

O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO NOVA ALTERNATIVA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Pedro Gindro BRAZ¹
João Victor Mendes de OLIVEIRA²

RESUMO: Este presente artigo tem como finalidade a reflexão do período histórico evolutivo do constitucionalismo e suas conquistas, incluindo o direito processual constitucional e direito constitucional processual, que ganham destaque com o controle de convencionalidade e a supra-legalidade dos tratados de direitos humanos. Além do mais, tratar das correntes do direito processual constitucional e sua aplicação, trasladando os limites nacionais e efetivando de forma mais abrangente a proteção dos direitos humanos e fundamentais decorrentes do bloco de constitucionalidade.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Supremacia Constitucional. Direitos Fundamentais. Constituição. Direito Processual Constitucional. Novas possibilidades.

1 INTRODUÇÃO

O artigo foi uma apreciação acadêmica que usou a pesquisa bibliográfica para construir a evolução do constitucionalismo, que é crucial para compreender as atuais Constituições e suas forças normativas, além dos direitos que foram sendo conquistados ao curso da história. Para tanto, usando do método histórico e dedutivo, fizemos algumas abordagens para alcançar o fim desejado de revelar a importância do direito processual constitucional e do direito constitucional processual dentro da chamada supra-legalidade dos tratados de direitos humanos.

A razão pela qual se optou pelo tema é a de ser primordial para valorização de uma Constituição, que é o documento norteador de uma sociedade democrática de Direito como o nosso país, que agora ganha o controle de convencionalidade com as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. joapedrogindro@gmail.com. Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Sociedade da mesma instituição.

² Professor assistente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. joavictormospfc@hotmail.com. Advogado e orientador do trabalho.

Interamericana de Direitos Humanos. De tal modo, abordou-se uma visão jurídica referente a proteção e o controle de convencionalidade na prevalência das normas que garantam direitos vindos dos tratados internacionais aos indivíduos.

Desde modo, no primeiro capítulo abordaram-se considerações peculiares de cada período evolutivo do constitucionalismo e suas definições necessárias, seguindo o método histórico e dedutivo. No segundo capítulo, utilizando-se os mesmos métodos tratou-se da importância desta disciplina que ainda é pouco discutida na doutrina, que é o direito processual constitucional, assim como suas características preponderantes e diferenças com o direito constitucional processual. Por fim, o terceiro capítulo deu-se à conclusão, ressaltando a importância da discussão doutrinária diante do controle de convencionalidade, como forma de efetivação de direitos e garantias individuais diante da ineficácia do Estado.

2 PANORAMA EVOLUTIVO DO CONSTITUCIONALISMO

Ao voltarmos nossos olhares ao largo da história veremos contínuas lutas sociais e revoluções ao decurso dos séculos que causaram fissuras nos paradigmas atuais e que caminharam objetivando alcançar o reconhecimento da existência de certos direitos, os quais Norberto Bobbio na sua obra “A era dos direitos” chamou de “gerações”, enquanto outros autores mais corretamente denominam “dimensões”. Para isso, inicialmente, houve a necessidade da derrubada de déspotas, monarcas, reis e príncipes na dimensão denominada de liberdade que nasceu com as revoluções dos Estados Unidos da América do Norte e da França, no século XVIII.

O Estado de Direito trilhou caminhos árduos, passando por um período pré-constitucional, onde havia outorgas como forais, cartas de franquia e até documentos dos reis, como os “bills” da Inglaterra, em especial a Magna Carta Libertatum, de 1215.

O que prevalecia naquele momento era a boa vontade dos monarcas absolutistas e as regras eram emanadas e aprovadas por si próprios, em uma

espécie de “outorga”, sendo que as vezes com algumas interferências de setores da sociedade, como os barões ingleses.

Justamente a respeito dos dificultosos caminhos traçados e das duras conquistas do Estado de Direito, Norberto Bobbio (1992, p. 62) traz a seguinte reflexão:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.

Ao emergir, contudo, o Estado Legislativo de Direito, com a aparição das constituições modernas, podemos dar alusão a uma norma que concentrava direitos em um documento escrito, que também plasmava a devida estruturação do Estado e a separação dos três Poderes. No entanto, as Constituições modernas, deflagradas com a constituição americana, 1787, posterior a Carta do Bom Povo da Virginia, se tornaram meras Cartas Política, sem força normativa. A lei era a fonte basilar do Direito no período do Estado Liberal de Direito.

Devido a imprescindível carência de leis para dar aplicabilidade e garantia as normas previstas na Constituição, elas possuíam um alto grau de força e importância, mas havia muita desigualdade entre burgueses e proletários, em especial na Europa durante a Revolução Industrial.

Surge então uma reação não apenas com a Constituição do México, de 1917, mas também com a Constituição de Weimar, 1919, que trouxe direitos sociais. No entanto, a constituição alemã foi sendo deturpada pelo regime nazista comandado por Adolf Hitler, principalmente no que diz respeito a fragilidade frente a flexibilidade dessa “lei maior germânica”. Mas, surgem uma nova etapa com direitos de igualdade.

Agora, posterior à Segunda Guerra Mundial, encontramos uma nova fase do constitucionalismo, o Estado Constitucional, em que a lei não se faz única e bastante fonte do direito, ganhando força os princípios, valores, jurisprudência e a prevalência do princípio da supremacia constitucional. Além disso, os tratados internacionais de direitos humanos da Organização das Nações Unidas faz surgir os direitos de fraternidade ou solidariedade.

A esse respeito fazemos menção aos dizeres do professor colombiano Eduardo Andrés Velandia Canosa (2015, p. 35-36):

En el Estado legislativo de derecho la Constitución era considerada únicamente como una Carta Política y la ley como la fuente principal de derecho, pero sin un control que verificara su lealtad a la Constitución. En el Estado Constitucional de derecho, no se abandona el principio de legalidad, pero se concluye que en la ley no se agotan las fuentes de decho, lo que implica que en aquellos casos donde no se ha concretado el sentido de la Constitución por el legislador [...]³

No cenário do Estado Constitucional, as Constituições possuem normatividade jurídica e sua supremacia deve ser garantida pelo judiciário, seja mediante controle difuso ou concentrado, e também por meio do parlamento ao elaborar normas que deem aplicabilidade a dispositivos constitucionais que careçam de regulação, como as normas de aplicabilidade contida e limitada.

Além disso, não poderíamos deixar citar, a relevância dos documentos internacionais e regionais de proteção e promoção dos direitos humanos, como os primordiais tratados: Declaração Universal da ONU, 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, entre outros. Os tratados internacionais declararam um avanço singular na declaração de direitos e uma ampliação ao bloco de constitucionalidade.

3 ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Há etapas que se mostraram necessárias para demonstrar à evolução rumo ao constitucionalismo. Nesta fase conhecida por absolutismo, dá nosso ponto inicial rumo às declarações de direitos e ao Estado Constitucional.

Antes de levantarmos menção sobre o absolutismo, faremos alusão ao Estado Nacional, que antecedeu ao termo Absolutista do qual Nicolau Maquiavel se referiu na obra.

³ Tradução própria: “No Estado Legislativo de Direito a Constituição era considerada unicamente como uma Carta Política e a lei como a fonte principal do direito, mas sem um controle que verificava sua lealdade a Constituição. No Estado Constitucional de direito, não se abandona o princípio da legalidade, mas se conclui que na lei não se esgotam as fontes do direito, o que implica que naqueles casos onde não se há concretizado o sentido da Constituição pelo legislador...”.

Os Estados Nacionais foram formados com a baixa da idade média, período em que a Europa viveu em seus séculos XI a XIV. Este Estado se formou dado a insuficiência da Igreja Católica em galgar a possibilidade de unificar o velho continente e dominá-lo, sujeitando os povos aos seus interesses e poderio. Não obstante, a Europa passou sim pelo período de unicidade, mas não sobre os ditames da Igreja, mas sim em torno de grandes líderes que se destoavam.

Os líderes regionais passaram a perder seu domínio. Os burgueses desempenharam papel imprescindível nesse movimento populacional rumo aos grandes líderes, já que os líderes regionais atuavam como óbices ao desenvolvimento do comércio e das atividades financeiras, já que eles próprios gerenciavam as taxas e regulamentações.

E sobre esse debandado rumo à procura de um grande líder, que se fortalecia politicamente e cada vez mais se tornava independente da igreja, o professor Velandia Canosa (2015, p.36) também nos abrilhanta com o relato da existência desse grande pilar político e do conceito de nação:

Es asi como el Estado Nacional “emerge en el siglo XII en Europa como una nueva forma de organización poítica”, a partir de que el Rey Felipe II dejó de llamarse Rey de los Francos, para empezar a llamarse Rey de Francia. Cambio trascendental, toda vez que a partir de entonces surge la noción de nación, en la cual el pueblo se ubica en un territorio con un gobernante. Con posteridad surgen símbolos que así los identifican como la frontera y la bandera⁴

Assim caminhou toda a Europa na formação dos Estados modernos como conhecemos atualmente. Um dos principais e que merece destaque em nosso cenário nacional é a formação do Estado de Portugal, 1140, que se deu mediante a reconquista cristã da Península Ibérica, que consistiu no trabalho de retirada dos muçulmanos daquela região e que possibilitou o desenho das fronteiras lusas e a erigiu, posteriormente, desbravadora dos mares.

Destarte, no século XVI Nicolau Maquiavel deu um novo nome ao modelo de Estado, o qual intitula de Estado Absolutista. Este foi o nome que ele faria

⁴ Tradução própria: “É assim como o Estado Nacional “emerge no século XII na Europa como uma nova forma de organização política”, a partir de que o Rei Felipe II deixou de se chamar Rei dos Francos, para começar a se chamar Rei da França. Mudança transcendental, toda vez que a partir de então surgiu a noção de nação, na qual o povo se localizava em um território com um governante. Posteriormente surgem os símbolos que assim os identificam como as fronteiras e as bandeiras”

referência ao sistema político, administrativo e normativo que predominou na Europa, tendo seu auge no século XVII (CANOSA, 2015, p. 36).

A Europa expressava, segundo Max Möller⁵ (2011, p.75), o desejo de unificação de seus Estados. A respeito disso ele preceitua:

A partir do século XVII, a oficialização das fontes do direito atua como forma de unificar os sistemas jurídicos, acompanhando a tentativa de unificação de vários Estados na Europa Continental. A unificação do direito serviria também como instrumento de unificação política.

Deste modo surge o absolutismo, em que o poder do rei era de forma indiscriminada. Este paradigma se perfila na concentração em um indivíduo as atribuições a que carece um Estado, como a de administração, a de legislar e também a de julgar, sendo elas mediante o bom prazer do monarca. Não obstante, é por isso que o Rei Luiz XIV, o rei Sol, disse a celebre frase "L'État c'est moi", cuja tradução é O Estado sou eu, já que todo o poder estatal estava concentrado em sua pessoa.

O cenário narrado acima, passando de um Estado Nacional ao Estado Absolutista, considerado por Nicolau Maquiavel como nova realidade organizacional, resultou pequenos avanços rumo às declarações de direitos, mas alguns documentos se mostraram essenciais e deflagraram a busca por reconhecimento de alguns direitos fundamentais. A Inglaterra foi um país que expressou os maiores avanços no sentido de declaração de direitos e suas garantias.

A evolução em buscas da declaração dos direitos era evidente. Iniciava-se o progresso rumo à conquista de firmar direitos. Direitos foram obtidos, ainda que utópico seja o estado ideal (BOBBIO, 1992, p. 92).

É impossível falar de declarações de direitos fundamentais e omitir a análise a respeito da Magna Carta. Ela foi assinada em 1215, mas está longe de ser uma carta de natureza constitucional. Ela visava limitar os poderes do rei, João Sem Terra. Ele se submetia as disposições contidas na carta por ele assinada. Contudo,

⁵ Max menciona a transição do direito natural, iusnaturalismo ao positivismo, e classifica tal passagem como uma transição cultural. Esse processo de formalizar o direito não era imposto de forma imposta, mas, segundo ele, consistia em um processo gradual. Sendo que a partir disso seria construída uma realidade jurídica em que o direito passaria a ser uma produção do Estado. A esse respeito ele cita Hobbes e a influência de seu pensamento na redução das fontes do direito ao Estado. (**Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**, cit., p. 75).

segundo José Afonso da Silva (2005, p. 152), ainda que ela fosse um símbolo, cita Albert Noblet, o qual se dirige a Carta Magna sendo que ela estaria:

[...] longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.

Porém ela traçava os caminhos a serem seguidos pelos demais documentos que viriam posteriormente e que visariam a declaração de novos direitos e garantias. A Magna Carta se tornou um símbolo na luta contra o poder arbitrário do rei, ainda que fosse para uma seleta classe da sociedade inglesa. Não obstante, para Ignacio Burgoa (2005, p. 60) ela corresponde ao surgimento dos direitos fundamentais que foram incorporados em um documento com valor jurídico, já que nela se consagraram importantes direitos.

Consagrou-se nesse importante documento direitos como o da proporcionalidade da pena, o da anterioridade tributária e a de um julgamento por juiz natural.

Ela serviu como precedente as Constituições que conhecemos atualmente. Serviu de base política de direitos na Inglaterra, consubstanciando nesse documento um valor jurídico e que o rei não mais poderia agir e tornar tudo segunda a sua imagem e semelhança.

Sem embargo, era evidente o avanço com a presença de alguns documentos que previam direitos, ainda que de caráter tênue. Houve no país inglês os avanços rumo as mais contundentes declarações de direitos, já que possuíam um Parlamento atuante. Podemos citar a *Petition of Right*, como o próprio nome verte, era um documento encaminhado pelo Parlamento ao monarca fundamentando um pedido de direitos aos súditos (SILVA, 2005, p. 152).

Ainda nesse sentido, insta salientar o antecessor de nosso *habeas corpus*, o *Habeas Corpus Act* visou à luta pelas liberdades em solo inglês. Era mais um dos direitos retirado do poderio dos monarcas, a de priva arbitrariamente a liberdade dos súditos. Há também, o conhecido *Bill of Right*, de 1688, tendo Locke motivador ideológico, limitando os poderes da monarquia, sendo aceita por eles a carta de direitos (SILVA, 2005, p. 153).

Neste mesmo sentido, encontramos outros documentos mais espalhados pela Europa, como o francês Edito de Nantes, o histórico documento assinado em 1598 e o Corpo de Liberdade da colônia do Massachusetts (CANOSA, 2015, p. 37).

Mesmo que o Estado absolutista se mostre distante do Estado ideal de direitos, ele permitiu que avanços fossem realizados e lutas iniciadas. Portanto, como fruto do incômodo que o absolutismo trazia aos povos, nasce um novo paradigma constitucional limitando a arbitrariedade dos déspotas mediante documentos forjados de conquistas e traduzidos em direitos.

Em figura oposta ao Estado Absolutista está o Estado Constitucional, que veio florescer após a Segunda Guerra Mundial e continua sendo aperfeiçoado com o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. Mas, para essa apreciação acadêmica, é importante ressaltar que o constitucionalismo sempre foi marcado por alterações e aperfeiçoamento dos modelos.

É de se destacar que de fato o valor da interpretação constitucional passou da água para o vinho em decorrência das atrocidades nazistas, ou seja: nem tudo que é direito, é justo; logo, o regime hitlerista se mostrou tão forte e tão amparado pelo Direito, que houve a necessidade de analisar a ciência jurídica e principalmente a Constituição de outra forma.

Neste diapasão, Konrad Hesse em seu livro “A força normativa da Constituição” (1959, p. 29-30) expõe a necessidade de uma Constituição composta por regras e princípios; as regras como mandamentos normativos de fazer ou não fazer; já os princípios, sendo vetores que apontem a um estado ideal de coisas, ou ainda, conforme o direito alemão, o “estado espiritual”.

A importância dos princípios dá à Constituição o poder de se amoldar com o tempo. Assim, legislar por cláusulas abertas significa dar o poder dela se adaptar ao tempo, às mudanças, mas sua essência, seus valores fundamentais se manteriam intocáveis.

Como exemplo ilustrativo, temos o famigerado princípio do devido processo legal. Tal vetor existe desde à Magna Carta Libertatum de 1215 e hoje está presente em todas as Constituições garantistas. Só foi possível a prevalência desta norma por mais de 800 anos, pelo simples fato de seu conteúdo ter sido amoldado durante o curso da história. Em síntese, o legislador constitucional quando legisla

por princípios, não define o que é um ou outro, simplesmente traça bases para que seu conteúdo seja escrito ao tempo, reafirmando ainda mais o papel do magistrado ao interpretar uma norma.

Este modelo constitucional surgiu em decorrência da fragilidade do positivismo jurídico, prova disso foi a Constituição alemã de 1919, usada por Adolf Hitler como fundamento para produzir o holocausto pelos nazistas. Mas, ressalte-se, que em termos de direitos sociais previstos na norma alemã, esses eram prerrogativas apenas dos alemães, ou seja, havia claramente, uma discriminação de etnias, em especial com os judeus.

Eros Grau (2005, p. 34) traz uma reflexão a respeito do positivismo jurídico trazido por Kelsen:

Com isso, Kelsen escapa do desafio de cogitar de um objeto ético, substituindo-o, desde a perspectiva que toma para o desenvolvimento da sua ciência do direito, por um objeto estético. Não exagero: é à consideração de relações formais, com sentido estético — abandonada qualquer meditação de ordem ética —, que se volta a análise das normas jurídicas, objeto da teoria pura do direito.

Nada obstante, na mudança de paradigma de Estado Legislativo de Direito para nosso atual momento jurídico, (Neo)Constitucionalismo, enriquecemos nosso modo de proclamar o Direito, não sendo mais a lei a única fonte do direito, mas alargamos nossos alcances da nascente do direito para campos como o dos princípios e valores, bem como para os tratados de direitos humanos.

Diverso do que ocorria no paradigma constitucional anterior, em que o juiz não possuía como fonte de direito as jurisprudências, já que ele era um mero aplicado da lei, ou traduzindo para a “boca da lei”⁶, sendo que o princípio que vigorava era o da legalidade. Havia uma violação aos ideais que as constituições modernas traziam; direitos estavam sendo claramente violentados e não protegidos de forma igualitária aos indivíduos.

No entanto, com o término da Segunda Guerra Mundial, o cenário muda. Não era mais um luta pelo reconhecimento de direitos, já que muitos deles tinham sido conquistados ao curso da história, mas era agora uma luta que garantisse a efetividade deles. Deste modo, as constituições neste momento

⁶ Expressão trazida por Eduardo Andrés Velandia Canosa (**Derecho Procesal Constitucional**. cit., p. 40).

passaram a ganhar força normativa. Surge como princípio a supremacia constitucional e primazia pelos direitos fundamentais.

Segundo a lição de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p. 147), o traço marcante da constitucionalização de direitos, no pós-guerras, está na mudança dos direitos humanos (de conteúdo jusnaturalistas e índole filosófica) para direitos fundamentais (positivados na ordem jurídica). Assim, como concluem os autores, “a característica da constitucionalização de direitos fundamentais(...) impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição”.

Sem embargo, agora os juízes possuem o dever de aplicar a norma constitucional, já que a norma máxima se fazia neste documento, pois nele estavam fundamentados os direitos conquistados, além dos instrumentos que davam garantias aos direitos ali consagrados.

Neste sentido, de ampliar a tutela dos direitos e evitar seu desrespeito, começaram a surgir documentos internacionais e regionais de proteção aos direitos e garantias, como a Declaração Universal da ONU de 1948 e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem do mesmo ano, atuando em esfera internacional e regional, continente americano, respectivamente.

Podemos chamar este momento de um neoconstitucionalismo, ainda que essa expressão não seja trazida nas constituições. Contudo, seria um nascimento do constitucionalismo que visa fortalecer os direitos fundamentais (CANOSA, 2015, p. 47).

A esse respeito Max Möller (2011, p. 43) afirma:

[...] cremos que o neoconstitucionalismo é muito melhor definido como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica.

Há que se observar, nesta direção, que a teoria neoconstitucionalista entende ser papel da própria Constituição incorporar em seu bojo valores morais. E neste dizer, segundo a lição de Marcelo Novelino (2016, p. 63), “diante de argumentos justificadores, o juiz não só pode, como deve, dizer que uma lei extremamente injusta não é direito, a fim de evitar uma contradição performativa”.

Neste sentido, o positivismo jurídico por si só seria incapaz de esclarecer certos modelos de interpretação do constitucionalismo contemporâneo, demonstrando que precisa de novos estudos para apontar soluções. Evidencia-se que estas constituições se estruturam mediante princípios e regras, além de possuírem características importantes, como rigidez, diverso da Constituição Alemã utilizada por Hitler. Sendo assim, a alteração do texto constitucional, visto a sua importância e força jurídica como norma norteadora do direito, vem a ser um processo restrito e delicado.

Espelho dessa rigidez constitucional são as cláusulas pétreas, trazidas no artigo 60º da nossa atual Constituição Federal, 1988, que diz em seu § 4º:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.”⁷

Essa rigidez é elemento fundamental na prevalência da supremacia constitucional. Unido a ela e visando o mesmo propósito, podemos mencionar a força vinculante da Constituição. A respeito dessa importante figura constante nas constituições contemporâneas, elencamos os preceitos de Max Möller (2011, p. 34):

As normas constitucionais, mesmo as diretivas e programáticas, devem orientar a atuação de todos os poderes estatais, permitindo que, em alguns casos ou situações, possam ser aplicadas diretamente, tanto no aspecto negativo – controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais -, mas também de forma afirmativa, seja para orientar algum posicionamento interpretativo, seja para servir de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

Neste sentido, tendo um constitucionalismo embasado em novas fontes do direito e dando a força normativa que a constituição carecia, nos sobrepuja um princípio chamado de supremacia constitucional. Igualmente torna essencial o estudo de uma disciplina que tutele a constituição, não somente mediante o controle de constitucionalidade, mas os processos cujo conteúdo seja a própria constituição, sendo um sistema de resolução de conflitos derivado da matéria constitucional. Há,

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

fruto da norma jurídica constitucional, uma necessidade de proteção da sua supremacia e conteúdo.

4 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O Direito Processual Constitucional vem ganhando espaço e expressão nos últimos anos por doutrinadores colombianos, mexicanos e argentinos citados, bem como brasileiros como Antonio Augusto Cançado Trindade e Valério de Oliveira Mazzuoli. Ainda que seja uma matéria nova, tem objeto de estudo não muito conhecido, já que está em constante evolução e descobrimento, principalmente por conta das decisões do Supremo Tribunal Federal que invalidou uma norma do Código Civil com base na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O doutrinador paraguaio Pablo Villalba Bernié⁸ cita o direito processual constitucional está sendo estudado doutrinariamente de forma mais especializada recentemente, mas que ganha importância devido ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que conta com a Comissão IDH e a Corte IDH. Decorrente a isso, a matéria tem sido estudada de forma sistemática em países vizinhos, mas no Brasil ainda há falta de conhecimento sobre as temáticas ligadas ao controle de convencionalidade. Neste mesmo sentido, ele proclama a necessidade dos Estados, principalmente o Brasil, passarem a desenhar os contornos da matéria e suas fronteiras, para que o Direito Processual Constitucional possua uma eficaz recepção.

O Peru, segundo Anibal Quiroga León (2011, p. 130), criou um instrumento importante chamado de Código de Direito Processual Constitucional.

4.1 Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual

⁸VILLALBA, Pablo. O autor declara ser o Direito Processual Constitucional um objeto que esta em desenvolvimento ainda, desde modo é preciso, devido ao pouco conhecimento da matéria, começar a traçar os efeitos e posicionar o conteúdo dela. (**Derecho Procesal Constitucional**. cit., p. 152).

Antes de aprofundar nossos estudos ao Direito Processual Constitucional, nos faz oportuno trazer a distinção dele em relação ao Direito Constitucional Processual. Os dois são importantes, mas a doutrina reconhece as diferenças.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2005, p. 4) traz exemplos a fim de demonstrar essas diferenças entre o direito processual constitucional e o direito constitucional processual, respectivamente:

Este teria por objeto o estudo dos princípios e institutos constitucionais do processo, cabendo àquele a matéria atinente à jurisdição constitucional, ou seja, o estudo das ações constitucionais destinadas à tutela de direitos fundamentais (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, *habeas data* e mandado de injunção) e do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Neste mesmo sentido, o colombiano e ex-juiz da Corte IDH, Ernesto Rey Cantor⁹ afirma:

El Derecho Procesal Constitucional - es una rama del derecho procesal- que comprende un conjunto de "normas", "principios" y "valores" contenidos en la Constitución Política y en la ley que regulan los procesos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia y con efectividad la supremacía de la Constitución y la protección procesal de los derechos humanos.¹⁰

Por isso, pode-se entender que são conceitos diferentes e que o direito constitucional processual é um antecedente do direito processual constitucional, já que aquele se ocupa da parte geral dos estudos e este de matéria específica, constitucional mediante os processos dela decorrentes. Como ressalta Paulo Medina, os dois são importantes, mas com conteúdos diferentes, embora ambos sejam importantes para o controle de constitucionalidade e também para o controle de convencionalidade.

Deste modo, o direito processual constitucional possui neste paradigma atual do constitucionalismo, visando garantir o que foi conquistado ao largo dos anos

⁹ REY CANTOR, Ernesto. O autor se refere nesta passagem como Constituição Política aquela em virtude da doutrina espanhola, que se constitui de uma trindade formada por normas, princípios e valores. (**El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto** cit., p. 13.)

¹⁰ Tradução própria: O Direito Processual Constitucional – é um ramo do direito processual – que compreende um conjunto de “normas”, “princípios” e “valores” contido em uma Constituição Política e na lei que regulam os processos constitucionais, qualquer que sejam os órgãos encarregados de preservar com justiça e com efetividade a supremacia da Constituição e a proteção processual dos direitos humanos.”

mediante a consolidação de um documento que possui força normativa, a Constituição.

Assim, podemos concluir que o direito processual constitucional é uma ciência autônoma e que não se reduz somente no que se refere a processo, mas também ao direito constitucional, já que há uma mescla destes na busca de jurisdição efetiva.

5 CONCLUSÃO

Para maior conhecimento da tão recente matéria, se faz relevante demonstrar distintas posições de alguns doutrinadores com respeito ao conteúdo que abarca a disciplina do Direito Processual Constitucional. Assim sendo, notaremos posicionamentos distintos, decorrentes do pouco conhecimento doutrinário da matéria, além de conteúdos abrangentes. Este tema ainda gera controversas doutrinárias e não é pacífico, apensar dos conceitos retrotranscritos aos quais adotamos nesta apreciação acadêmica.

Um primeiro posicionamento concentra no Direito Processual Constitucional um caráter pouco abrangente. É uma visão restrita da matéria ou do seu conteúdo. Nela concentra-se a magistratura constitucional e também os chamados processos constitucionais. A esse respeito, tomamos as palavras do argentino Néstor Sagüés¹¹ e o colombiano Eduardo Andrés Velandia Canosa e o paraguaio Pablo Villalba (CANOSA, 2015, p. 155) para contribuir com a discussão sobre esta visão mais restrita do direito processual constitucional:

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 podría sintetizar en un solo: la jurisdicción constitucional. Para esta concepción el derecho procesal constitucional se ocupa de los

¹¹ SAGÜÉS, NÉSTOR P. **Derecho procesal constitucional, Tomo I**, p. 21. O autor afirma: "El Derecho Procesal Constitucional es, principalmente el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales". No mesmo sentido, Ernesto Rey Cantor (**El derecho procesal constitucional: un nuevo concepto**, p. 27).

órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.¹²

Portanto, esta inicial visão reduz o direito processual constitucional, como afirma Néstor Sagüés, ao entendimento dos processos constitucionais e da magistratura constitucional, isto é, os órgãos e juízes constitucionais, podendo ser as duas características da visão mais restrita, convertidas em uma única, a da jurisdição constitucional.

Destarte, um pouco mais ampla, encontramos uma visão intermediária e que possui importantes fundamentos para tal. Unindo as características anteriormente citadas, esta corrente um pouco mais ampla, contudo intermediária, anexa a interpretação constitucional como conteúdo do Direito Processual Constitucional. Neste sentido, os Estados devem adequar a matéria ao seu âmbito doméstico, restringindo as fronteiras deste. Além do mais, inaugura-se a menção de fusão do direito processual com o constitucional.

No sentido de tornar o direito processual constitucional restrito aos limites fronteiriços de cada país, García Belaunde (2015, p. 156) proclama que o Direito Processual Constitucional somente deve existir no nível do ordenamento nacional de cada país. Ele ainda vai além, dizendo que para que o Direito Processual Constitucional translade as fronteiras nacionais seria preciso uma constituição que se fizesse mundial ou regional.

Caminhando no sentido de ampliar cada vez mais o conteúdo do direito processual constitucional, encontramos duas correntes, a ampla e amplíssima. Nesta primeira compreendemos a existência de uma jurisdição constitucional da liberdade¹³, além de alcançar uma jurisdição supranacional, que protege os direitos humanos.

Por fim, a amplíssima, adotada em função da invasão dos documentos internacionais em âmbito nacional, cuja existência produziu uma aplicação no bloco de constitucionalidade dos países.

¹² Tradução própria: A versão mínima do direito processual constitucional a entende como uma disciplina eminentemente processual, e a circunscreve em dois temas essenciais: a magistratura constitucional e os processos constitucionais que talvez poderia ser sintetizado em um só: a jurisdição constitucional. Para esta concepção o direito processual constitucional se ocupa dos órgãos e processos que custodiam a supremacia da constituição. A questão parece simples, mas não é”

¹³ Este é o pensamento de Cappelletti que se traduziu em dois momentos, sendo o primeiro nos instrumentos de proteção dos direitos de liberdade em âmbito nacional; já em um segundo momento, ele analisou tal fenômeno em uma manifestação supranacional, protegendo os direitos humanos consolidados em instrumentos internacionais. (**Derecho procesal constitucional**. cit., p. 117).

Sendo assim, não pode ficar presa nas fronteiras nacionais, incorporando uma jurisdição constitucional transnacional. Neste sentido tomamos as palavras de Pablo Villalba Bernié (CANOSA, 2015, p. 158), adepto da corrente mais ampla, para explicar o conteúdo mais abrangente do Direito Processual Constitucional:

Adscribimos a la idea de un contenido amplísimo, que merece explicitarse puntitosamente. Compartimos la idea que el contenido del DPC debe abordar temarios básicos como lo son la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, en explicitación de un sistema procesal que da respuesta a la imperiosa supremacía constitucional y a la defensa integral de la Constitución. Aunque no debe quedar la incorporación de la jurisdicción constitucional transnacional, e incluso abrir la perspectiva de la incorporación de los procesos cuasi-jurisdiccionales.¹⁴

Desta forma, concluímos que o direito processual constitucional é uma matéria ainda em construção e vivendo seu dinamismo. Como visto por meio da evolução histórica do constitucionalismo, os documentos internacionais vieram ganhando força e ampliando a margem de direitos existente.

Desde modo, ampliou-se o que chamamos de bloco de constitucionalidade, já que uma vez que um tratado ou documento internacional é assinado e ratificado por um Estado, no caso do Brasil, em virtude da EC nº45/04, que acrescentou ao artigo 5º da nossa CF-88 o §3º, dando aos tratados e convenções aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por votação de 3/5 dos votos dos respectivos membros, se tornaram equivalentes a emenda constitucional. Independente da controvérsia do tema, o rol de direitos é ampliado, garantindo aos cidadãos brasileiros uma maior proteção de seus direitos e liberdades.

Em seus estudos, Bernié (CANOSA, 2015, p. 159) também afirma que é a tarefa do seu país zelar pelo bloco de constitucionalidade, ampliando as normas integrantes de seu *corpus iuris commune*, como traz o artigo 145º de sua Constituição Nacional. Portanto, defende o Sistema Interamericano de Direitos Humanos passou a integrar, desde 1993, com a entrada em vigência da Convenção

¹⁴ Tradução própria: “Atribuimos a ideia de um conteúdo amplíssimo, que merece ser explicado pontualmente. Compartilhamos a ideia que o conteúdo do DPC deve abordar temas básicos como são a magistratura constitucional e os processos constitucionais, em decorrência de um sistema processual de resposta a imperiosa supremacia constitucional e a defesa integral da Constituição. Ainda que não deva ficar fincada nessas noções, porque seu conteúdo se faz mais abrangente ainda desde a incorporação da jurisdição constitucional transnacional, e inclusive abre a perspectiva da incorporação dos processos quase jurisdiccionais.”

Americana de Direitos Humanos, a ordem jurídica Paraguai. Deste modo o Direito Processual Constitucional passou a produzir efeitos transnacionais, privilegiando o acesso a justiça transnacional, o ingresso na ordem jurídica paraguaia de direitos e garantias, além da obrigatoriedade do controle de convencionalidade.

Ainda tratando dos países latino-americanos, vale ressaltar a Colômbia, ampliando também o alcance do seu direito processual constitucional. A esse respeito podem ser citados desde o pioneiro Ernesto Rey Cantor (2010, p. 51), que ao comentar sobre a Constituição colombiana de 1991, já apontava a importância dos tratados, talvez devido a sua participação como juiz da Corte IDH e também como professor. Portanto, antes e depois da Constituição de 1991, o autor afirmou que o Estado social de direito visa garantir a efetividade dos princípios e direitos consagrados na Constituição, além das normas internacionais que versem sobre direitos humanos.

Todavia, tanto o Peru como a Bolívia inovaram elaborando um Código Processual Constitucional, o que vem produzindo efeitos e serve de exemplo aos demais países latino-americanos.

Portanto, um Direito Processual Constitucional forte, conhecido e cada vez mais amplo, gerará segurança jurídica e maior tranquilidade aos indivíduos, já que seus direitos se farão cada vez mais bem protegidos, além da própria Constituição, documento norteador das sociedades democráticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BURGOA, Ignacio. **El Juicio de Amparo**. México: Porrúa, 2005.

CANTOR, Ernesto Rey. **El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto**. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2010.

DIREITOS HUMANOS – **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**

Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > Acesso em 30 de maio de 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Virtual Laser Editoração Eletrônica Ltda, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, S.A, 2006.

QUIROGA LEON, Anibal. **El derecho procesal constitucional peruano** <in> **Derecho Procesal Constitucional**, Tomo II. Volumen I, Bogotá: VC Editores Ltda, 2011.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. 1991, Porto Alegre. SERGIO ANTONIO FABRIS

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Derecho Procesal Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional- 9ª Edição**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional-11ª Ed**. Salvador: Rd Jus Podivm, 2016

QUIRINO, Célia Galvão, MONTES, Maria Lúcia. **Constituições**. São Paulo: Editora Ática, 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAGÜÉS, Néstor P. **Derecho procesal constitucional, Tomo I e II**, Buenos Aires: Astrea, 4ª edición, 2ª reimp. – 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: VC Editores Ltda, 2015.