processo legal era entendido sob uma ótica meramente processualística, que implicava na observância do procedimento legalmente estabelecido para que o cidadão pudesse ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade (CASTRO, 2010).

Entretanto, com o advento das revoluções burguesas, das Cartas de Direitos da Modernidade e, sobretudo, do *judicial review* estadunidense, o devido processo legal passou a ser visto também sob uma ótica materialística, ou melhor, em sentido substantivo¹⁷, de conteúdo garantista, limitando a ação estatal no campo de todos os poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) e garantindo um processo não só legal, mas também justo e adequado (CANOTILHO, 2003).

Nesse sentido, como ensina Canotilho, “o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça”, tanto no campo jurídico-processual como no campo normativo-legislativo, de modo que a legislação deve ser produzida de maneira justa visando atingir um processo justo de acordo com a ordem constitucional vigente, cabendo às Cortes Constitucionais o dever de rever aquelas leis que não estiverem de acordo com a Constituição e seus princípios, dentre eles o devido processo legal, que, dentre outras coisas, impede o Legislativo de criar leis que disponham arbitrariamente dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade ou de qualquer outro Direito Fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 494).

Como explica Siqueira Castro, sob uma perspectiva evolutiva, o princípio do devido processo legal inicialmente estava ligado somente ao processo penal, entretanto pouco demorou a se estender ao processo civil e, posteriormente, ao processo administrativo, de

¹⁷ Conforme Roberto Rosas o “devido processo legal substantivo representa limite ao Poder Legislativo, isto é, as leis devem ser elaboradas com justiça e racionalidade” (ROSAS, 2006, p. 177).

modo que o *due process of law* passou a regulamentar tanto as relações privadas, como as públicas (CASTRO, 2010).

Deste modo, como ensina Siqueira Castro, o devido processo legal tornou-se um dos princípios mais importantes de toda a doutrina processual, não podendo ser visto somente como um procedimento ou a observância dele, mas exigindo ser enxergado como “um autêntico ‘processo’” com todas as suas garantias (CASTRO, 2010, p. 32).

A atual Constituição brasileira positivou o princípio do devido processo legal em seu art. 5º, inciso LIV, com redação nitidamente inspirada na Magna Carta inglesa de 1215, dispondo que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o devido processo legal constitui-se num princípio garantístico amplo, possuindo grande abrangência axiológica¹⁸, englobando os demais princípios processuais constantes na Carta Maior, implícitos ou expressos, tais como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a motivação, o juiz natural, a inadmissibilidade das provas ilícitas a duração razoável do processo, a eficiência processual, dentre vários outros, fazendo-se guiar pela razoabilidade e pela proporcionalidade buscando decisões pautadas na justiça e na equidade, respeitando e fazendo respeitar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela própria Constituição, corroborando para o amplo acesso à justiça e vinculando os magistrados à lei processual¹⁹, coibindo, assim, os abusos e ativismos inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito.

3. O Acesso à Justiça

O princípio jurídico-processual do Acesso à Justiça, positivado em nossa atual Carta Maior no inciso XXXV de seu art. 5º, o qual, literalmente, garante que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, podendo ainda ser identificado da leitura sistemática das garantias processuais estabelecidas pela Constituição, não se restringe ao direito de peticionar ou reivindicar um direito frente ao Estado-juiz. Isto é, não se trata de mero direito de ação, como muitas vezes é tratado.

¹⁸ Nesse sentido, há muito já afirmara o Juiz Felix Frankfurter da Suprema Corte estadunidense, em trecho transcrito por Siqueira Castro: “*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo” (CASTRO, 2010, p. 45).

¹⁹ No que se refere à vinculação do magistrado a lei processual como requisito fundamental do princípio do devido processo legal, ver Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2004).

Partindo-se de uma perspectiva democrática e pós-positivista do direito processual, pode-se afirmar que a garantia do “Acesso à Justiça” abarca um conteúdo amplo e complexo de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, estando diretamente ligada à noção de democracia e igualdade, bem como de justiça, que visa efetivar os direitos dos cidadãos através da ação jurisdicional, ou melhor, do processo (constitucionalmente estabelecido). Nas palavras do célebre Kazuo Watanabe, “Acesso à Justiça” consiste no “acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p. 128). Já para o professor José Cichocki Neto, o “Acesso à Justiça” constitui “um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, um garantia à realização efetiva dos demais direitos” (CICHOCKI NETO, 1999, p. 65).

Nesse sentido lecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, segundo os quais, a garantia do acesso à justiça constitui requisito fundamental de um ordenamento jurídico que pretenda garantir, e não somente enunciar direitos, vez que determina duas finalidades básicas do sistema jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível à todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). Isto é, o sistema jurídico precisa pautar-se na igualdade e na equidade.

Neste ponto insurge um dos pontos principais da garantia do acesso à justiça: a igualdade de condições entre as partes litigantes em processo. Como há muito ensinara Jean-Jacques Rousseau (2004), em sociedade, os homens estão sujeitos às desigualdades que existem entre suas respectivas classes. Deste modo, para que condições iguais sejam garantidas a todos os seus membros, o Estado deve criar meios que possibilitem uma equiparação entre eles, tais como a inversão do ônus da prova nos casos de hipossuficiência de uma das partes em relação à outra, o acesso gratuito dos mais pobres às defensorias públicas, a instituição de órgãos de defesa do consumidor, dos idosos, das crianças e adolescentes (e demais minorias), a isenção de taxas e tarifas daqueles que não possuem condições financeiras de arcar com tal ônus etc., de modo a quebrantar as “barreiras ao acesso”²⁰ impostas, sobretudo, pela condição social e econômica dos indivíduos sociais. Em consonância com o exposto, afirma Rui Portanova (2001) que é dever do Estado promover soluções a essas “barreiras ao acesso”, tanto antes como durante o processo (com assistência jurídica gratuita, bem como com a gratuidade dos atos processuais e com leis que viabilizem uma igualdade de condições processuais entre os litigantes).

²⁰ Expressão utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) para referirem-se aos empecilhos sociais, econômicos, políticos, culturais e educacionais ao acesso à justiça que se dá, sobretudo, em relação às classes mais pobres das sociedades.

O acesso à justiça consiste em garantia constitucional que visa proteger e resguardar a efetividade dos direitos dos cidadãos, através de sua forma instrumental, isto é, o processo, que por sua vez, deve ser desenvolvido em conformidade com o modelo constitucionalmente estabelecido, respeitando os direitos e garantias fundamentais. Daí falar-se em garantia fundamental ao processo (ou direito fundamental ao processo, segundo alguns autores), pois o acesso à justiça garante ao cidadão o “direito de agir em juízo, para obter proteção da própria situação jurídica em que se encontra”, através do processo (BARACHO, 2008, p. 17), ou seja, nessa perspectiva o processo emerge como o instrumento garantidor do acesso à justiça, que visa resguardar, proteger e efetivar os direitos.

Em razão disto é que se afirma que a jurisdição, processo ou acesso à justiça, deve ser desenvolvido de acordo com o modelo constitucionalmente estabelecido, respeitando-se todos os direitos e garantias dos cidadãos e buscando-se, ao máximo, a igualdade de condições entre as partes, através de um modelo democrático de processo, fundado na participação e no policentrismo, possibilitando então uma decisão, verdadeiramente, pautada na equidade, entendida como a justiça do caso concreto, fundada nos padrões de justiça estabelecidos pela Constituição e não pela imaginação ou concepção pessoal dos magistrados, até mesmo porque, eles não foram democraticamente eleitos para dizerem quais devem ser os padrões sociais, morais ou de justiça adequados para a sociedade, sob pena de se criar uma ditadura do Judiciário, verdadeira autocracia olímpica de deuses togados.

Nesse sentido, afirma Ronaldo Brêtas que, sob uma perspectiva constitucional do processo, “o ato decisório estatal será o resultado lógico de uma atividade jurídica realizada com a obrigatória participação em contraditório daqueles interessados que suportarão seus efeitos”, pois a função jurisdicional do Estado deve obedecer ao modelo constitucional de processo, “não se podendo conceber o processo como se fosse um meio de obediência servil à jurisdição” (DIAS, 2010, p. 38). No mesmo sentido, Elio Fazzalari (2006) afirma que o processo deve ser concebido como o procedimento em contraditório, estando o magistrado sujeito àquilo que foi produzido através da dialética das partes interessadas.

Em palavras mais claras, vale reproduzir alguns dizeres do professor Ronaldo Brêtas, segundo quem,

a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional [...] o Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional [...] afasta-se qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço

para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra fundada no prudente ou livre arbítrio do julgador ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático e Direito [...] a declaração final do Estado (ato decisório), decorrente de cumprir o dever de prestar a jurisdição, (...) jamais será um ato isolado ou onipotente do órgão jurisdicional, ditando ou criando direitos a seu talento, máxime se fundados nas fórmulas ilógicas, inconstitucionais e antidemocráticas do livre (ou prudente) arbítrio ou prudente critério do juiz ou sentimento de justiça do julgador (DIAS, 2010, p. 35-38).

No mesmo sentido, Dierle Nunes, sob a ótica constitucional e democrática da função jurisdicional do Estado, afirma que:

Não existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim, interdependência, fazendo-se inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz, como já disseram dezenas de processualistas, entres estes, mais recentemente, Fazzalari, na Itália, e Gonçalves, no Brasil, e outros seguindo seus ensinamentos, mesmo sem confessa-lo.

O juiz não pode mais constranger, subjulgar e submeter as partes, advogados e órgãos de execução do Ministério Público no âmbito da discussão e do debate endoprocessual, com base em suas pré-compreensões, uma vez que não há submissão destes a sua figura.

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissivo em relação à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual e no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos.

Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim, em sua redefinição.

Não há mais possibilidade de o juiz democrático se portar como *expert* iluminado de uma concepção privilegiado de bem viver (engenheiro social), que lhe garantiria uma postura ativista (muitas vezes subjetivista ou autoritária) incontrolável e desgarrada do marco procedimental do Estado Constitucional vigente.

A submissão e o constrangimento ao cumprimento são determinadas pelos provimentos e pelas normas, nunca pelo exercício totalitário da função jurisdicional, e tal não se trata de mero jogo de palavras.

Ademais, o juiz democrático não pode pautar sua atuação com objetivos estratégicos, mas sim performativos, buscando o entendimento e não uma eficácia numérica (produtividade) no exercício de sua função (NUNES, 2008, p. 256).

Ante o exposto, pode-se afirmar que o acesso à Justiça implica na garantia fundamental ao processo constitucionalmente estabelecido (englobando-se aqui todas as garantias fundamentais do Modelo Constitucional de Processo, bem como os meios e mecanismos que garantem o acesso isonômico de todos os cidadãos à Justiça, tais como a gratuidade do processo para os pobres, a assistência jurídica gratuita, a inversão do ônus da prova em casos de hipossuficiência etc.) que vise dar uma solução adequada e justa (de acordo com o ordenamento jurídico constitucional) aos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário que, por sua vez, deve agir em conformidade com os preceitos processuais constitucionais e não conforme o arbítrio ou a discricionariedade de seus

magistrados, respeitando as partes e seus representantes, sobretudo os Advogados e membros do Ministério Público, em um sistema que constitucionalmente está fundado na comparticipação e no policentrismo, fruto de uma democracia real.

Considerações Finais

O Direito, de forma geral, passou por uma intensa reformulação após o fim da Segunda Guerra Mundial, testemunhando, a partir deste momento histórico, a ascensão de um novo constitucionalismo, no qual às Constituições passaram a ser vistas não só como documentos políticos, mas também como documentos jurídicos de força normativa superior. Em razão disto as demais normas do ordenamento jurídico devem se adequar às normas de *status* constitucional, para que sejam válidas. Nesse sentido, as normas processuais, isto é, os princípios e regras que disciplinam o direito processual devem estar em conformidade com os preceitos constitucionais, respeitando, sobretudo, os direitos e garantias dos cidadãos.

Existe um modelo único de processo delineado pelas próprias constituições que estabelecem um genuíno direito processual constitucional, ou ainda, um verdadeiro modelo constitucional de processo, que deve ser seguido por todos os ramos das ciências processuais. Na Constituição brasileira, este modelo encontra-se positivado, sobretudo, sob a forma de princípios, no rol de direitos e garantias fundamentais individuais e em outros direitos e garantias que se pode encontrar de maneira dispersa no texto constitucional. Em face disto, tanto a doutrina, como a jurisprudência, como o legislador devem produzir, estudar, interpretar e aplicar o direito processual, seja ele de qualquer ramo que for (processo penal, processo administrativo, processo civil, processo trabalhista etc.), à luz do modelo constitucional de processo estabelecido pela Carta Constitucional de 1988.

O Princípio do devido processo legal, também chamado por alguns doutrinadores de princípio dos princípios processuais em razão de englobar os demais (Contraditório, Ampla Defesa, Duplo Grau de Jurisdição, Publicidade, Motivação, Juiz Natural, Independente e Imparcial, Inadmissibilidade das Provas Ilícitas, Celeridade (*duração razoável do processo*), Eficiência (ou o direito a resposta correta em tempo hábil com o menor custo possível), Acesso à Justiça, etc.), é sem dúvida uma das normas mais importantes e a base do direito processual contemporâneo. Mais ainda, o *due process of law* exige que o intérprete do direito se guie pela razoabilidade e pela proporcionalidade na busca por decisões pautadas na justiça e na equidade, respeitando e fazendo respeitar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela própria Constituição, corroborando para o amplo acesso à justiça e

vinculando os magistrados à lei processual, coibindo, assim, os abusos e ativismos inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito

Por sua vez, o acesso à Justiça implica na garantia fundamental ao processo constitucionalmente estabelecido (englobando-se aqui todas as garantias fundamentais do Modelo Constitucional de Processo, bem como os meios e mecanismos que garantem o acesso isonômico de todos os cidadãos à Justiça, tais como a gratuidade do processo para os pobres, a assistência jurídica gratuita, a inversão do ônus da prova em casos de hipossuficiência etc.) que vise dar uma solução adequada e justa (de acordo com o ordenamento jurídico constitucional) aos casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário que, por sua vez, deve agir em conformidade com os preceitos processuais constitucionais e não conforme o arbítrio ou a discricionariedade de seus magistrados, respeitando as partes e seus representantes, sobretudo os Advogados e membros do Ministério Público, em um sistema que constitucionalmente está fundado na comparticipação e no policentrismo, fruto de uma democracia real.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ARRUDA ALVIM. Processo e Constituição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 408, p. 23-87, mar/abr, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 383, p. 131-180, jan/fev, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neo Constitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 384, p. 71-104, mar/abr, 2006.

BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. Interpretação Constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 54, p. 210-275, jan/mar, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil: Novas Tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Processo Civil e Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 3, p. 237-246, jan/jun, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal e abuso de poder. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 7, p. 173-178, jan/jun, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SANCHÍS, Luís Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 15, p. 3-25, jul/set, 2009.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constituição e Processo**: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.