

A DEMOCRATIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROJEÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE AS CONCEPÇÕES DE ESTADO E PROCESSO

THE DEMOCRATIZATION OF THE EXERCISE OF POWER BY CONSTITUCIONAL PROCESS: THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A PROJECTION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONCEPTIONS OF STATE AND PROCESS

Roberta Maia Gresta¹

RESUMO

O presente trabalho tem por tema a investigação do processo como elemento fundamental de democratização do poder estatal. O objetivo é demonstrar que o processo constitucional, constituído por um sistema de garantias processuais intangível pelo Estado e manejável por qualquer pessoa do povo na defesa de seus direitos fundamentais, perfaz a conexão entre o direito e a democracia, que se encontra no cerne do princípio do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a proteção dos direitos fundamentais deve ser compreendida como uma projeção da relação entre as concepções de Estado e de processo: essa proteção se torna viável quando o poder se estrutura em bases democráticas, o que, por sua vez, só ocorre se a normatização e a compreensão do processo se assentam em teorias democráticas. A partir dessas premissas teóricas, é possível realizar uma análise crítica dos desafios para a implementação concreta do Estado Democrático de Direito no Brasil, com abordagem de dois problemas relacionados à deficiente compreensão do processo ainda prevalente no país: o equivocado dimensionamento do princípio da celeridade, que reforça a visão instrumentalista do processo, e a posição tutelar do Estado em relação à população, que orienta a condução do processo em moldes próprios do Estado Social.

PALAVRAS-CHAVE: Processo constitucional; Direitos fundamentais; Principiologia do Estado Democrático de Direito; Concretização da Constituição de 1988.

ABSTRACT

This paper investigates the whole played by process as a key element of democratization of State power. The aim is to show that constitutional process, composed by a system of procedural guarantees untouchable by State and manageable by anyone of the people in stand up for their fundamental rights, achieves the connection between Law and democracy, which is settled in the core of Democratic State of Law. Thus, fundamental rights' protection must be understood as a projection of the relation between the conceptions of State and process: such protection is available only when power is structured on democratic basis, which, in its

¹ Mestranda em Direito Processual pela PUC Minas; especialista em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UCAM; graduada em Direito pela UFMG; coordenadora do grupo de pesquisa em Direito Eleitoral vinculado ao NAP 2011/PUC Minas; membro do Colegiado do NAP 2012/PUC Minas; analista judiciário lotada na Assessoria Jurídica dos Juízes Membros do TRE-MG. Contato eletrônico: gresta.robortamaia@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0587507788111590>.

turn, only occurs if process' ruling and comprehension are grounded on democratic theories. Once established this theoretical premises, it becomes possible to critically analyze the challenges of Democratic State of Law's implement in Brazil, by approaching two problems related to the deficient comprehension of process which still prevails in the country: the mistaken dimension of speedy trial, which enforces de instrumentalist view of process, and the patronized position that State takes before the people, which drives process' conduction through Social State's ways.

KEYWORDS: Constitutional process; Fundamental rights; Democratic State of Law's princiology; Brazilian Constitution's implement.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a investigação do processo como elemento fundamental de democratização do poder estatal. Perquire-se, especificamente, a princiologia necessária à orientação de normas e teorias processuais aptas a encaminhar a construção do Estado Democrático de Direito. Sustenta-se que a autoproclamação do Estado como *Estado Democrático de Direito* não assegura a proteção dos direitos fundamentais, sendo indispensável para esta a institucionalização do processo a partir de uma matriz de normatização e de compreensão efetivamente democráticas.

A problematização do tema é realizada a partir do confronto do processo constitucional com práticas e teorias que insistem em sustentar a adequação, ao Estado Democrático de Direito, de procedimentos judiciais conduzidos discricionariamente pelo juiz em nome de uma efetividade que se confunde com a rápida prolação da decisão. Questiona-se o exercício autoritário e tutelar da jurisdição, que, à margem da princiologia processual constitucionalizada, não se mostra apta a viabilizar a proteção dos direitos fundamentais.

O objetivo do trabalho é demonstrar que o processo constitucional, constituído por um sistema de garantias processuais intangível pelo Estado e manejável por qualquer pessoa do povo na defesa de seus direitos fundamentais, perfaz a conexão entre o direito e a democracia que se encontra no cerne do princípio do Estado Democrático de Direito. Ao final, pretende-se evidenciar que a proteção aos direitos fundamentais é uma projeção da relação entre as concepções de Estado e de processo: essa proteção se torna viável quando o poder se estrutura em bases democráticas, o que, por sua vez, só ocorre em sua plenitude se a normatização e a compreensão do processo se assentam em teorias democráticas.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de compreensão da função jurisdicional a partir da perspectiva democrática, possível por meio da ruptura com teorias

processuais que, embora já há muito superadas pela adoção, na Constituição de 1988, do princípio do Estado Democrático de Direito, insistem em grassar em livros de *doutrina* e em decisões judiciais.

A vertente metodológica adotada é a jurídico-teórica (GUSTIN; DIAS, 2001, p. 23), uma vez que se pretende demonstrar e criticar concepções teóricas que impedem a implementação da principiologia estruturadora do atual ordenamento jurídico brasileiro. Ainda dentro dessa vertente metodológica, será efetuado o delineamento da compreensão de direitos fundamentais, direitos humanos e Estado Democrático de Direito. O marco teórico que conduz o desenvolvimento do trabalho é a teoria do processo constitucional, conforme desenvolvida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias na obra *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito* (BRÊTAS, 2010). A investigação será jurídico-interpretativa, valendo-se do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus diversos aspectos.

1 O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA PROTETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O alargamento do sistema protetivo dos direitos fundamentais – iniciado com a positivação destes na III República Francesa (1875) e intensificado com as ações constitucionais – alcança seu ápice com o processo constitucional, compreendido como o conjunto de “*garantias processuais estabelecidas na própria Constituição [...] formadoras de um essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade*” (BRÊTAS, 2010, p. 72).

A preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais é, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a nota distintiva do constitucionalismo processual contemporâneo², visto que o só “*reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos*” (BARACHO, 2006, p. 53-60).

² O acentuado papel dos direitos fundamentais na dinâmica social do século XX levou Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2002, p. 584-592) a estabelecer a distinção entre velho e novo Direito Constitucional. Para esse autor, o velho Direito Constitucional, vigente entre os séculos XVIII e XIX, centrava seus debates no que classicamente se convencionou denominar separação dos poderes, assinalando a preocupação em superar de vez o absolutismo. Bonavides identifica, a partir do século XX, o deslocamento dos debates – em função de uma tensão crescente no campo das relações entre as pessoas e o Estado – para o aperfeiçoamento do sistema de regulação e aplicação dos direitos fundamentais, dando origem a “*um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante*”, ao qual denomina novo Direito Constitucional (BONAVIDES, 2002, p. 586).

A insuficiência das disposições enunciadoras de liberdades para assegurar a proteção dos direitos fundamentais é relatada por Jean Morange (2004). Preferindo fazer uso do termo *liberdades públicas* – que conceitua como tradução jurídica da filosofia de direitos humanos, que pode se mostrar mais ou menos fiel a esta, em uma variabilidade identificada mesmo em países vizinhos dotados de características semelhantes –, o autor destaca, primeiramente, que, embora os direitos humanos sejam fruto da filosofia de direito natural encampada, por razões distintas³, nas Declarações de direitos americana (1776) e francesa (1789), a positivação das liberdades públicas, preordenada ao estabelecimento de um sistema jurídico capaz de conferir efetividade aos direitos humanos, adveio somente na III República francesa (1875) como resultado da constatação de que sua simples proclamação em Declarações várias não impediu a perpetração de violações estatais (MORANGE, 2004, p. XVII-XIX).

A constitucionalização conferiu avanço ao processo de positivação, pois a agregação do atributo de suprallegalidade, reconhecido às Constituições desde o século XIX⁴, propicia uma nova conformação técnica dos direitos fundamentais, revestindo seu sistema protetivo de impossibilidade de serem prejudicados pela legislação infraconstitucional. A noção de garantia ganha complexidade com o estabelecimento de procedimentos constitucionais especificamente voltados para a proteção de direitos fundamentais.

No entanto, se com a previsão das chamadas *ações constitucionais* (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança) estabelecem-se procedimentos específicos que visam resguardar os direitos fundamentais, com o processo constitucional é o devido processo legal que, alçado à suprallegalidade, coloca-se a serviço da concretização de tais direitos. Contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, prevenção contra dilações indevidas e juízo natural, uma vez inseridos na Constituição, formam um feixe condicionante da atuação jurisdicional, estabelecido em favor de qualquer um do povo e incidente sobre qualquer procedimento judicial.

Nesse sentido, Italo Andolina e Giuseppe Vignera concebem o modelo constitucional

³ É interessante observar, com Morange, que o individualismo do século XVIII deu contornos distintos aos movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos motivando, por razões diversas, a elaboração de declarações de direito humanos. Enquanto na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) torna solene a ruptura com o Antigo Regime, nos Estados Unidos os colonos procuraram, por meio da Declaração da Independência e do Bill of Rights (ambos, 1776), assegurar no novo país os direitos dos quais gozavam na Inglaterra. Os americanos, que ancoraram-se no transporte da ideia puritana de liberdade de consciência (cada comunidade é livre para administrar assuntos espirituais) para o terreno político (o Estado só existe em virtude de um contrato concluído com base no direito natural do homem), encamparam uma visão histórica da aquisição de direitos, nesse aspecto atuando de acordo com a concepção tipicamente inglesa, que difere da proposta francesa de superação dos antigos privilégios estamentais (MORANGE, 2004, p. 4-9).

⁴ A definição de suprallegalidade foi desenvolvida nos Estados Unidos no famoso julgamento *Marbury X Madison*, realizado pela Suprema Corte em 1803 (FERNANDES, 2011, p.12).

de processo como um só *paradigma* constitucional de processo capaz de engendrar uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais (ANDOLINA; VIGNERA, 1979). A seu respeito, Flaviane de Magalhães Barros comenta:

A noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura [...], pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos [...]. (BARROS, 2009, p.333-334)

O termo *paradigma*, na acepção usada por Andolina e Vignera, comporta um esclarecimento. Se o que se propugna é a estruturação, na Constituição, de uma disciplina e de uma metodologia principiológicas inafastáveis que condicionam a instauração e o desenvolvimento dos procedimentos dos quais resulte emanção do poder estatal, não se deve compreender *paradigma* como um modelo fixo de proposições, pois a principiológica constitucionalizada do processo permeia a dinâmica da estrutura procedimental (BRÊTAS, 2010).

Essas considerações reclamam uma compreensão ampliada da jurisdição constitucional. Certamente, esta se concretiza por meio do controle de constitucionalidade das leis, exercido pelas vias concentrada e difusa. Mas, a partir do momento em que o processo passa a ser informado por uma principiológica constitucional preordenada a assegurar a concretização de direitos fundamentais, o exercício da função jurisdicional, por dever observância à obrigatória disciplina constitucional, convola-se, como um todo, em jurisdição constitucional.

Novas perspectivas de compreensão dos direitos fundamentais, que procuram desmistificá-los pela supressão de pretensões metafísicas que os associam ao “direito natural”, reforçam a necessidade de institucionalização do espaço processual como garantia de discursividade ampla do conteúdo e da proteção desses direitos.

Para Giorgio Agamben (2010), é preciso situar as Declarações de direitos em seu momento histórico, de modo a perceber que, na atualidade, muito mais precisa ser construído em termos de fundamentalidade da existência humana. Não mais satisfaz “*aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação*”, que teve por objetivo modificar um contexto específico de indiferença do Estado em relação à “*vida nua natural*” (AGAMBEN, 2010, p. 124).

Segundo o autor, a passagem do *súdito* ao *cidadão* se operou na modernidade e estabeleceu como fundamento da biopolítica a relação nascimento-nacionalidade. Até o

século XX, essa relação se revelou, de forma não problematizada, tanto na proteção jurídica (quem é o cidadão titular de direitos fundamentais) quanto na brutal negativa desta (quem, por exclusão, não é titular de tais direitos). Mas, desde a institucionalização da exclusão de direitos pelo fascismo e pelo nazismo, a insuficiência da biopolítica no desempenho de sua função legitimadora provocou, no caminho inverso àquele que inaugurou a Era Moderna, “*a separação entre humanitário e político*”. A intensificação do problema dos refugiados na atualidade caracterizam a “*fase extrema do descolamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão*” e demonstra que na atualidade já não se pode pensar os direitos fundamentais a partir do nascimento, do elemento natural da vida (AGAMBEN, 2010, p. 130).

Rosemiro Pereira Leal (2006) aborda a questão suscitada por Agamben sob uma perspectiva linguística. Denuncia que a caracterização dos direitos humanos como cortesia histórica dos povos ditos civilizados interdita a instalação de um pacto de sentido que permita a indicação de aporias neles existentes. Contesta, também, o monopólio da interpretação do sentido dos direitos fundamentais pelos órgãos estatais, por impedir a integração desse direitos a um sistema linguístico aberto a toda a comunidade jurídica (legitimados ao processo). O autor reclama, enfim, a significação do conteúdo dos direitos humanos pelo devido processo, isto é, “*uma linguisticidade constitucionalizada por critérios que propiciem arguir os fundamentos de caracterização dos elementos teóricos (conjecturas, asserções) institutivos dos enunciados normativos*” (LEAL, 2006, p. 14).

Baseado nessas lições, André Del Negri (2009) fala em “*des-moralização dos direitos humanos*” para fazer referência à proposta de que a “*ciência neutralize a nocividade dos indicativos de certeza a priori*” (DEL NEGRI, 2009, p. 332). Sustenta, por conseguinte, que a vida não pode ser inferida do simples pulsar de órgãos, pois deve ser cogitada em termos popperianos que a distinguem da vida animal: a *vida fundamental* só existe a partir da possibilidade de utilização da linguagem e da argumentação com vistas à reivindicação dos demais direitos fundamentais (DEL NEGRI, 2009, p. 333-338).

Uma vez que já não se pode, na contemporaneidade, ter por suficiente uma doação autoritária de benesses estatais, ao modo do Estado Social, como realizadora dos ditames constitucionais nos quais se desdobra a dignidade da pessoa humana, é preciso superar discursos ideológicos que, a partir da conveniência estatal, estipulam o que é devido ao humano e aguardam a dócil adesão por parte de um povo premiado por benefícios sociais. Para tanto, é indispensável situar o processo como instituição de necessária aderência a uma

noção de Estado Democrático de Direito capaz de suplantar a utilização deste termo como elemento meramente retórico.

2 O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO INSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A preservação das garantias processuais constitucionalizadas, instituídas no interesse do povo como condição estruturante da organização estatal e do exercício do poder, correlaciona-se, necessariamente, com a principiologia do Estado Democrático de Direito, cuja adequada compreensão torna possível que, quando utilizado no texto, o termo traga consigo todo o arcabouço científico que estabiliza seu sentido em nível teórico, evitando sua redução, no texto, a significante vazio, apropriável indistintamente por discursos neoliberais ou sociais.

Por isso mesmo, a par de considerações que apontam ser o Estado Democrático de Direito como *modelo* ou *paradigma*, é fundamental primeiramente percebê-lo, como faz Brêtas, como *princípio* – norma jurídica que exprime “*sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico*” – resultante da articulação entre dois outros princípios, a saber: Estado de Direito e democracia (BRÊTAS, 2010, p. 57-58 e 103).

O Estado de Direito, fruto do racionalismo que substituiu a religião na fundamentação da organização do poder, propôs-se a conter em limites pré-estabelecidos a atuação estatal. Embora teorizado no século XIX, as raízes do Estado de Direito assentam-se nos já mencionados movimentos constitucionalistas norte-americano e francês do século XVIII, empenhados na conformação de um “*pacto fundador de um novo Estado e de uma nova sociedade*” por meio de um ato constitutivo formal (FERNANDES, 2011, p. 9).

No entanto, o decurso da história revelou que os detentores do poder encontraram formas de se furtar à vinculação do exercício do poder ao Direito – não por meio de franca ruptura, mas, sim, pelo forjamento de legitimidade de atos autoritários em discursos ideológicos nacionalistas e patrióticos. A mesma racionalidade que constituiu um sistema capaz de conter o poder mostrou-se apta a engendrar estratégias de subversão desse sistema, mantido apenas na aparência. Como bem observa André Del Negri, não foi outro o motivo da “*manifesta angústia*” de Max Weber no início do século XX: “*à medida que a modernidade fosse [sic] se desenvolvendo, o homem assumia um parâmetro de racionalidade cada vez mais*

comprometido, pois a humanidade passou a criar um Direito capaz de aumentar o poder de dominação (colonização das consciências)” (DEL NEGRI, 2011, p. 45).

A distorção da configuração inicial do Estado de Direito foi conduzida por uma racionalidade que permitiu aos detentores do poder redimensionar o conteúdo das funções estatais e dos direitos fundamentais, conferindo preponderância às primeiras sobre os últimos. A razão de Estado – concebida por Maquiavel ainda no século XVI – mostrava-se capaz de justificar o autoritarismo governamental, firmemente apoiado em leis produzidas para forjar a legitimidade desses atos e em decisões judiciais arbitrárias complacentes com a visão estatal sobre *bem comum*. Essa concepção atinge seu ápice com a II Guerra Mundial e os horrores nazifascistas perpetrados sob a égide de Constituições e leis formalmente válidas.

Daí ser a democracia – segundo princípio articulado no Estado Democrático de Direito – a chave da compreensão da possibilidade de desenvolvimento do Estado de Direito em bases diversas daquelas presentes nos regimes autoritários do século XX. Concebida como princípio, a democracia se coloca como comando permanentemente dirigido à produção do direito e ao exercício do poder, cuja observância deve ser objeto de constante fiscalização pelo povo, compreendido como comunidade política dotada de autodeterminação.

Marcelo Neves (2008, p. 162-166) destaca que a compreensão de *povo* na democracia envolve a rejeição da noção rousseauiana de um sujeito único que se manifesta pela *vontade geral* em termos homogêneos e unitários. A sociedade democrática é necessariamente plural, heterogênea, e qualquer pretensão de homogeneização envolve o agravamento da dominação. Neves defende, com apoio em Habermas, a *dessubstancialização da soberania popular*, para reestruturá-la como procedimentos pelos quais flui o dissenso contitudinário disperso na sociedade.

Mas Marcelo Neves vai além da concepção habermasiana – a qual reputa moralista por propor a formação de consensos em torno de conteúdos – e assinala que, para a democracia, o primordial é que os procedimentos estatais estejam discursivamente abertos aos discursos heterogêneos nascidos no espaço público. O princípio democrático, portanto, exige o *consenso procedimental*, e não contitudinário, de forma a permitir o fluxo de legitimação do poder pelo povo:

Fluindo do dissenso contitudinário que caracteriza estruturalmente o mundo da vida e, pois, a esfera pública, a soberania do povo é fator de reciclagem permanente do Estado em face das novas situações e possibilidades, assim como condição básica e indispensável de sua heterolegitimação em uma sociedade sistemicamente hipercomplexa, eticamente heterogênea e politicamente pluralista. (NEVES, 2008, p. 165)

Percebe-se que a demanda do princípio democrático pelo estabelecimento de procedimentos jurídicos permanentes de controle do poder não se contenta com uma concepção representativa da democracia – embora dela não prescindida. O exercício esporádico do voto não supre a exigência de fiscalidade constante. O alijamento do povo dos centros de poder favorece a condução do Estado de acordo com o subjetivismo dos detentores do poder.

Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002), ao criticarem o que denominam *concepção hegemônica de democracia*⁵, propõem a ativação de uma democracia de *alta intensidade* calcada na participação direta do povo nas questões estatais. Criticam teorias como a de Schumpeter, que se vale do *elitismo democrático* – centrado na afirmação de que as massas são manipuláveis – para justificar a exclusão da participação popular do eixo central da democracia e a redução do procedimento de tomada de decisões a método para constituir governos. Os autores afirmam que “*a recuperação de um discurso argumentativo [...] associado ao fato básico do pluralismo e às diferentes experiências é parte da reconexão entre procedimentalismo e participação*” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 53).

Argumento utilitarista frequentemente oposto a essa perspectiva participativa de democracia é que a inclusão política de grupos sociais e de suas demandas, consideradas *excessivas*, traduz uma “*sobrecarga democrática*”⁶ que representa risco para o padrão de estabilização da tensão entre democracia e capitalismo. É precisamente contra essa ordem de racionalidade que se impõe o estabelecimento de procedimentos invulneráveis, de modo algum tangenciáveis por conveniência do Estado. A opção teórica já estabilizada em torno da principiologia conjugada do Estado de Direito e da democracia preordena a atuação estatal, impedindo que critérios econômicos e políticas estratégicas sejam invocados para subverter a ordem constitucional.

Resulta, pois, do Estado Democrático de Direito a imposição de permanente e aberta discursividade e fiscalidade da atuação do poder em âmbito executivo, legislativo e judicial, pois todas as questões relativas ao poder interessam diretamente à população destinatária dos atos estatais. Rosemiro Pereira Leal esclarece de que modo é possível dar concretude à ampla discursividade e fiscalidade:

Quando um povo faz a opção constitucional pelo modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a sobrecarga que possa ocorrer pela desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a

⁵ “... a proposta que se tornou hegemônica ao final das duas guerras mundiais implicou em uma restrição das formas de participação e soberania ampliadas em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos (Schumpeter, 1942).” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 39-40).

⁶ Segundo Santos e Avritzer (2002), a sobrecarga democrática foi concebida por Crozier, Huntington e Watanuki em 1975.

capacidade de resposta do sistema positivo há de ser resolvida pelo devido processo constitucional aberto a todos ao exercício irrestrito do direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado sobre temas fundamentais da Comunidade Política [...] (LEAL, 2011, p. 34).

Encaminha-se, de modo lógico, a conclusão parcial da presente seção: o Estado Democrático de Direito, como princípio de permanente aplicação e reivindicação, torna imprescindível a institucionalização do processo como garantia inviolável de ampla e determinante participação do povo. Em termos sintéticos: o Estado Democrático de Direito e o processo constitucional são indissociáveis.

3 DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA MATRIZ DE NORMATIZAÇÃO E DE COMPREENSÃO DO PROCESSO: IDENTIFICAÇÃO E CRÍTICA

Atingido este ponto, torna-se possível enunciar o argumento central do presente artigo: a proteção dos direitos fundamentais está de tal modo vinculada à imbricação entre processo (constitucional) e Estado (Democrático de Direito) que, alterada a matriz de normatização ou de compreensão do processo, ter-se-á removido o elemento de democratização do poder estatal. Por conseguinte, a despeito de mantida a autoproclamação do Estado como democrático ou a enunciação de direitos fundamentais, sua proteção restará comprometida pelo desempenho autoritário das funções estatais, notadamente a jurisdicional.

3.1 Deficiência na matriz de normatização do processo

Por deficiência na matriz de normatização do processo faz-se menção à insubsistência dos procedimentos jurisdicionais positivados como sistema de garantias fundamentais, o que, na esteira da exposição teórica das seções precedentes, equivale à impossibilidade de sustentar a conformação do processo constitucional e, por conseguinte, da própria democracia.

Esse parâmetro deficiente de normatização do processo inicia-se com a Constituição Brasileira de 1824 (BRASIL, 1824)⁷. Contém esta um rol de direitos fundamentais significativo, enunciado em seu art. 179, Título 8º⁸, no qual se destacam a liberdade de

⁷ O exame das Constituições do Império, do Estado Novo e da ditadura militar sob a perspectiva crítica a seguir exposta foi instigado pelo professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em aula proferida no dia 05/06/2012 na disciplina *Processo Constitucional*.

⁸ A alocação dos direitos fundamentais no último Título da Constituição do Império é revelador da estruturação do Estado a partir da perspectiva do poder, em detrimento das pessoas. Tal esquema persiste até a Constituição

expressão, o direito de ir e vir, a consagração da casa como asilo inviolável e o direito de propriedade. Todavia, feita a perscrutação das garantias fundamentais destinadas a concretizar tais direitos, não se identificam balizas definidoras do processo a ser conduzido pelas autoridades estatais, eis que nada se prevê em termos contraditório, ampla defesa ou dever de fundamentação das decisões. No texto constitucional são lembrados, tão-somente, os princípios da legalidade, do juízo natural e da anterioridade da lei, aos quais se somam uma anunciada *independência do Poder Judicial*. Caracteriza-se o Brasil de 1824, portanto, como um Estado de Direito, despido de qualquer perspectiva democratizante que possibilitasse ao povo reivindicar a fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Em 1937, a Constituição do *Estado Novo*, coerentemente com os propósitos totalitaristas de Getúlio Vargas, viola o equilíbrio entre a função executiva e a jurisdicional: veda ao Judiciário conhecer de “*questões exclusivamente políticas*” (art. 94), confere ao Presidente da República poderes para reconduzir ao Parlamento lei declarada inconstitucional quando, a seu juízo, tal lei for “*necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*” (art. 96, parágrafo único), proíbe a apreciação judicial de qualquer lesão decorrente de atos praticados durante o estado de emergência ou o de guerra (art. 170) (BRASIL, 1937). O gozo de direitos e garantias fundamentais recebe, por limite, “*o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado*” (art. 123) (BRASIL, 1937). A aparência do Estado de Direito é mantida pela paradoxal institucionalização de esquemas racionais que possibilitam ao Presidente atuar à margem da Constituição quando sua conveniência recomendar a declaração do estado de emergência ou de guerra⁹.

O processo, sob império da Constituição de 1937, atinge sua mais aguda e sombria feição instrumentalista, uma vez colocado a serviço de uma jurisdição integralmente cooptada

de 1988, na qual finalmente os direitos fundamentais ganham precedência tópica em relação à organização do Estado.

⁹ Providencialmente, o estado de emergência é já declarado no art. 186 da Constituição, “legitimando” desde logo os desbordos do Estado contra o povo. A ideologia estatal vem estampada na *consideranda* precedente ao texto constitucional, que visa, conforme exposto na seção 3.1, forjar a legitimidade do arbítrio estatal pelo manuseio retórico do compromisso de fornecer segurança embutido no Estado de Direito. São trechos da *consideranda*: “*O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem [...]; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional [...]; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição [...]*”.(BRASIL, 1937).

pelo fascismo estatal. Nesse contexto, é outorgado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro (1939), com vistas à operacionalização dos procedimentos jurisdicionais necessários aos desígnios estatais. A advertência constante logo em seu art. 3º não deixa dúvidas do descomprometimento do processo com a proteção de direitos fundamentais: “*responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro*” (BRASIL, 1939).

A ditadura militar rompe a breve experiência democrática iniciada em 1946. A Constituição de 1967, em seu art. 150, chegou a contemplar a inafastabilidade da jurisdição (§4º), a ampla defesa e o juízo natural (§15), o contraditório em processo penal (§16) e o direito de petição (§30). Mas nenhuma dessas garantias poderia ser exercitada contra “*atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964*”, e atos praticados pelo “*Governo Federal, com base nos Atos Institucionais [...] e nos Atos Complementares*” até então editados (art. 173) (BRASIL, 1967). Além disso, o art. 154 autorizava a suspensão, pelo Congresso Nacional, de garantias constitucionais em caso de estado de sítio (BRASIL, 1967).

Em 1968, o Ato Institucional n. 5– sob a retórica afirmação da preservação de uma “*autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo*” (BRASIL, 1968) – conferiu ao Presidente poderes para decretar o *recesso* do Congresso Nacional, mesmo fora do estado de sítio, e avocar para si o exercício da função legislativa (art. 2º, *caput* e §1º), decretar intervenção nos Estados e Municípios fora de quaisquer limites constitucionais (art.3º), suspender, “*no interesse de preservar a Revolução*”, direitos políticos (art. 4º) e restringir “*quaisquer outros direitos públicos ou privados*” (art. 5º, §1º). O AI-5 ainda suspendeu as garantias funcionais dos juízes (art. 6º) e o *habeas corpus* em caso de crimes políticos e contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10). Todos os efeitos diretos do AI-5 e os atos com base nele praticados foram expressamente excluídos da apreciação judicial (art. 11). Nesse momento, já não é possível conceber o processo como algo além de uma sucessão de atos procedimentais *pro forma*, impassíveis de promover, sob qualquer aspecto, a proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1969 consolidou o Estado de Exceção já então vigente, e agravou a instabilidade dos direitos e garantias fundamentais ao reconhecer ao Presidente poderes amplos para tomar quaisquer medidas destinadas a “*preservar a integridade e a independência do País, o livre o funcionamento dos Podêres [sic] e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores [sic] de subversão ou corrupção*” (art. 153, §3º)

(BRASIL, 1969). A repetição da “Declaração de direitos” da Constituição de 1967 não supera a enunciação meramente semântica de liberdades postas sob constante vigilância e ingerência do Estado.

Novamente, é o contexto de completa cooptação do processo pela jurisdição e dessa pelo aparelho executivo do Estado que fomenta a elaboração de um novo Código de Processo Civil, em 1973. A inspiração instrumentalista desse CPC é celebrada na Exposição de Motivos por seu idealizador, o Ministro da Justiça Alfredo Buzaid¹⁰:

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. [...] O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. [...] dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade. Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. [...] o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça. (BRASIL, 1973)

O CPC de 1973, ao atravessar o processo de redemocratização do país sem alteração substancial em sua principiologia, foi elemento-chave de um significativo fenômeno: a jurisdição, então liberta das amarras que o Executivo lhe impunha, assumiu, ela própria, o papel de guardião do interesse público e de intérprete solipsistas da lei. A sobrevivência do processo concebido em parâmetros instrumentais serviu ao crescimento e à consolidação de uma função judiciária calcada no arbítrio de juízes, em nome da propalada realização *da justiça*, “*sem delongas*”. A perpetuação da arcaica ideologia do Estado Social, já sob a égide da Constituição de 1988, remete à segunda possibilidade de déficit democrático capaz de comprometer a proteção dos direitos fundamentais, e que se passa a analisar.

3.2 Deficiência na matriz de compreensão do processo

O déficit democrático pode também incidir, como afirmado, sobre a matriz de compreensão do processo. É esse o problema que acomete a adoção de teorias processuais equívocas que, a despeito da instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição brasileira de 1988, persistentemente orientam o discurso de juristas preocupados com a realização inegociável da celeridade. Nesse grupo de insere a prevalente concepção do processo como relação jurídica que, concebida por Büllow em 1868, orientou a elaboração do

¹⁰ Buzaid foi discípulo de Liebman, jurista italiano que chegou ao Brasil em 1939, auge do Estado Novo, e deu origem à Escola Paulista de Processo a partir dos estudos de Büllow e Chiovenda.

CPC de 1973 e até hoje fundamenta a apregoada instrumentalidade do processo em relação à jurisdição, com vistas à realização de insondáveis escopos metajurídicos¹¹.

Adepto à teoria do processo como relação jurídica e de seus desdobramentos conjecturados pela Escola Paulista de Processo da USP, José Roberto dos Santos Bedaque (2010) sustenta que “*cabe ao processualista dizer em que medida a violação da técnica pode ser relevada*”, de modo a afastar armadilhas e empecilhos dos quais considera o processo repleto. Segundo o autor, o processo, visto sob espectro instrumentalista e teleológico, se destina a eliminar a “*situação patológica de direito material*” e a “*obter a pacificação social*”, o que justifica que “*formalismos inúteis*” sejam desconsiderados “*sempre que os objetivos possam ser conseguidos independentemente deles*” (BEDAQUE, 2010, p. 76-92).

À clássica concepção instrumentalista se somam propostas mais recentes que buscam, pela sofisticação do discurso e pelo velamento dos significantes que emprega, dissimular a defesa do arbítrio judicial. Hermes Zaneti Júnior (2007) não hesita em se declarar adepto do *processo constitucional*, mas busca, sob tal epígrafe, extrair do Estado Democrático de Direito uma *nova racionalidade* que se caracterizaria pela exigência de maior atividade criativa do juiz. Zaneti apregoa um certo *modelo constitucional de processo* centrado na permeabilidade das cláusulas abertas aos valores constitucionais, os quais são captados pelo juiz atento. Ao longo da obra de Zaneti, o intelecto do juiz sobressai como recinto onde se opera, de modo mítico, a constitucionalização dos conteúdos da lei, a partir de seu saber intangível pelos interessados. Logo, a despeito de valer-se da expressão *processo constitucional*, o autor não liberta o processo de uma função puramente instrumental da atuação dessa jurisdição almejada magnânima.

Deve também ser mencionada a concepção de processo *policêntrico*, formulada por Nicola Picardi (2008) em defesa do que denomina *ordem isonômica*. Segundo Dierle Nunes (2008, p. 212), o policentrismo processual, na proposta de Picardi, retira a centralidade de quaisquer dos sujeitos do processo, conferindo a estes a possibilidade de desenvolver seu específico papel, em uma dinâmica isonômica e dialética. A princípio, tal proposta parece coerente com o processo constitucional. Todavia, não se pode ignorar que o exame da obra de Picardi revela uma surpreendente dimensão por ele dada ao policentrismo.

Picardi (2008) toma por premissa de toda a sua obra a afirmação de que a jurisdição se situa *fora* da estrutura estatal e se destina, por desígnio de uma *Comunidade* imemorial, a

¹¹ O retrospecto histórico da teoria da relação jurídica vem traçado em LEAL, 2011.

fiscalizar os poderes estatais (legislativo e executivo) ¹². Porque fora do Estado e legitimado pela *Comunidade*, o judiciário é, para Picardi, capaz de conduzir o processo com absoluta isenção. Desse modo, a ideia de *ordem isonômica* é associada a um modelo *extra-estatal* de processo em que o tribunal tem "*o poder de estabelecer seus próprios modos de atuar*" (PICARDI, 2008, p. 59). É essa a concepção ideal de jurisdição e processo concebida por Picardi e que este se propõe a resgatar.

Segue o autor explicando que a ruptura com a *ordem isonômica* operou-se com a assunção, pelo soberano, da tarefa de elaborar leis em matéria processual. A partir de então, ter-se-ia instalado uma *ordem assimétrica*, combatida com veemência por Picardi (PICARDI, 2008, p. 33-126) ¹³. Sustenta ele que a retomada da *ordem isonômica* deve ser promovida a partir do *contraditório participativo*: as partes abandonariam a luta travada pela contraposição mecânica de teses para assumir um dever ético de auxiliar o juiz a decidir com *equidade*, tarefa por este realizada pela ativação de seus amplos poderes discricionários (PICARDI, 2008, p. 127-144)¹⁴.

Percebe-se, na obra de Picardi, a persecução de uma justificativa histórica para a atribuição de discricionariedade ampla aos juízes na condução do processo, cuja instrumentalidade se consagra pela apropriação do contraditório como "*instrumento de operação do juiz*" (PICARDI, 2008, p. 142). Precisamente o contraditório – aquele primeiro traço distintivo que, conforme trazido por Fazzallari (2006), desencadeia a democratização das teorias do processo – é repentinamente alvo de cooptação linguística que o converte em elemento subserviente à jurisdição. Culmina-se por desvelar, na obra de Picardi, uma teorização que legitima o manejo livre do processo pela autoridade à qual serve¹⁵.

¹² Picardi opõe-se à afirmação de Luhmann no sentido de que hipertrofia dos poderes do juiz traduz a capacidade endógena autoequilibrante do sistema de deslocar os problemas decisórios para a esfera que, em dado momento, apresente melhores condições de solução. Para Picardi, esse raciocínio "*termina, em definitivo, por englobar o juiz no aparelho estatal e colocá-lo, desse modo, em uma posição naturalmente subordinada em relação aos poderes representativos*" (PICARDI, Nicola, 2008, p. 32).

¹³ Segundo o autor, o marco instaurador da *ordem assimétrica*, caracterizada por um "*processo elaborado com base na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática*" (p. 66), é o *Code Louis* de Luís XIV, o primeiro soberano "*a reivindicar definitivamente para si o monopólio da legislação em matéria processual*" (PICARDI, 2008, p. 71).

¹⁴ As considerações de Picardi sobre a atuação interpretativa e criativa dos juízes, por meio de poderes que ora lhe autorizam a desvendar "*elementos racionais imanentes no ordenamento*", ora lhe relegam "*toda a valoração*" (PICARDI, 2008, p. 19), têm seu viés autoritário inteiramente exposto no confronto com LEAL, 2010. A noção de uma construção de significados que se desenvolva pela colocação do juiz ante o interpretante com exclusividade cognitiva confirma, se algo, a vocação da teoria de Picardi para solidificar o modelo antidemocrático de jurisdição, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

¹⁵ Em razão dessas colocações, não parece possível aderir à proposta de Dierle Nunes no sentido de que a comparticipação e o policentrismo, nos moldes em que formulados por Picardi, constituem "*horizontes para a democratização processual civil*" (NUNES, 2008, p. 201-251). Eventual aproveitamento de tais termos depende de sua ressemantização em bases democráticas.

Quaisquer dessas propostas que objetivam justificar a *flexibilização* do processo a partir de uma suposta necessidade de acentuação dos poderes do juiz com vistas à realização de finalidades extra-sistêmicas, como a justiça e a paz social¹⁶, ocupam-se, direta ou dissimuladamente, da supressão do caráter de incambialidade de garantias fundamentais. O processo, em lugar de assegurar a proteção dos direitos fundamentais, torna-se mero palco do protagonismo judicial – essa “*atividade de manufaturação arbitrária do direito*” (BRÊTAS, 2010, p. 122-123) cuja redenção, assombrosamente, alguns pretendem pela crença de que possa ser *sadia*¹⁷.

Lenio Luiz Streck (2011) adverte para impossibilidade de concretizar a democracia por meio desse processo instrumental, conduzido pelo *sujeito solipsista* – “*essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir*” – que molda o procedimento de acordo com as especificidades da situação captadas por seu bom senso e assenta em suas *sensações* o elemento central da atividade decisória (STRECK, 2011, p. 221-225). E é enfático: “*discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia*” (STRECK, 2011, p. 238).

Também Brêtas (2010) é categórico ao afirmar a incompatibilidade do protagonismo judicial orientado por um *ideal de justiça* com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito:

[...] devem ser energeticamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud [...] (BRÊTAS, 2010, p. 120).

Trata-se de reafirmar que a proteção dos direitos fundamentais somente é possível por um procedimento que se institua e se desenvolva sob a rigorosa disciplina principiológica do processo constitucional. Juízo natural, contraditório, ampla defesa, fundamentação racional da decisão e garantia contra dilações indevidas do tempo do procedimento apresentam-se como

¹⁶ A investigação científica do Direito deve por em dúvida apelos ideológicos e utilitaristas. Como explica Luís Roberto Barroso, “*as doutrinas jurídicas dominantes normalmente deixam de lado o papel desempenhado pela ideologia, tanto do legislador quanto do intérprete da lei. Esse silêncio nada mais é do que um compromisso com o status quo. [...] O direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social.*” (BARROSO, 2009, p. 247)

¹⁷ José Renato Nalini (2006), por exemplo, faz defesa convicta de um *protagonismo judicial sadio* desenvolvido pelo juiz a partir de seu subjetivismo e convicções ideológicas, pois “*a lei contemporânea é algo imperfeito e de que a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiça é o intelecto do juiz*” (NALINI, 2006, p. 269).

garantias que, compreendidas como comandos dirigidos aos órgãos jurisdicionais, mostram-se indispensáveis à legitimidade democrática do exercício do ato de poder em que se consubstancia a decisão judicial.

4 A SUPERAÇÃO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL: DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO CONCRETA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Apesar da nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988, o Estado brasileiro ainda opera em bases autocráticas, pois, na prática dos tribunais, permite a subsistência de um modelo de jurisdição assentado na atuação discricionária do juiz. Vicente de Paula Maciel Júnior (2009) explica que quando “*o sistema de aplicação do direito nega ao texto constitucional seu caráter inovador*”, ocorre a “*cooptação da norma nova pelo sistema vigente*”, fenômeno ao qual denomina “*interpretação amortizante do sistema*” (MACIEL JÚNIOR, 2009, p. 294).

A permissibilidade em relação a decisões judiciais que manejam o procedimento conforme a conveniência do juiz promove a gradativa imunização do caráter inovador da disciplina principiológica normativa adotada pela Constituição de 1988 como pilar estruturante do processo. Consolida-se uma hermenêutica “*em que se permite que as decisões sejam contra as partes, mas sempre a favor do sistema vigente*” (LEAL, 2002, p. 54).

Decisões de tribunais que insistem em prestigiar o subjetivismo do decisor a partir da pressuposição de um “*suposto privilégio seletivo de cognição*” (BRÊTAS, 2010, p. 139) apoiam-se firmemente em dois discursos que reclamam pronto enfrentamento com vistas à implementação concreta do Estado de Direito Democrático no Brasil.

O primeiro discurso refere-se ao equivocado dimensionamento do princípio da celeridade, no qual o ataque à morosidade tem sido canalizado, preponderantemente, para o incremento puro e simples da velocidade de produção das decisões, sufocando debates fundamentais. Na visão prevalentemente instrumental do processo, a prevenção de qualquer causa de retardamento justifica a abreviação do procedimento por meio da supressão ou modulação de garantias processuais, sempre com o objetivo de permitir ao juiz potencializar a produção de resultados úteis do processo. Nessa perspectiva de vulneração do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, a proteção aos direitos fundamentais é certamente comprometida.

Brêtas propõe que o combate a esse discurso depende do deslocamento do eixo de análise da morosidade judicial: em lugar da prática de atos processuais, a problematização deve recair sobre a inobservância dos prazos processuais pelo Estado, pois esta gera “*longos espaços temporais de completa inatividade procedimental*” no curso do processo (BRÊTAS, 2010, p. 153-158). A diminuição das garantias processuais constitucionais em nome de uma “*jurisdição-relâmpago*”, de contornos antidemocráticos e arbitrários, deve dar lugar à persecução do *tempo procedimental adequado*, isto é, a adequação temporal da jurisdição por meio da observância do princípio da legalidade e da racionalidade prática da movimentação processual (BRÊTAS, 2010, p. 153-158).

Deve-se observar ainda, sob o ângulo da organização judiciária, que a inércia estatal em promover a reestruturação do serviço judiciário representa o descumprimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Este princípio (inc. XXXV, art. 5º, Constituição Federal) proclama não apenas um direito fundamental de acesso do povo ao espaço processualizado, mas, também, um comando dirigido ao Estado, no sentido de organizar-se de modo a remover empecilhos aos adequado exercício desse direito¹⁸.

O segundo discurso que subjaz à replicação do modelo de jurisdição desafeiçoado do processo constitucional associa-se à aceitação de uma posição tutelar assumida pelo Estado em relação à população, afeita ao Estado Social e não ao Estado Democrático. Em uma dinâmica perniciososa, o *povo* permeia o discurso de justificação do poder, por meio da soberania popular, mas tem seu papel ativo na construção da democracia negado sob pretexto de *falta de maturidade ou preparo* para tomar parte em questões relevantes. Estabelece-se, com isso, o que Nadia Urbinati denomina “*paradoxo da visão instrumentalista da representação*”: o Estado, “*por um lado, refere-se à opinião do povo como a fonte de legitimidade e, por outro, sustenta que os representantes tomam decisões boas e racionais conforme se protegem de uma ‘opinião popular sempre manipulável’*” (URBINATI, 2006, p. 204).

A iconização integra essa dinâmica como elemento que se presta a unificar a população heterogênea de modo a possibilitar que, por meio do monopólio da linguagem, a vontade do povo seja manejada pelos detentores do poder, a despeito de quaisquer contradições sociais. Conforme esclarece Friedrich Müller:

[...] a iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ [...] a

¹⁸ Essa abordagem ancora-se na premissa de que Estado e povo encontram-se em nível de igualdade institucional perante a Constituição, uma vez que “*a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional*” (LEAL, 2011, p. 36-37).

população, em mitifica-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – “notre bom peuple”. (MÜLLER, 2003, p. 67)

A redução do povo a recurso semântico de justificação do exercício do poder reverbera no exercício da jurisdição. Nesta, o Estado, personificado no juiz, apresenta-se como tutor infalível, capaz de apreender o que é bom e útil para as partes. As operações hermenêuticas se desenvolvem em um recinto privilegiado, não é acessível às partes: a consciência do juiz. A este, na posição de condutor monológico do processo, permite-se formular juízos quanto à conveniência do exercício do contraditório e da ampla defesa, dos quais as partes são comunicadas por pronunciamentos judiciais que lhes informam de que modo devem proceder para fornecer ao juiz elementos que *inspirem* sua decisão. *O juiz é o (único) destinatário da prova; o juiz não está obrigado a responder a todas as questões; o juiz decidirá com equidade* – são jargões que põem em movimento um procedimento no qual a argumentação e a produção de provas somente importam na medida em que sirvam a essa jurisdição encaminhadora dos destinos humanos.

É preciso, pois, reformular, sob perspectiva democrática, o significado de povo como fonte e destinatário de todo o poder.

Brêtas (2010) define povo como *“a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres”* e, enfaticamente, afirma que *“no Estado Democrático, o povo pode e deve exercer participação ostensiva e preponderante na resolução dos problemas e questões nacionais [...], principalmente, por meio do processo constitucional”* (BRÊTAS, 2010, p. 59 e 64).

Em superação à dimensão icônica do povo, André Del Negri (2008, p. 32) constrói a noção de povo processualmente legitimado a decidir dialogicamente o conteúdo da liberdade. Seus estudos o conduzem à defesa da verificabilidade da legitimidade das leis pela via plebiscito/referendo, proposta que implementa ditames do processo constitucional no âmbito do processo legislativo (DEL NEGRI, 2009, p. 48).

No âmbito jurisdicional, a fundamentação racional das decisões é garantia cuja observância é indispensável à ruptura com o padrão de atuação solipsista do juiz. O dever jurídico dos órgãos jurisdicionais de motivar seus pronunciamentos conecta-se ao contraditório pela obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes. O desdobramento do contraditório no *“trinômio informação-reação-diálogo”* evidencia, pela inserção do último elemento – diálogo – o dever do juiz de analisar e levar em consideração as alegações e provas produzidas pelas partes (BRÊTAS, 2010, p. 93-102).

Por meio da conexão entre dever de fundamentação das decisões e contraditório, o juiz, em lugar de conduzir o destino das partes conforme seu senso de justiça, assume a tarefa de explicitar os termos da resolução analítica da questão submetida à jurisdição. A argumentação travada pelas partes, em lugar de elemento posto à disponibilidade da consciência judicante, torna-se a fonte de formação da decisão, elevando os destinatários desta a sujeitos capazes de influir significativamente no acertamento sobre seus direitos fundamentais. A exposição clara dos fundamentos decisórios também possibilita a recorribilidade e o controle de constitucionalidade da decisão, porque torna possível a verificação da conformidade de seu conteúdo com as disposições constitucionais e legais.

Tem-se, em síntese, que, como manifestação do poder do Estado, a função jurisdicional somente pode ser exercida dentro da estrutura constitucionalizada do processo – única capaz de permitir ao povo o controle e fiscalização do ato estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetiva proteção de direitos fundamentais somente se viabiliza quando direito e democracia se fundem na mesma principiologia constitucional e se tornam, a partir de então indissociáveis. Essa indissociabilidade significa que, uma vez amalgamados no plano teórico-constitucional, direito e democracia não podem ser desconectados por uma prática jurisdicional voltada para a realização de desautorizadas ilações acerca do princípio da efetividade.

O Estado Democrático de Direito não é apenas um termo de efeitos retóricos, mas um princípio que reclama vigência permanente. Exatamente por isso, o processo constitucional, como sistema de garantias processuais que preordenam a prática de quaisquer atos de poder, mostra-se indispensável à proteção de direitos fundamentais, prévia e devidamente desvestidos da aparência de beneplácitos do Estado. Compete a qualquer um do povo, em igual nível institucional perante o Estado – eis que *todos* se encontram igualmente submetidos à Constituição – discutir o conteúdo de tais direitos e questionar a compatibilidade do exercício do poder com os ditames constitucionais.

Conclui-se que, sem o processo constitucional, não há viabilidade de implementação concreta do Estado Democrático de Direito. É justamente essa percepção que exige uma urgente reforma processual – não de textos de Códigos, mas de teorias e posturas – capaz de

assinalar o compromisso inderrogável do Estado e seus agentes com a concretização da ordem jurídica constitucionalizada.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANDOLINA; Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2 ed. ampl. Torino: Giappichele Editore, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo 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; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. *Intepretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002

BRASIL. Ato institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil (1939). Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de processo civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Imperio do Brazil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em 20 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o37.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1969). *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>, acesso em 27 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20 jun. 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos*. 2 ed. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*, PUC-MG, v. 9, p. 89-100, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2011.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 293-312.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5 ed. revista e ampliada. Tradução Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental de democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

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

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Tradução do autor. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. (Col. Reinventar a emancipação social para novos manifestos) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

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

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? In: *Revista de cultura política – O futuro da representação*. São Paulo: Lua Nova, 2006. Vol. 67, p. 191-228.

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