



ESTUDOS
ELEITORAIS

Volume 8 · Número 1
jan./abr. 2013

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: ENSAIO SOBRE A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DA DECISÃO ELEITORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

LETÍCIA LACERDA DE CASTRO

Advogada, mestranda em Direito Processual pela PUC/MG.

Resumo

A noção de processo impõe-se seja revisitada, de forma a conformar-se com as teorias pós-modernas, especialmente do processo constitucional. Pretende o presente ensaio demonstrar que o processo no Estado democrático de direito é garantia constitutiva de direitos fundamentais, encontrando-se superada a noção de processo como relação jurídica entre as partes. O processo assim compreendido importa na construção da decisão judicial pelas partes afetadas pelo provimento, mediante a instauração de um discurso legítimo, evidenciando a superação da construção dessa decisão pelo juiz solipsista.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Processo. Decisão.

¹ Artigo recebido em 28 de janeiro de 2013 e aceito para publicação em 14 de fevereiro de 2013.

Abstract

The notion of process requires it to be revisited in order to comply with the postmodern theories, especially the constitutional process. This essay seeks to demonstrate that the process in a democratic state is a constitutive guarantee of fundamental rights, showing that the notion of process as legal relationship between the parties is resolved. The process thus understood matters in the construction of the judgment by the parties affected by the provision, through the establishment of a legitimate discourse, showing the construction of overcoming this decision by the solipsistic Judge.

Keywords: Democratic rule of law. Process. Warranty. Fundamental rights.

1 Introdução

A noção conferida ao processo como sendo uma relação jurídica processual instaurada entre as partes e o juiz, visando à resolução da lide eleitoral (GOMES, 2011, p. 446), impõe-se seja superada por teorias pós-modernas, especialmente pela teoria do processo constitucional.

O processo eleitoral preso na lógica da instrumentalidade transforma o juiz em portador da almejada justiça social, sendo o processo interpretado como mero instrumento à disposição do Estado-juiz para efetivação da paz social (DINAMARCO, 1998, p. 159-167).

Nessa perspectiva, é o juiz legitimado a proferir, de forma solipsista, a decisão, amparado em seu livre convencimento motivado. Aí reside o problema. É verdade que às partes é atribuída uma gama de direitos constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Também é sabido que o processo instaurado o é sob a denominação de devido processo legal ou constitucional. Todavia, ainda na contemporaneidade, as partes são meras coadjuvantes na construção da decisão. Com efeito, seus direitos e garantias constitucionais efetivados no âmbito do processo jurisdicional restringem-se, muitas vezes, ao dizer e contradizer, visando apenas ao convencimento do juiz sobre sua versão dos fatos. Mas ele, juiz, é quem de forma autoritária e soberana elege a melhor versão dos fatos, sendo que

sua escolha prescinde de qualquer vinculação com a hipótese sustentada por quaisquer das partes. Aliás, pode amparar-se unicamente em fundamentação extraída de sua convicção pessoal, conforme previsão taxativa do parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990².

O presente ensaio pretende demonstrar que o processo deve ser compreendido como uma garantia constitutiva dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Ora, processo e Constituição não são noções estanques e incomunicáveis entre si. Ao revés, é a própria Constituição Federal que orienta o processo, sendo que dessa indissociável relação o resultado de toda função estatal, seja administrativa, legislativa ou jurisdicional, no âmbito do Estado democrático de direito, há de se conformar com a instituição de um processo constitucional.

Ver-se-á, portanto, que é justamente a instituição desse processo constitucional que orienta a construção participada da decisão eleitoral, pelas partes afetadas pelo provimento judicial (FAZZALARI, 2006, p. 865), sendo as partes, nessa concepção de processo, verdadeiras autoras e destinatárias do provimento.

Nesse sentido, demonstrar-se-á que esse processo constitucional compatibiliza-se com a noção de Estado de direito e democracia. Assim, o referido parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990 deve ser revisitado e reconstruído à luz da teoria do processo constitucional.

2 Estado de direito e democracia

A noção de Estado de direito somente pode ser apreendida a par de uma proposição basilar, que é o império do Direito, entendido como

² Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao juiz, ou ao relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

um ordenamento de normas jurídicas (princípios e regras jurídicas)³, estabelecido democraticamente pelo Estado. Assim, “direito” e “poder” encontram-se relacionados, não se concebendo um Estado de direito desatrelado da democracia, significando, destarte, que “o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” (CANOTILHO, 2010, p. 98).

A rigor, é o Estado de direito um Estado constitucional, especialmente por sua estrutura de poder ter fundamento de validade sustentado em uma Constituição democrática.

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar a advertência feita por Del Negri (2008, p. 77) acerca da falaciosa crença de que o eixo da democracia encontra-se no voto e que a aquisição da democracia se dá mediante a retirada do título do eleitor. Para o autor, o voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia, vez que o povo não se incluiu no sistema somente pelos direitos políticos, mas também pelo cumprimento de outros direitos fundamentais, “que passam pelo exercício do devido processo constitucional (reivindicação e fiscalização)”. Assim:

É oportuno dizer que a democracia é um sistema exercitado pelos cidadãos (destinatários do Direito), os quais não podem ser infantilizados por um Estado maternal (doação de direito/assistencialismo), como se fossem apenas consumidores, e não gestores-fiscalizadores do Direito. De todo modo, quando se diz que a sociedade não está praticando democracia, o que está havendo é uma confissão de omissão dos operacionalizadores do sistema (cidadãos e instituições), na execução da Constituição (projeto democrático). Tudo isso pode ser resumido pela ótica de que a cidadania além de ser fundamento da democracia é o comprometimento com os fundamentos de autoexistência e essa inclusão deve ser solicitada pelo processo (direito garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos já assegurados na Constituição). (DEL NEGRI, 2008, p. 78.)

Com efeito, um dos pilares da democracia é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao povo e aos seus

³ Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito, via de consequência, considerados normas jurídicas e, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico.” (BRÊTAS, 2010, p. 105.)

representantes políticos. Nessa concepção, os sujeitos são necessariamente titulares desses direitos e garantias, sendo certo afirmar que apenas com a instituição de um processo, a rigor, constitucional, que se possibilitará a sua fruição efetiva.

2.1 O processo constitucional

2.1.1 Teoria geral do processo constitucional

A teoria do processo constitucional ou modelo constitucional do processo assenta-se, necessariamente, na supremacia das normas constitucionais que estabelecem as garantias processuais, bem como na premissa de que é o processo uma garantia constitucional, e não um mero instrumento de resolução de conflitos.

Baracho (2008, p. 13) destaca as deduções de Fix-Zamudio, para se chegar à concepção do processo constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, sistematizando os instrumentos do direito constitucional em três categorias: a) direito dos jurisdicionados a uma jurisdição preestabelecida legalmente (juiz natural); b) direito de defesa; e c) formalidades essenciais do procedimento.

Importante reportar-se ao modelo constitucional do processo proposto por Andolina e Vignera (1997), concebido por uma base de princípios processuais que sustenta a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do marco do Estado democrático de direito. A difusão da proposta tem fundamento em três características básicas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade:

[...] a) Nella espansività, consistente nella sua idoneità (conseguente Allá posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchi delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinário, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa

che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista Del perseguimento di particolari scopi; c) nella perfectibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato della legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti AL modello costituzionale⁴. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 90.)

Em outras palavras, vê-se que a base do modelo constitucional do processo é uníssona e tem seu fundamento de validade nos princípios constitucionais do processo, portanto, esculpidos na própria Constituição.

Nessa linha de pensamento, registrem-se as características desse modelo constitucional do processo, que o permitem expandir, de forma a condicionar o restante da legislação infraconstitucional, variar, em função da capacidade de se adaptar para os diversos tipos de procedimentos (processo penal, civil, eleitoral, administrativo, legislativo e arbitral) e perfectibilizar, aperfeiçoando e definindo novos institutos, mas sempre de acordo com o intitulado esquema geral do processo.

Depreende-se, destarte, a relação necessária entre processo e Constituição, conferindo-se concretude à tutela que é feita, por meio do processo constitucionalizado, dos direitos consagrados no texto da Constituição. Assim, "o processo constitucional é metodologia dos direitos fundamentais", fórmula lapidar de Baracho, conforme ressaltado por Brêtas (2010, p. 73) em algumas passagens de sua obra.

⁴ a) Na expansividade, consistente em sua idoneidade (relativa à posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar o aspecto dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, o qual (aspecto) deve ser compatível com as conotações daquele modelo; b) na variabilidade, que indica a possibilidade de assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam ocorrer segundo várias modalidades em vista da realização de fins particulares; c) na perfectibilidade, que designa a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito ao modelo e em função do alcance de objetivos particulares) pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional.

2.1.2 Processo constitucional: distanciamento da teoria do processo como relação jurídica e aproximação, com ressalva, da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório

A teoria do processo constitucional, a rigor, é um marco na história do Direito Processual, na medida em que, em um século e meio de história, ao menos oito teorias podem ser elencadas⁵, sendo que, das oito teorias, a análise de duas afigura-se indispensável à compreensão e à própria reafirmação da teoria constitucionalista do processo. A primeira é a teoria da relação jurídica, proposta por Bülow, em 1868, e aprimorada por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman; e a segunda é a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, proposta por Elio Fazzalari e propagada ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves⁶.

A teoria do processo como relação jurídica define o processo como uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, vinculando partes e juiz, definindo-lhes sujeições, poderes, direitos e obrigações. Por tanto, parte da noção de vínculo pessoal, sujeição e subordinação entre os sujeitos.

Além disso, a teoria da relação jurídica fora delineada principalmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam como meros

⁵ Brêtas faz referência em sua obra às seguintes teorias do Direito Processual, em relação ao processo: 1ª) teoria do processo como contrato (Porthier); 2ª) teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau); 3ª) teoria do processo como relação jurídica (criada por Bülow, na Alemanha, em 1868, e aprimorada pelos italianos Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman); 4ª) teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt); 5ª) teoria do processo como instituição (Guasp); 6ª) teoria do processo como procedimento em contraditório (concebida por Fazzalari e divulgada, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves); 7ª) teoria constitucionalista do processo (cogitada, inicialmente, por Hector Fix-Zamudio, no México, sistematizada por Baracho, no Brasil, e retomada por Andolina e Vignera, na Itália); 8ª) teoria neoinstitucionalista do processo (proposta em tempo mais recente por Rosemiro Pereira Leal). (*Processo constitucional e Estado democrático de direito*, p. 84).

⁶ Como se verá adiante, a teoria do processo como relação jurídica divorcia-se da teoria do processo constitucional, motivo pelo qual é evidenciada no presente ensaio. Já em relação à teoria do processo como um procedimento em contraditório, a teoria do processo constitucional aproxima-se, ao conferir-lhe (a teoria do processo como procedimento em contraditório) a constitucionalidade que originalmente fora ocupada por um embasamento puramente técnico.

colaboradores, tendo sua viga mestra, portanto, no protagonismo judicial. Nesse sentido, “o juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem” (NUNES, 2010, p. 102).

Percebe-se que a teoria da relação jurídica tem suas raízes fincadas em uma premissa central, que é o ativismo judicial, já que o juiz, titular de uma posição jurídica superior em relação às partes, em decorrência de sua sensibilidade nata, é o legitimado a aplicar o direito, provendo a sociedade da paz social (escopos metajurídicos).

A doutrina dominante no Brasil ainda se sustenta na concepção do processo como relação jurídica, especialmente pela conhecida obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, publicada, em sua primeira edição, no ano de 1987. Nessa obra, o autor confere à teoria do processo a centralidade da jurisdição, a defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo perseguidor da realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos), mediante a intervenção do juiz, conforme excerto de sua obra:

[...] incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contêm no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. (DINAMARCO, 2001, p. 65.)

A dissonância da concepção do processo como relação jurídica com a concepção do processo constitucionalizado é evidente: naquela, o juiz ocupa claramente o espaço conferido à Constituição no desenvolvimento do processo democrático, aliciado na falaciosa premissa de que ao juiz se conferem superpoderes, por se tratar de sujeito apto a praticar a justiça social. Vê-se que, na concepção relacionista, não se faz referência ao processo como garantidor dos direitos fundamentais, mas como mero instrumento provedor da justiça e da paz social. Nesse sentido, concludente é a crítica de Rosemiro Pereira Leal:

A aceitar irrefletidamente o ensino de Bülow a Liebman e deste aos instrumentalistas de hoje, alojando-se aqui os

positivistas e os neopositivistas, adeptos fatalistas da necessária garantia, interpretação e aplicação do direito em critérios *lato* e *stricto sensu* entregues à justiça civil de portadores natos de saberes oriundos de uma eticidade irretocável e experiência de vida pacífica e respeitosa (consciência moral cristalizada em ideologias apodícticas), não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação entre Constituição-processo a serviço do direito irrestrito à vida jurídica dos povos que sofreram os horrores da colonização escravagista que, de modo ainda não sofisticado, perdura por ensino de bases alienígenas – e claro que aqui não se compactua com uma xenofobia emocional – e que se recusa ao exame de validade de suas pretensões científicas ou nem sequer se mostra inclinado a leituras de autores que não reforcem a “globalização” ou comunitarização do conhecimento aos moldes pereneamente “civilizadores”. (LEAL, 2009, p. 289.)

Nessa mesma esteira, André Del Negri (2008, p. 94) indaga “até quando os adeptos da Escola da Relação Jurídica (Escola da Instrumentalidade) continuarão nesse profundo sono dogmático”. Salienta, ainda, o abismo existente entre a noção de processo como relação jurídica e a noção de processo proposta por Fazzalari, considerando-as excludentes e contraditórias, dada a função confinada à autonomia do juiz, transformando-se em mero instrumento de jurisdição.

Nessa linha de raciocínio, inicia-se o registro da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, proposta por Elio Fazzalari, na Itália, e divulgada por Aroldo Plínio Gonçalves, no Brasil.

Com efeito, para Fazzalari (2006), é o processo um procedimento em contraditório, sendo este uma sequência de normas, atos e posições subjetivas que se encadearão até a realização do ato final, sendo a norma precedente pressuposto para a realização da norma conseqüente. Assim, a compreensão do processo é inferida em uma perspectiva lógica de inclusão, sendo o processo uma espécie do gênero procedimento, todavia, desenvolvido em contraditório. Nesse sentido:

[...] o processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento, é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus

interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 1992, p. 68.)

Pela sua teoria, Fazzalari repele a existência de submissão dos sujeitos processuais, ao defender uma relação de interdependência, em uma verdadeira visão constitucional democrática do processo (NUNES, 2010, p. 204). Nessa concepção, os destinatários da norma devem participar da construção do provimento, tanto jurisdicional quanto não jurisdicional, contraditoriamente, em paridade de armas (FAZZALARI, 2006, p. 865). O contraditório, nesse sentido, constitui:

[...] fenômeno da participação dos interessados no *iter* de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento. (FAZZALARI, 2006, p. 861-862.)

Verifica-se, ainda, em Fazzalari, que o esquema de processo elaborado, de paritária e dialética participação de todos os interessados, permite a articulação do jogo democrático, na medida em que “todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas” (NUNES, 2010, p. 40). Destarte, a participação dos sujeitos envolvidos na formação do provimento judicial ou administrativo afigura-se em elemento legitimante do processo, visto afirmar a própria democracia.

Com efeito, o grande salto da teoria de Fazzalari consiste na compreensão do contraditório, não mais como um mero garantidor da simétrica paridade de armas entre os sujeitos interessados, mas como verdadeira garantia de influência no resultado do processo.

Assim, a construção do provimento é participada entre as partes envolvidas, de forma a se concretizar no plano processual um discurso dialético entre os sujeitos, obstruindo a construção de provimentos fundados em argumentos que não foram previamente debatidos entre as partes.

Nesse sentido, “o princípio permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá.” (NUNES, 2010, p. 207.)

Identifica-se um considerável acerto entre a teoria de Fazzalari e a teoria do processo constitucional, com os reparos propostos por Brêtas (2010, p. 91), em consonância com a advertência de Rosemiro Pereira Leal, a qual, na teoria fazzalariana, embora o atributo diferenciador de processo e procedimento seja o contraditório – garantia constitucional, ressalte-se –, não parece haver uma reflexão constitucional maior de garantia fundamental das partes. Daí por que merecer a teoria de Fazzalari uma complementação pela teoria do processo constitucional:

[...] porque a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional do da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRÊTAS, 2010, p. 91.)

Tem-se, portanto, o contraditório interpretado à luz do Estado democrático de direito como um marco para a teoria do processo constitucional, o qual deve ser orientado como garantidor dos direitos constitutivos fundamentais.

2.2 O processo constitucional e a democracia na perspectiva da teoria procedimentalista do Estado democrático de direito de Jürgen Habermas

A teoria do processo amparada em uma estrutura constitucionalizada reafirma-se ainda pela perspectiva da teoria procedimentalista do Estado democrático de direito em Habermas (1994), que, por meio da introdução do discurso de legitimação democrática do Direito, exige a institucionalização de um processo político de cidadãos que se reconheçam mutuamente como titulares de direitos humanos fundamentais⁷.

⁷ André Cordeiro Leal afirma que “ao contrário de outras teorias, Habermas fornece, em face do paradigma do Estado democrático de direito, apoio técnico imprescindível ao adentramento e problematização de importantes aspectos do Direito Processual constitucionalizado. Isso porque a teoria procedimentalista da democracia proposta pelo autor passa por uma releitura de importantes aspectos de legitimidade do Direito não tangidas pelas demais abordagens.” (LEAL, 2002, p. 73).

Com efeito, segundo André Cordeiro Leal, na proposta de Habermas, a legitimidade do Direito estaria fixada em discursos racionais:

[...] toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. (LEAL, 2002, p. 141-142.)

Assim, com o discurso racional proposto, possibilita-se a produção de um Direito democrático, permitindo-se que todos os afetados pelas normas jurídicas possam ser considerados seus coautores.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário traçar um paralelo entre a teoria do processo constitucional e a teoria procedimentalista de Habermas, em que se vislumbra um espaço público comunicativo entre os envolvidos, de forma a possibilitar a formação de provimentos legítimos. Nesse sentido:

Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente (HABERMAS, 1994, p. 270), dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos (HABERMAS, 1994, p. 288-289), em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo.

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis) discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise. (NUNES, 2010, p. 212.)

O processo constitucionalizado inclui o discurso racional na legitimação do direito, em uma perspectiva democrática do processo. Tal discurso racional proposto por Habermas deve ser efetivado, no âmbito do processo, por meio da garantia do devido processo legal, com as demais garantias do processo, cujas matrizes fincam-se no contraditório, na ampla defesa e na motivação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal (BRÊTAS, 2010, p. 93).

Com efeito, ao se perceber que a figura do juiz solipsista não se aproxima do processo constitucional, “faz-se mister a utilização do espaço discursivo instaurado pelo processo como espaço público de problematização de todas as questões para a adequada formação de todos os provimentos” (NUNES, 2010, p. 49), possibilitando-se aos sujeitos envolvidos no processo a formação compartilhada das decisões.

Isso porque a versão dos fatos (re)construídos não pode olvidar a participação dos afetados pelo provimento, mediante a implantação de um discurso racional e, por derradeiro, de um discurso legítimo.

A partir do pressuposto fático de que as sociedades totalitárias são avessas ao debate, seguido da advertência da importância do conhecimento que visa à emancipação dos indivíduos, contextualizado na pluralidade de vozes e de visões de mundo, André Del Negri (2011, p. 41) reafirma a teoria da democracia, das soluções legítimas, das sociedades abertas, de decisões compartilhadas, concluindo que “é dessa forma que o princípio do discurso se transforma em democracia”, ponderando a seguir:

Em meio a esse arrazoado de argumentos, aquilo que foi validado em parlamento deve ser legitimado pelo estudo crítico. É nessa possibilidade de levantamento do discurso de pretensão de verdade, veracidade e correção normativa, que poderemos trabalhar a legitimidade do Direito, a democratização dele.

Para tanto, a partir do momento que o projeto de construção de uma sociedade democrática passa por uma revisitação-fiscalização permanente, como forma de integração social (Habermas), o princípio do discurso necessariamente tem que ser assegurado pelo Direito, em especial, no nosso ensaio, pelo Direito Processual Constitucional (recinto que garante a isonomia argumentativa ampla e simultânea). (DEL NEGRI, 2010, p. 41.)

Ante o até aqui exposto, depreende-se a necessária ligação entre processo e Constituição como garantia dos direitos fundamentais do homem e da legitimação do Estado democrático de direito.

2.3 A participação dos interessados na formação do provimento e o princípio da fundamentação das decisões – pelo fim do protagonismo judicial e revisitação do parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990

Conforme já explicitado, qualquer processo, jurisdicional ou não, somente se legitima por uma estrutura constitucionalizada, impondo-se seja compreendido como uma garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Por conseguinte, em todo processo devem ser assegurados às partes o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição.

Na contemporaneidade, é tempo, especialmente no Direito brasileiro, de se apreender o verdadeiro sentido do contraditório, destarte, de se superar a noção de contraditório “como ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade das partes de os contrariar, vale dizer, um simples dizer pelo autor na petição inicial e um mero contradizer pelo réu na defesa” (BRÊTAS, 2010, p. 96).

A rigor, a concepção do contraditório deve ser ampliada de forma a ser compreendido como participação e influência na construção do provimento. Eis o liame entre o processo constitucional, especialmente o contraditório próprio de uma estrutura constitucionalizada, com a concepção procedimentalista de Habermas, para quem a noção de democracia funda-se na participação dos sujeitos, mediante a instauração de um discurso legítimo.

Com efeito, o provimento não deve ser visto como expressão de vontade do juiz e sua fundamentação espelhar-se no pré-entendimento que este detinha antes da abertura do discurso entre os sujeitos envolvidos, mas deve albergar-se “na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público” (NUNES, 2010, p. 238).

Daí a importância do princípio da fundamentação das decisões, que impõe aos órgãos jurisdicionais a motivação de seus pronunciamentos, com vistas ao afastamento do arbítrio judicial e à efetivação do direito à fiscalidade incessante dos atos estatais, precipuamente judiciais.

Com efeito, somente por uma hermenêutica constitucional, com aplicação das garantias previstas na Constituição, que se conduz à democratização do processo. Assim, além do princípio do devido processo legal, é garantia de que cada cidadão tenha uma decisão devidamente fundamentada, “porque cada ato de aplicação judicial é um ato de jurisdição constitucional” (STRECK, 2009, p. 18), encontrando-se, por derradeiro, tal garantia ligada à garantia do contraditório, que deve ser compreendida como a possibilidade de influência das partes à construção de qualquer pronunciamento decisório judicial.

Especificamente em relação ao processo eleitoral, tem-se que o parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990, que expressamente prevê que o juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”, merece ser revisitado e reconstruído a par das premissas que amparam o processo constitucional.

Ora, as balizas do processo constitucional afastam a formação solipsista da decisão judicial, eis que ao se admitir a formação livre do convencimento está-se a negar a efetivação plena do contraditório entre as partes. Nesse sentido, são as partes os protagonistas da formação do provimento, encontrando-se o juiz adstrito, na construção decisória, aos argumentos por elas trazidos. Assim, acaso o juiz entenda necessário fundar sua decisão em eventual argumento não alegado pelas partes, deve antes de assim proceder, em respeito ao contraditório constitucional, oportunizar aos afetados pela decisão a prévia manifestação sobre a matéria não alegada.

Não se legitima no Estado democrático de direito decisão surpresa, decisão não construída contraditoriamente, ou criada segundo os critérios subjetivos do juiz⁸, na condição de porta-voz do clamor por justiça

⁸ Na obra intitulada *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, Lenio Streck (2010, p. 33) cita, exemplificadamente, doutrinadores brasileiros que utilizam “uma forte parcela do imaginário jurídico – de manifestação de filiação ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto)”: “Para Maria Helena Diniz, “conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto”, consistindo, assim, “em levar para a consciência do sujeito cognoscente algo que está fora dele [...] tornando-o presente à inteligência”. Essa filiação ao paradigma subjetivista já estava presente em processualistas como Moacir Amaral dos Santos, que dizia que “a sentença é ato de vontade”. Já Tourinho Filho vai dizer que o juiz, através da sentença, “declara o que sente”, deixando explicitada a sua adesão à tese da *adequatio rei et intellectus*”. (STRECK, 2010, pp. 33-34.)

social. Como traçado em linhas atrás, a democracia não prescinde da instituição do debate entre as partes, que se efetiva pela instituição de um processo constitucional, efetivando-se a democracia.

3 Considerações finais

A funcionalização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal condiciona-se à instituição de um processo constitucional. Apenas com e por ele (processo constitucional) é que se caminha progressivamente ao desenvolvimento de uma sociedade verdadeiramente democrática e fundada em uma ordem jurídica legítima.

É recorrente a alegação de que o conceito de Estado de direito não se encontra pronto e acabado, que se faz necessário um maior debate sobre sua noção, ante a complexidade que envolve a compreensão do Estado de direito e democracia. Com efeito, não se pretendeu traçar no presente ensaio uma fórmula definitiva acerca do que vem a ser Estado democrático de direito, mas uma premissa é certa: somente pela instituição do processo constitucional, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional, é que é possível conceber o Estado democrático de direito.

Assim, a fruição dos direitos fundamentais, assegurados no texto da Constituição, somente é garantida por meio do processo constitucional, que se constitui em uma verdadeira garantia para estabelecimento e exigência de tais direitos pelo detentor do poder, o povo, bem como pelos seus representantes.

Todo direito fundamental prescrito na Constituição Federal ou em tratados internacionais urge ser assegurado ao povo. É preciso que a sociedade ao menos compreenda adequadamente o projeto constitucional de um Estado democrático de direito, destarte, que é seu direito participar, por meio da instituição de um discurso racional, das funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, na medida em que assegurado o processo constitucional. Especificamente em relação ao processo jurisdicional eleitoral, a participação dos envolvidos, por meio de um discurso, em contraditório, conduz à instituição de um processo democrático constitucional. Justamente disso decorre que o parágrafo único do art. 7º da LC nº 64/1990 não se amolda à noção do próprio Estado democrático de direito.

Percebe-se, assim, que, da relação entre processo e Constituição, certifica-se da exatidão e compatibilidade da teoria do processo constitucional, no desenvolvimento não só de um processo democrático, mas sobretudo do Estado democrático de direito.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fundamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Segunda ed. ampliada ed. aggiornata. Torino: Giappichelli, 1997, p. 90.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Altera a legislação tributária federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: <http://www.in.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?ld=LEI%209887>. Acesso em: 22 dez. 1999.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

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

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no Direito Processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.