

O PROCESSO CIVIL ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

CIVIL PROCESS AS AN INSTRUMENT FOR DOING DEMOCRACY

Lorena Neves Macedo¹

RESUMO

Vivemos tempos de questionamento da democracia, em decorrência da descrença na democracia representativa. Nesse sentido, o presente trabalho pretende abordar o processo como uma das formas de realização da democracia, além do tradicional modelo representativo. Para atingir seu escopo, aborda inicialmente os conceitos de democracia em sentido formal e democracia em sentido material. Neste último modelo, que não se prende a formas pré-concebidas, identifica como paradigma básico a dignidade da pessoa humana, a qual orienta a busca por outras maneiras de se realizar a democracia, desde que se cumpra o requisito material de promoção da dignidade humana. Concentra-se o estudo, em seguida, no fenômeno da constitucionalização do processo, especialmente do processo civil, o qual trouxe, dentre outras modificações metodológicas, o direcionamento à satisfação da dignidade da pessoa humana, conduzindo a solução da crise de efetividade do processo através da garantia da tutela efetiva do direito material. Ademais, confere destaque à ideia de legitimidade que deve possuir o processo, porque conexas ao ideal democrático, apontando-se como critérios a universalidade do acesso à justiça, a proteção dos direitos fundamentais, a valorização da coletividade, as limitações ao arbítrio do magistrado e a efetiva participação das partes no processo, num mecanismo dialético e racional de formação da decisão. Aproximam-se, assim, os objetivos do processo aos do ambiente democrático, pelo que se enxerga o processo como método refinado de participação democrática - utilizando-nos da terminologia da melhor doutrina – e o Poder Judiciário enquanto enraizado no princípio da soberania popular.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Democracia em sentido material; Constitucionalização do direito; Processo Civil; Instrumento; Legitimidade.

ABSTRACT

We live times that question the democracy, as a consequence of discredit on representative democracy. In this way, the present study intent to approach the process as a way for doing democracy, beyond the traditional representative model. For getting to your objective approaches, at first, democracy in a formal and material conception. In the last model, which is not connected with pre-conceived forms, identifies as a basic paradigm the human dignity, that orients searches for new ways for realizing democracy, as long as fulfilled the requirement of observing human dignity. Concentrates the study, then, on the law constitutionalization phenomenon, especially about its influence over civil process, that brought, despite other methodological modifications, the observance on satisfying human dignity, conducing the solution of process effectivity crisis beyond the guaranty of effective tutelage of material right. Although, guives highlights to the idea of legitimacy that the

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – PPGD/ UFRN.

process must have, because connected with democratic ideal, pointing as criteria the universal access to justice, protection of the fundamental rights, valorization of collectivity, limitation of the judge will and effective participation of parts in process, in a dialectic and rational mechanism of decision formation. Get close, then, the objectives of process and the ones of democracy, about what we can see the process as a refined method of democratic participation and the Judiciary as rooted in the principle of popular sovereignty.

KEYWORDS: Democracy; Material democracy; Law constitutionalization; Civil process; Instrument; Legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

O processo civil passou por consideráveis mudanças metodológicas e paradigmáticas nos últimos tempos, como decorrência da evolução da ciência processual, especialmente após as contribuições dos influxos da ordem constitucional nas diversas províncias jurídicas.

A democracia, por sua vez, vem sendo constantemente revisitada, tentando-se demonstrar alternativas ao seu modelo representativo, que desperta insatisfações significativas no meio acadêmico e entre os populares. A viabilidade de tais alternativas renova a justificativa de adoção do modelo.

Aparentemente, poder-se-ia pensar numa dificuldade de relacionar de imediato os dois fenômenos sócio-políticos. Todavia, em uma análise mais aprofundada, pode-se perceber que ambos possuem mais do que se imagina em comum, numa referenciação mútua bastante produtiva e contributiva ao desenvolvimento do ambiente social.

Pretende o presente trabalho, assim, oferecer uma nova perspectiva de enxergar o fenômeno processual: através das lentes da democracia. Entende-se o processo, aqui, como um dos canais para manifestação de uma democracia participativa, alternativa à representatividade.

Para esse fim, perpassa-se pelas concepções formal e substancial de democracia, fruto de evolução dos modelos políticos no tempo, embora sempre coabitáveis num mesmo sistema, apresentando-se posteriormente o contexto que desmascara a falência do modelo representativo nos dias atuais.

Em seguida, expõe-se o caminho percorrido pelo processo ao passar pelas grandes mudanças de paradigma sofridas e como pode ser aproximadamente delineado atualmente.

Por fim, apresentam-se os critérios através dos quais se pode atribuir ao processo essa importante função diante da idéia democrática, a que mais abriu espaço, até hoje, para a realização de direitos fundamentais.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA

A conceituação de democracia é tarefa delicada, dependendo da época e contexto político estudado. De maneira mais didática, aponta-se que pode ser entendida em duas perspectivas, quais sejam, formal ou explícita e material ou implícita, isso em relação à manifestação no sistema organizacional de um Estado e quanto à substância dos atos de governantes, respectivamente.

Destaque-se, desde já, que é possível associar à segunda idéia uma noção mais evoluída de democracia, aliada às difundidas concepções iluministas de Estado de Direito. Identificar-se-ão, portanto, no estudo das concepções a seguir, diferentes vieses políticos.

Ademais, é oportuno ressaltar a importância que assume a idéia de legitimidade no âmbito da democracia, o que será verificado ao longo das passagens pelas ideias acerca das formas de manifestação da democracia. Isso porque, como afirma Fleiner-Garster, diferentemente daquele que fundamenta o poder por meio de uma autoridade transcendental, aquele que funda o poder sobre o povo, ou seja, legitima-o de modo secular, deverá forçosamente apresentar justificativas, responder por que o povo tem o direito de legitimação, necessitando de buscar os fundamentos dessa legitimação.² Perceberemos que está a legitimação além da própria autodeterminação, encontrando-se essa, na verdade, em um fundamento ético.

2.1 A DEMOCRACIA EM SENTIDO FORMAL

Quanto à democracia formalmente considerada, é possível compreendê-la enquanto sistema de organização política no qual a direção geral dos interesses coletivos – seu grande enfoque - compete à maioria do povo – característica majoritária que lhe foi associada desde as grandes democracias do mundo Antigo: helênica e romana. E isso é feito, formalmente, mediante convenções e normas jurídicas.³

Assim, em virtude de se ter como objetivo central a realização da vontade de uma massa personalizada, tal é feito, na atualidade de numerosas massas, mediante a investidura de representantes no poder. Trata-se nesse contexto, portanto, do que se denomina democracia representativa, a qual toma por base os princípios da temporariedade e eletividade de

² FLEINER-GARSTER, Thomas. Teoria geral do estado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³ MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

representantes para o desempenho das funções legislativa e executiva. Diferentemente, contudo, ocorria nas já referidas civilizações grega e romana da Antiguidade - onde a democracia era operacionalizada através da participação direta dos próprios cidadãos interessados, aos quais se concedia a palavra em grandes assembléias, modelo que se chama de democracia direta.⁴

2.2 A DEMOCRACIA EM SENTIDO MATERIAL

Quanto ao sentido substancial, a que a doutrina confere maior destaque, a democracia pode ser compreendida como um ambiente ou uma ordem constitucional, baseada no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

É possível associar tal modelo democrático aos referenciais da Ilustração, que entendiam como democracia a proteção dos direitos do cidadão.

Nesse sentido, busca o doutrinador americano Charles Merriam definir diretrizes para o delineamento mais preciso desse ambiente, enumerando vários postulados essenciais, a saber: a dignidade da pessoa humana e a importância de se lhe dispensar tratamento fraternal, não discriminativo; a perfectibilidade do homem e a *confiança nas suas possibilidades* latentes, em contraposição à doutrina de castas rígidas, classes e escravidão; as conquistas da civilização consideradas como conquistas das massas; a confiança no valor da *acquiescência dos governados*, cristalizada em formas institucionais, como fundamento da ordem, da liberdade e da justiça; a legitimidade das *decisões tomadas por processos racionais*, com o consenso de todos e refletindo normalmente resultados de debates livres e tolerantes, em lugar da violência e da brutalidade.⁵ Note-se a valorização do elemento humano digno e participante, bem assim dos processos de cognição racionalmente aferíveis – sem qualquer justificativa transcendental -, todos ligados a situações eminentemente pragmáticas, à realidade do governo. Identificam-se, respectivamente, o fim maior da democracia em

⁴ A título de ressaltar, desde os tempos Antigos a dificuldade de operacionalizar a realização da vontade do povo era reconhecida, sabendo-se que Aristóteles, como relata Sahid Maluf em sua obra já referenciada, entendia que o número de cidadãos deveria ser limitado – antes, a dois mil e, em momento posterior de suas obras, a cinco mil pessoas -, utilizando-se como critério de quantos cidadãos seriam suportáveis para o modelo direto até mesmo o alcance máximo da voz do orador. Ainda assim, é cediço que, na democracia grega, concebia-se uma vontade geral bastante relativa, baseada apenas nos homens e não escravos. Mas, atualmente, também não se foge dessa realidade democrática amostral, quando se considera, dentre uma população efetiva de dez milhões de habitantes, apenas um sexto ou dez milhões de votantes. Essa espécie de seleção, de natureza cultural, é vista com bons olhos por alguns estudiosos como Aristóteles e Montesquieu, que enxergam na “ditadura do número”, baseada tão somente no critério quantitativo, porém de massas alienadas e personalistas, uma distorção da democracia em demagogia.

⁵ MALUF, Sahid. Ob. Cit.

perspectiva material - e do Estado que a realize –, que é a valorização da dignidade da pessoa humana, bem como o parâmetro dos instrumentos que se possam utilizar para tanto – o atendimento ao discurso racional.

Depura-se dessa idéia a noção de legitimidade estatal sugerida pela democracia em sentido material: a decisão estatal somente estará legitimada mediante a obediência a tais duas grandes concepções, ligadas à realização da dignidade da pessoa humana e à valorização de discursos racionais de motivações acessíveis a quem interessem.

Diante do sentido substancial apresentado, pode-se afirmar a possibilidade de inexistência de um ambiente democrático em sociedades que funcionem com base num sistema organizado com vistas a, simplesmente, conferir voz à maioria. Assim é que, mesmo longe de uma prática no sentido materialmente democrático, muitos governos em verdade totalitários se autodenominavam democráticos, como o Império Napoleônico, o nazismo de Hitler, o fascismo de Mussolini, o salazarismo, o totalitarismo de Stalin, o Estado Novo de Getúlio Vargas entre outros - todos eles, invocando uma falseada vontade da maioria, porém sem cumprir os ditames da valorização da dignidade humana ou do discurso racionalmente verificável.

A inobservância do conceito material de democracia também se encontra em modelos atuais de governo, quando se tem, na realidade, um corpo de eleitores sem consciência política formada ou integridade cultural, contribuindo para a formação de uma vontade majoritária fictícia – serviente à satisfação apenas da democracia em sentido formal -, já que politicamente manobrada pelos dirigentes estatais com motivos escusos, que estão muito distante de representarem e protegerem os interesses dos próprios votantes. Nesses modelos, por evidente, a realização da dignidade da pessoa humana fica inteiramente ameaçada, em face de escolhas racionalmente prejudicadas feitas pelos eleitores pouco instruídos – que se baseiam em motivos pouco conscientes - ou, ainda, pela inexistência de espaço para discursos e motivações transparentes das decisões políticas por parte dos representantes eleitos. Tal discussão será retomada, por oportuno, em tópico próprio para tanto.

Em suma, diante de ambas as concepções apresentadas, pode-se observar que a democracia sugere um sistema político que não está necessariamente vinculado a um específico modelo sócio-econômico.

3 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE DEMOCRACIA E DA CONCEPÇÃO DE LEGITIMIDADE

3.1 A SUPERAÇÃO DO MODELO REPRESENTATIVO

A democracia representativa encontra sua viabilidade ameaçada nos dias atuais, em virtude da distorção do que se compreende por poder popular, visivelmente ludibriado de forma sistemática.

Retomamos, nessa oportunidade, discussão brevemente anunciada em tópico anterior acerca da inviabilidade do modelo representativo quando se trata de uma “ditadura de números” sem qualquer maturidade cultural e política por parte da maioria, que, por sua vez, muito se distancia da crítica efetiva à realidade.⁶ A contrário senso, portanto, observe-se que a integridade da democracia está diretamente preservada enquanto houver qualidade e inteligência do corpo eleitoral, realidade que não ocorre atualmente em inúmeras democracias ao redor do mundo.

Consoante já afirmado anteriormente, é possível que a democracia se apresente apenas formalmente, desvirtuando-se em seus fins, substancialmente, de assecuração do bem comum.

Assim também compreende Paulo Bonavides, para quem o povo dos países em desenvolvimento conserva a forma e não a substância do poder democrático e republicano. Para o doutrinador, padece o poder popular de um ludíbrio ante aos órgãos legislativos, os quais, pelo que já expusemos, deveriam funcionar como canal natural de exposição da vontade da maioria, ainda que simbólica. Identifica o mesmo autor essa deficiência manifesta nos vícios eleitorais, na propaganda dirigida, na manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante que os subornou, bem como as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo, a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas.⁷

Ademais, ressalta Bonavides que o baixíssimo grau de legitimidade dos sistemas de “ditadura dissimulada” da América Latina, com mandatos que apresentam excesso de continuidade e renovação, certifica a farsa do sistema. Os líderes de tais governos, assim, dissimulam o seu poder em vestes constitucionais em países nos quais, em verdade, um totalitarismo do capital governa.⁸

3.2 MÉTODOS DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO ALTERNATIVA AO MODELO REPRESENTATIVO

⁶ Ver nota de rodapé n. 2.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸ *Idem.*

Diante da anunciada falência do modelo representativo, deve-se questionar quais seriam as maneiras alternativas de se garantir o saudável funcionamento da democracia.

Existe, entre as alternativas, uma novel discussão sobre a viabilidade de uma democracia direta ante os grandes avanços tecnológicos na área da comunicação. Contudo, não pretende o presente trabalho se aprofundar nessa dialética, por não se tratar de seu objeto de estudo.

A democracia participativa consiste na outra opção, constituindo objeto de enfoque do presente trabalho. Esse modelo aproxima a sociedade da arena decisória. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas – ONU – definiu em seu relatório sobre o Índice de Desenvolvimento Humano de 2000 uma nova forma de se entender a democracia, com enfoque na organização da sociedade.⁹ Incentiva, assim, a fuga às formas elementares e tradicionais de se compreender a democracia.¹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro atual, temos algumas formas de participação popular direta, mediante a iniciativa de lei, o referendo e o plebiscito.

Nesse contexto é útil salientar a distinção feita por Peter Härbele entre democracia do cidadão e democracia popular. Entende aquela mais realista do que esta última, por estar a democracia do cidadão mais próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Pelo que entende existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo linear de pensar a respeito da concepção tradicional de democracia. Sua proposta específica, a título de ilustração, é contribuir com a realização da democracia mediante o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais, a fim de se promover uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como expressão máxima de legitimidade democrática. Reforçamos, aqui, que a concepção mais avançada de democracia está ligada à substancialidade da ação do governante, embasada sempre na garantia de direitos fundamentais – enquanto que a concepção tradicional confere enfoque à mera formalidade da estrutura política.

A pretensão do presente trabalho é demonstrar, a partir do próximo tópico, como o processo também poderia ser considerado como uma forma de dar vazão ao essencial funcionamento da democracia e como se daria a legitimação a partir dessa concepção.

⁹ Como resultado da organização social podemos citar as organizações não-governamentais, as associações, os orçamentos participativos, tais como o exemplo de Porto Alegre em 1989.

¹⁰ Informação extraída do sítio eletrônico da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, na página: www.al.sp.gov.br/web/instituto/democrac.htm.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E A MUDANÇA DE PARADIGMA EM DIREÇÃO A UMA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA

A constitucionalização do direito é fenômeno que se espraia cada vez mais pelas diversas províncias jurídicas.

Possui o fenômeno jurídico em questão como uma de suas mais notórias manifestações, portanto, a invasão, ou irradiação, das Constituições nas mais diversas províncias jurídicas. Essa aproximação da Constituição em relação às várias áreas do direito cria diversas conseqüências em cada uma delas.

O fenômeno da constitucionalização do direito representa, assim, uma virada metodológica, que, ademais de posicionar a Constituição no centro do ordenamento jurídico, confere-lhe plena força normativa.

No tocante à ciência processual civil, é possível confirmar o reconhecimento de novos paradigmas, focados na efetividade do processo e na tutela do direito material, os quais modificaram radicalmente seu rumo, desde uma leitura moral da constituição até uma problematização conseqüente, consistente numa teoria discursiva da produção da norma de decisão.

É interessante observar, desde já, que isso está inserido em um contexto de reflexo das exigências sociais, concebendo-se, assim como já consolidado na doutrina, a historicidade dos sistemas jurídicos – tanto na seara da teoria do direito quanto na área da filosofia jurídica. Assim, essa construção metodológica trazida pela constitucionalização do direito vem como resposta à sociedade existente após as duas grandes guerras e sobrevivente aos regimes totalitaristas, muito bem resguardados pelo positivismo codicista anterior. As entidades mais expressivas da novel experiência econômica de então – diga-se, mais ceticamente, mercadológicas em boa parte -, cuja força não se pode ignorar, possuíam exigência de isonomia, na mesma direção que a sociedade já mencionada, pelo que respondeu com mudanças a estrutura jurídica do Estado.

Em resposta, tem-se uma nova teoria constitucional, que irá beber muito mais da fonte da realidade do que dos gabinetes de teóricos hermeticistas e até mesmo de práticos arbitrários. Em conseqüência se gera a preocupação de uma maior eficácia, aplicabilidade, das

previsões normativas e das construções doutrinárias que vêm em auxílio às lacunas naturais do tecido normativo.¹¹

A invasão do Direito Constitucional na seara processualística, assim, gera uma elevação do processo ao nível constitucional. Isso ocasiona a necessidade de traduzir uma teoria constitucional do processo que se produz, ou seja: evidenciar seus pontos de partida, seus paradigmas.

Valendo-nos das lúcidas reflexões de Ivo Dantas, são os novos paradigmas acima anunciados os seguintes aspectos: necessidade de tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme os parâmetros novos de busca da eficácia mencionados anteriormente – posicionando a pessoa e sua condição de humana como centro, como referência, início e fim, das relações jurídicas em geral; imutabilidade, pela característica pétrea constitucionalmente, de tais direitos; todo o elenco de direitos previstos constitucionalmente visaria a garantir uma prestação jurisdicional efetiva – mais uma vez, o parâmetro da eficácia na virada metodológica; com vistas a desafogar o Judiciário, como meio para alcançar maior eficácia na função jurisdicional, uma maior presença do instituto da substituição processual; a criação de institutos processuais que foquem na celeridade da prestação jurisdicional sem comprometer direitos processuais básicos da parte contrária – a exemplo da tutela antecipada e liminares em geral; ainda com o mesmo objetivo, a criação de súmulas impeditivas de recurso e súmulas vinculantes; o acesso restringido aos Tribunais Constitucionais por meio de crivos como a repercussão geral; a consagração do princípio da isonomia processual formal, pois onde a lei prefere um tratamento isonômico material já existe a previsão expressa.¹²

E os fundamentos dessas diretrizes metodológicas nós os encontramos diretamente na Lei Maior, que funciona como a linha racional orientadora da política estatal – e, portanto, garantidora - de que o processo resguardará efetivamente o direito material tutelado, mediante as previsões dos direitos fundamentais processuais, como efetividade processual, isonomia e razoável duração do processo – e mesmo os inferíveis sem registro escrito -, regidos, todos, pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana, paradigma-maior do Estado contemporâneo.

O aparato de realidade do Estado em torno dessa aparelhagem teórica fornecida pelos institutos jurídicos também deve funcionar de maneira sadia, sob pena de se inutilizar a

¹¹ Nessa passagem, nota-se a influência da Constituição nas relações políticas, anunciada por Ricardo Guastini, conforme exposto anteriormente.

¹² DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. In: o novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 315-376.

tecnologia disponível nessa constitucionalização do processo. Um sentimento de constituição, como afirma Pablo Lucas Verdú, ou uma vontade de constituição no entender de Hesse, necessitam de protagonizar a cena.¹³

Nesse cenário, é imprescindível destacar a ocorrência da crise de efetividade do processo como motor dessa mudança de paradigma. O procedimento padrão típico da sociedade liberaisca cultivadora da isonomia formal não condizia com a necessidade de tutelar os direitos recentemente admitidos, tanto individuais quanto da coletividade, os quais necessitavam de procedimentos diferenciados e, muitas vezes, de tutela célere quando se tratava da baixa resistência típica das classes menos favorecidas e do alto risco representado a certos direitos o simples passar do tempo, comum à própria evolução fisiológica do procedimento. Configurava-se, dessarte, o que se convencionou chamar de crise de efetividade do processo.

Os novos direitos emergentes, relativos à importância da coletividade e o novo patamar conferido à dignidade da pessoa humana, bem assim o alto posto em que se posicionaram os princípios, exigiam mudança de ares no processo civil.

Percebeu-se que a proteção jurisdicional predominantemente *sancionatória* - ou seja, só atuante após a violação do direito - faz com que o conteúdo da tutela seja *ressarcitório*, o que revela a preocupação do legislador com direitos exclusivamente *patrimoniais*. Para a nova categoria de direitos mencionada, sem conteúdo econômico imediato - tão ou, maioria das vezes, mais relevantes do que aqueles suscetíveis de conversão em valor monetário - a tutela ressarcitória é ineficaz, revelando-se imprescindível a previsão de tutelas preventivas e/ou urgentes, destinadas a impedir que o dano se concretize ou se torne mais grave.¹⁴

Um imperativo ético incorporado pelo teor dos princípios da efetividade e instrumentalidade das formas passou a nortear a modificação da ciência processual, que conserva seu caráter de investigação e aprimoramento, porém passa a se orientar pelo resultado que buscava o processo na transformação da realidade material.

Assim, o centro metodológico do processo se deslocou da *ação* para a *tutela jurisdicional adequada*, ou seja, o objeto dos trabalhos empreendidos seria o *resultado* da

¹³ *Apud* DANTAS, Ivo. *Idem*.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

atividade jurisdicional mediante o processo, não a própria relação processual – desencadeada mediante a ação.¹⁵ Fala-se, a partir daí, em *processo civil de resultados*.

Essa mudança de viés metodológico do processo civil fez com que os juristas deixassem a atenção demasiada conferida à precisão científica dos conceitos para se voltar ao seu lado externo, relativo aos resultados efetivamente justos que conseguia proporcionar. Passa o processo a ser enxergado, então, como um instrumento para a consecução dos direitos subjetivos, pelo que observa Dinamarco ser o direito processual, apesar de autônomo, permeável aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material.¹⁶

Tem-se, portanto, que o direito de ação, que antes – nas fases sincrética e autonomista do processo – significava a possibilidade de exigir sentença de mérito, qualquer que fosse seu resultado, passou a ser admitido como sendo o direito a uma *tutela adequada*.

Mauro Cappelletti, em obra conjuntamente escrita com Briant Garth em 1982, anunciou uma das importantes tendências que preenchem o conteúdo do processo civil de resultados, a qual deu nome à sua obra: o acesso à justiça. Ao longo do trabalho desenvolvido, os estudiosos exploram o *campo prático* em que atua o processo e se aventuram pela *ciência estatística*, de maneira inovadora, demonstrando a relação próxima e necessária entre o direito e a experiência prática.¹⁷ Identificam duas finalidades básicas ao sistema jurídico trazidas pela concepção de acesso à justiça, que são a acessibilidade universal ao sistema e a capacidade de o sistema produzir resultados social e individualmente justos, propondo-se a trabalhar com maior profundidade a primeira delas. Premissa considerada básica para tanto, e aí se identifica o momento histórico atual, é que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o *acesso efetivo*.

Dentro da constitucionalização do processo civil, destaque-se, ainda, a acentuação do viés político da função do Judiciário - que faz parte de um contexto anunciado pela democracia participativa e sua identificação com a atividade jurisdicional. Para Daniel Sarmiento, a abertura e indeterminação semânticas dos textos das normas – eminentemente principiológicas -, com o respectivo desenvolvimento da técnica da ponderação e o recurso ao

¹⁵ Não é excesso lembrar que a fase de que se trata é identificada como fase *instrumental* ou *teleológica*, revelando sua terminologia íntima conexão ideológica com o processo civil de resultados.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁷ Constatam os autores uma invasão “sem precedentes” nos tradicionais domínios do direito por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, apregoando que “não devemos, no entanto, resistir aos novos invasores; ao contrário, devemos respeitá-los e reagir a eles de forma criativa” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

princípio da proporcionalidade, fizeram crescer bastante a importância política do Judiciário.¹⁸

Nessa senda, para Paulo Bonavides, a democracia participativa propõe que o axioma da separação repousa agora numa distinção orgânica de poderes sobre pontos essenciais de valoração ao redor de um único princípio cardeal: o da unidade da Constituição – na forma, a unidade normativa da Constituição, com conseqüente garantia da segurança jurídica e estabilidade do ordenamento, e, na substância, a unidade espiritual da Carta Magna, em seus fundamentos invioláveis, impondo hierarquia.¹⁹

Nesse sentido, o ordenamento constitucional já não tem um fim apenas de segurança jurídica, senão também de justiça material, que se distribui na sociedade, em sua dimensão igualitária e incorporadora de todas as dimensões de direitos fundamentais.

5 O PROCESSO COMO MÉTODO REFINADO DE PARTICIPAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

É possível conceber, pelo até agora exposto, um diálogo entre o processo e o modelo democrático no sentido material. Inicialmente, nota-se como paradigma expressamente eleito por ambos a promoção dos direitos fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana - para o processo, diretriz essa herdada do fenômeno genérico de constitucionalização do direito. E tal correspondência é o que se pretende reforçar neste momento, como objetivo principal do trabalho.

Desde já, portanto, pode-se notar que o lastro de legitimidade do processo e do modelo democrático material consiste na realização dos direitos fundamentais através da participação.

Compreende-se como maneira mais básica de garantia da participação o amplo acesso à justiça, idéia decorrente das últimas viradas paradigmáticas do processo civil, consoante já exposto em momento anterior. Nas ideias originárias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a proposta inicial seria o acesso gratuito, como atualmente já institucionalizado no contexto brasileiro mediante as possibilidades do pedido de justiça gratuita e do acesso aos juizados especiais.²⁰

Todavia, o amplo acesso não corresponde tão somente à amplitude do direito de peticionar, senão também à entrega de uma solução efetiva pela atividade jurisdicional. Nesse

¹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 113-146.

¹⁹ Ob. Cit.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça.

sentido, a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni sobre significar o conteúdo desse direito o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva – expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição do Brasil –, compreendendo o direito a uma técnica processual adequada à tutela do direito material.

Assim, a dimensão do amplo acesso não se satisfaz, evidentemente, com o simples peticionamento. Deve-se observar a adequação procedimental, a qual deve se orientar, na lição de Marinoni, pela observância de uma dialética processual, de uma oposição de ideias das partes – correspondente à ideia de legitimidade do procedimento. Mas ideia de legitimidade do exercício do poder pressupõe, para o mesmo doutrinador, além da adequação procedimental, a *observância de direitos fundamentais* e a *efetividade da participação das partes*, considerando aspectos sociais que fazem parte da vida da pessoa em juízo – ambos como parâmetros de restrição das alegações do réu para adequação da tutela ao caso concreto, dadas as liberdades conferidas pelo legislador. Opõe Marinoni essa ideia à teoria da relação jurídica processual, na qual enxerga uma neutralidade imprópria às particularidades sociais, estas últimas, passagens obrigatórias do caminho da legitimidade.²¹

Em verdade, a neutralidade do esquema da relação jurídica processual, vai afirmar o mesmo autor, verdadeiramente *imuniza* o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do procedimento de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão. A legitimação pela participação, por sua vez, decorre da *efetiva* participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação sem outorgar às partes meios para praticá-la não promove legitimidade da decisão e do exercício da jurisdição – do poder.²²

A efetiva participação das partes, para o referido autor, compreenderia o direito de influir sobre o convencimento do juiz e a publicidade dos atos processuais e fundamentação das decisões. Consistiria, assim, em conferir às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre seus resultados, havendo a abertura para que demonstrem suas razões e se contraponha às razões da parte contrária. Ademais, a parte tem o direito de assistir às audiências e julgamentos, bem como exigir adequada fundamentação das decisões.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. São Paulo: Lumen Juris, 2007. P. 509-539.

²² Ob. Cit. A ideia de efetiva participação decorre do mesmo movimento que se preocupa com a efetiva tutela dos direitos, a saber, o processo civil de resultados.

Nessa senda, doutrina Artur Cortez Bonifácio que a legitimidade do Judiciário reclama decisões justas e adequadas aos princípios do processo, bem como requer imparcialidade e independência e uma ponderação razoável entre os valores da sociedade. Contudo, principalmente, deve refletir a garantia de realização dos direitos fundamentais, sendo isso um parâmetro para o que vai denominar de “justiça democrática e transparente”.²³

Por fim, merece destaque a afirmação de Marinoni no sentido de que o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo, assim, deve legitimar – pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima.

Nesse contexto, consideramos de singular importância a referência à concepção de democracia por Peter Häberle, referida com brevidade anteriormente desenvolvida a partir da sua teoria da interpretação aberta da Constituição, fruto da integração da realidade com o processo de interpretação.²⁴ Para Häberle, seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Tais influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o arbítrio da interpretação judicial. Entende essa idéia como uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. A unidade da constituição, segundo sugere, surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes – devendo-se desenvolver reflexões sobre a teoria da constituição e a teoria da democracia.

Na concepção de Häberle, no Estado constitucional-democrático, coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática e, no caso de sua tese, utiliza a teoria da democracia como base para fundamentação do processo interpretativo aberto enquanto critério de validade do sistema. Considera, assim, que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais – que seria a legitimação mediante eleições – até o último intérprete formalmente competente, que seria a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta como enxerga, desenvolve-se, em verdade, também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a

²³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2008.

²⁴ HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

realização de direitos fundamentais. Isso evidencia, mais uma vez, sob nossa ótica, a função democrática do processo, especialmente quando realiza direitos fundamentais, função que se tornou evidente após o fenômeno da constitucionalização do direito.

Afirma Artur Cortez Bonifácio que, quando as decisões do Poder Judiciário malferem o Estado Democrático de Direito, carecem de legitimação. Para ele, a Justiça Constitucional – parâmetro que ora estendemos a toda a atividade judicante – tem por condição de funcionamento a existência da jurisdição constitucional de juízes constitucionais, assim aqueles que façam dos valores e direitos fundamentais a sua profissão de fé. É-nos extremamente válida sua colocação sobre “duas verdades”, a saber: a de que, no sistema constitucional pátrio, o Poder Judiciário tem sua fonte no princípio da soberania popular, especialmente em decorrência de sua expansão pelas atividades de cunho político, sendo tal apresentada como segunda verdade, “sendo o órgão máximo da justiça brasileira, a um só tempo, político e jurídico”.²⁵

Ademais, complementando o raciocínio com as ideias de Härbel, a democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais. E essa dialética, com vistas a permitir a formação de um discurso racional, baseado na realização da dignidade da pessoa humana, é satisfeita pelo processo.

Assim é que ora consideramos o processo como uma maneira refinada de participação democrática. Isso em virtude de nele se promover a dignidade da pessoa humana através do referido debate e comunicação entre as partes, bem como com a realidade, com outros tribunais e, ao mesmo tempo, com o conhecimento advindo do povo e opinião pública e da ciência, como afirma Bachof.²⁶

Diante do exposto, é possível compreender o ambiente processual como modo de realização da democracia participativa, através tanto do acesso irrestrito ao processo quanto da produção de uma decisão judicial embasada em contato com a realidade e pautada na dialética, valorizando a participação dos interessados no processo, mas não apenas isso, tendo-se como essencial escopo tanto do processo quanto da democracia a valorização do elemento humano digno como parâmetro para a atuação dessa forma de participação processual que ora se propõe. Tal idéia é vivamente reforçada pela concepção do Poder Judiciário enquanto enraizado no princípio da soberania popular, como afirma a melhor doutrina.

²⁵ Ob. Cit. P. 291.

²⁶ *Apud* HÄRBELE, Peter. Ob. Cit.

6 CONCLUSÕES

Como se pôde perceber da exposição, o processo e a democracia encontram-se em harmonia quanto aos paradigmas que hoje elegem para se nortearem. Baseiam seus passos, basicamente, na realização do ideal humano, na dignidade da figura humana ante o Estado, sendo essa a linha utilizada, em consequência, para lhes mensurar a legitimidade – pois essa idéia é o que justifica seu exercício.

A partir dessa identificação, é possível atribuir ao processo uma importância singular no ambiente democrático. É possível entendê-lo como veículo de participação democrática, mediante a obediência a algumas diretrizes das quais não se pode o magistrado condutor do processo desgarrar.

É imprescindível, pois, fazer referência ao contexto favorável a esse comportamento do processo, qual seja, a acentuação do viés político da função do Judiciário, estrutura sobre a qual se podem montar as diretrizes de atuação do processo como via democrática de participação.

Tais diretrizes acima referidas sinalizam, inicialmente, para a dimensão mais básica da participação, que é através do acesso irrestrito à justiça, mediante a gratuidade. Ademais, apontam para a legitimação da decisão e do poder jurisdicional pela participação efetiva das partes na formação da opinião do presidente do processo, numa perspectiva de interpretação aberta, o que se deve dar com observância dos princípios da publicidade, bem como do devido processo legal, desdobrado em contraditório e ampla defesa. A observância do próprio conteúdo da decisão ante à realização dos direitos fundamentais também é importante, completando o conjunto de critérios a delimitar a adequação procedimental.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant (Colab.). **Acesso à justiça.** Ellen Gracie Northfleet (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DANTAS, Ivo. **A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo.** In: o novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 315-376.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

FLEINER-GARSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana.** In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2006. P. 271-293.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas. São Paulo: Lumen Juris, 2007. P. 509-539.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional.** In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2009. P. 509-539.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa.** Disponível em: http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formata%C3%A7%C3%A3o%20-%20RBDPro_.pdf Acesso em 17 dez 2011.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 113-146.