

## INTRODUÇÃO

Historicamente, sabe-se que o Estado de Direito como Estado liberal de Direito ou mesmo Estado social de Direito, não se mostrou como Estado democrático. Neste último o poder encontra-se concentrado nas mãos do povo e o princípio democrático é considerado como uma garantia geral de efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana através da procedimentalidade democrática. Para José Afonso da Silva o estado democrático de direito:

(...) se funda no princípio da soberania popular, que "impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento".<sup>2</sup>o Visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, na verdade, contrapõe-se ao Estado liberal, pois, como lembra Paulo Bonavides, "a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito (SILVA, 1988).

O Estado de Direito Liberal foi marcado pela igualdade na concepção clássica, fundamentada na generalidade das leis, ou seja, a lei seria igual para todos, o que se chama igualdade formal. Percebeu-se que a igualdade formal deixava os ricos mais ricos e os pobres mais pobres. Todavia, tentou-se corrigir isso, ou seja, com a construção do Estado social de Direito tentou-se alcançar uma justiça social, mas não foi possível nem mesmo a participação democrática do povo no processo político. Neste sentido, o anseio foi de uma concepção do Estado democrático de Direito<sup>1</sup>, como Estado de legitimidade justa ou Estado de Justiça material, sendo esse o paradigma para instauração de um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões do Estado.

O objetivo geral do presente artigo é verificar se é possível extrair da aproximação do processo e da Constituição a noção de que somente uma decisão participada será legítima perante a Constituição de 1988.

---

<sup>1</sup>Verificar em Ferreira Filho que a expressão, 'Estado Democrático de Direito', fora propugnada pelo espanhol Elías Díaz, que a empregou em sua obra 'Estado de derecho y sociedad democrática' com o significado de transição para o socialismo. Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho, em 'Constituição dirigente e vinculação do legislador', confirma ao mencionar 'Estado de Direito Democrático' como socializante, tal qual na Constituição portuguesa. Mais ainda, trata-se de uma expressão que repudia o formalismo do Estado Legal (FERREIRA FILHO, 2007, p. 65/66).

Para realização desse artigo vale-se de uma pesquisa bibliográfica sobre direito processual e direito constitucional com subsídio no método dedutivo, a partir do qual parte-se da noção constitucional de que o poder emana do povo que pressupõe a participação efetiva do cidadão nas decisões chegue-se ou não à hipótese de que o processo aliado a Constituição se traduz em garantia de participação do cidadão nas decisões importantes, sendo aquela requisito de legitimidade dessa perante a Ordem Constitucional.

No presente artigo é preciso compreender teoricamente o Estado Democrático de Direito perante a Constituição brasileira a fim de aproximar o processo da Constituição. Nesta tentativa, aborda-se a diferenciação clássica existente entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. Com essa abordagem busca-se verificar se essa distinção é relevante para a compreensão teórica de processo no paradigma procedimental sob a ótica do processo como garantia constitucional de participação nas decisões.

## **1 Compreensão teórica do Estado Democrático de Direito na Constituição brasileira de 1988**

O Estado Democrático de Direito é o paradigma construído e erigido pela CRFB\88 e possui pressupostos bem diferentes dos que o sucederam. Implica, por sua vez, em espaços públicos nos quais deve ser garantida a participação de grupos sociais diversos para assim formar o conteúdo das decisões.

O Estado Democrático de Direito surge no final da Segunda Guerra Mundial diante da ineficiência do Estado em atender aos direitos fundamentais de segunda geração, seria o início da força normativa da Constituição que adquire concretude de suas normas. O Estado democrático de Direito pressupõe uma sociedade plural, com ampla participação, pautado pela convergência dos diversos grupos sociais que exigem do Estado à efetivação dos direitos constitucionais (PENNA, 2011, p. 41).

O Estado Democrático de Direito “possui dimensão e estrutura constitucionais assentadas na legitimação do exercício do poder em conformidade com a soberania e a vontade do povo” (BRÊTAS, 2012. p. 121).

Del Negri explica que o Estado Democrático de Direito tem a democracia como um atributo, “todo Estado, seja ele autocrático ou não, sempre será um Estado de Direito (Kelsen)”. Dessa forma, “é bom lembrar que a democracia deve aparecer como

uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o estado, mas sim o direito que rege o Estado” (DEL NEGRI, 2009. p. 59).

No Estado que é denominado de Democrático, o princípio da democracia unido ao do Estado de Direito além de impingir não só ideia de governo do povo, mas também participação. Segundo Canotilho o Estado Democrático de Direito se constitui em:

Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo, sendo o direito concebido enquanto direito interno do Estado e o poder democrático entendido enquanto poder do povo que reside no território do Estado ou pertencente ao Estado (CANOTILHO, 2008, p. 57).

Marcelo Galuppo reconhece que o Estado Democrático de Direito tem como ponto central os direitos que os cidadãos devem se reconhecer, reciprocamente, uns aos outros se aspirarem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático (GALUPPO, 2003. p. 236).

Deste modo, no Estado Democrático de Direito o povo é reconhecido e se reconhece ao mesmo tempo como sede do poder político, e o cidadão é aquele que participa ativamente da vida política, portanto, as leis, ou provimentos em qualquer esfera de atuação, somente adquirem validade na medida em que retratam a vontade da sociedade.

O Estado Democrático de Direito é sustentado por dois pilares básicos – a proteção dos direitos sociais fundamentais e o respeito à democracia – suportes básicos também de qualquer decisão judicial que seja hermeneuticamente correta. (TOMAZ, 2012, p.382). Assim pode se observar que os pilares básicos que sustentam o Estado Democrático de Direito são também sustentáculos de uma decisão judicial hermeneuticamente correta. Neste sentido um processo tem como pressuposto básico o princípio do contraditório.

Deste modo, estado democrático de direito perante a Constituição de 1988 é o paradigma para compreensão e interpretação processual, bem como para o desenvolvimento da democracia participativa. Neste sentido, é preciso conhecer a teoria do processo Constitucional para verificar sua pertinência perante a Ordem Constitucional brasileira de 1988.

## **2 Teoria do Processo Constitucional e a aproximação da Constituição ao processo**

A discussão sobre o processo constitucional pode ser iniciada relacionando processo e constituição. Neste sentido, é preciso estudar a relação entre processo e Constituição para entender o modelo constitucional de processo brasileiro consubstanciado na CRFB<sup>88</sup>.

Dessa aproximação entre Processo e Constituição surge o processo constitucional (Direito Processual Constitucional ou Direito Constitucional Processual) que, por sua vez, se edifica como um conjunto de princípios e regras que orientam e regem a atuação da Jurisdição, garantindo a supremacia do Texto Constitucional e assegurando a proteção de direitos e garantias fundamentais, do contorno delineado por um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, conforme ensina Dhenis Cruz Madeira:

(...) a pluralidade da sociedade contemporânea atribui um encargo gigantesco aos juristas comprometidos com o Direito democrático: o de operar um sistema jurídico que garanta a igualdade sem suprimir as diferenças. Do mesmo modo, outro desafio, talvez mais importante, apresenta-se: o de constituir decisões estatais legítimas, confeccionadas com co-participação de seus destinatários (MADEIRA, 2008, p. 125).

A teoria do processo como modelo constitucional foi desenvolvida, originariamente por Eduardo Couture<sup>2</sup>, encontrando grande aceitação entre os processualistas do mundo inteiro. A exemplo, é possível citar Hector Fix Samúdio no México, e no Brasil, José Alfredo de Oliveira Baracho com sua obra Processo Constitucional que se tornou clássico da literatura constitucional brasileira, vindo à mesma direção as obras mais recentes de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias.

Para Baracho o Processo Constitucional possui papel de dar efetividade às garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é, como mecanismos processuais, são, sobretudo, aquelas que dizem respeito ao acesso ao judiciário, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, que se encontram dispostas no art. 5º da Constituição República. Para Baracho:

A exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que esse

---

<sup>2</sup>Juan Eduardo Couture Etcheverry (1904-1956), que a comunidade jurídica internacional conhece, admira e identifica como Eduardo Couture, Catedrático de Processo Civil, Decano da Faculdade de Direito de Montevideú, deixou um notável patrimônio de trabalhos jurídicos em suas atividades de professor e de escritor.

remédio possa ser concebido e delineado em enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral (...)(BRARACHO,1984, p. 347 ).

André Del Negri, afirma que “a regulação do processo, pelo movimento constitucionalista, gerou reflexões profundas face ao Devido Processo Legal e à garantia dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia” (DEL NEGRI, 2008. p.104)

Essas garantias constitucionais do processo abrangem todos os seus participantes. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam por meio das garantias que os torna efetivos e exequíveis.

Conforme ensina Rosemiro Pereira Leal, por esta teoria o processo é visto como uma “instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental” (LEAL, 2014, P. 88). Nesta perspectiva, o processo constitucional se expressa, conforme ensina Ronaldo Bretas, como “metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais” (DIAS, 2012, p. 74).

Nessa perspectiva do processo constitucional é preciso esclarecer que a teoria constitucionalista do processo baseia-se na supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e, conforme explica Ronaldo Bretas:

Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo. (DIAS, 2012, p. 94).

No processo constitucionalizado as partes se tornam sujeitos processuais ativos na construção da decisão judicial, num contexto processual de atenção às garantias constitucionais e de efetiva participação.

Ao discorrer sobre a teoria do processo constitucional, surge ao longo da discussão a distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processual sendo este uma distinção a ser feita a seguir, no próximo tópico.

### **3 Distinção entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual**

Existe uma distinção clássica entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual que se aloca no conteúdo da controvérsia, a qual é chamada a atuar a autoridade jurisdicional. Essa distinção teve origem na Constituição austríaca de 1920, quando Kelsen, defendendo a necessidade de criação de Tribunais Constitucionais para o exercício de um controle concentrado de constitucionalidade, cria a disciplina Direito Processual Constitucional.

Em outro giro, o Direito Constitucional Processual cuidaria das garantias referentes ao processo e ao procedimento. Conforme explica Cintia Garabini Lages o Processo Constitucional seria o meio pelo qual se realiza a jurisdição constitucional abrangida como a parte da administração da justiça que tem como objeto exclusivo matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado (LAGES, 2004, p. 471).

Já o Direito Constitucional Processual, é considerado uma nova disciplina que compreende os princípios constitucionais que sustentam o processo. Nesse sentido, é importante ressaltar que essa distinção não tem relevância na Teoria do Processo Constitucional, pois conforme a Cintia Garabini a distinção clássica reside no conteúdo da controvérsia sendo que é:

(...) através do Processo Constitucional que se realiza a Jurisdição Constitucional compreendida como parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico constitucional de um determinado Estado. Por sua vez o Direito Constitucional Processual refere-se aos princípios constitucionais estruturantes do processo (LAGES, 2016, p. 156).

Neste estudo entende-se que essa diferenciação que é feita por vários autores<sup>3</sup> é inócua. Isso, pois, a partir da compreensão teórica de um modelo constitucional de processo em que todo o direito processual é constitucional, bastando lembrar que a aproximação do direito constitucional com o direito processual originou essa concepção.

Assim, todo processo é constitucional e deve ter suas garantias respeitadas. Nesse sentido, processo é técnica que garante direitos fundamentais de participação, contraditório, e de comunicação. Tais garantias são necessárias sob pena de não se ter uma decisão legítima. Dessa forma, é preciso reconhecer que o contraditório se revela como uma das garantias de um procedimento participativo que se adequa a ideia de democracia erigida pela CRFB\88.

---

<sup>3</sup> Ver mais sobre a distinção clássica em LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 40\41

Para o estudo do caráter procedimental retoma-se a análise da teoria fazzalariana conjugando com a idealização do Estado Democrático de Direito e teoria da discursividade de Habermas.

#### **4 Caráter procedimental do Estado Democrático de Direito**

No Estado Democrático de Direito conjugado com a análise da teoria fazzalariana, permite-se concluir que o processo é um direito-garantia fundamental, que tem por finalidade assegurar a legitimidade dos provimentos legislativos, administrativos, jurisdicionais etc.

O processo decorre do fato do mesmo ser estruturado por um modelo constitucional que institui os direitos e as garantias mínimas que devem ser asseguradas aos cidadãos, para que estes possam ter efetiva participação, com real poder de influência nos procedimentos instituídos para a produção dos provimentos que influenciarão suas esferas de direitos.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi responsável, como Ordem Maior do Estado de estruturar um modelo de processo composto por um conjunto de normas que garantem ao cidadão o direito de participar e contribuir de forma efetiva para a construção dos provimentos de que diretamente ou indiretamente sejam destinatários.

O modelo constitucional do processo foi arquitetado por um conjunto de normas que constituem os direitos e as garantias mínimas que devem ser asseguradas ao cidadão (contraditório, devido processo legal, ampla defesa, acesso à justiça etc.). Todavia, é importante destacar que a Constituição sustentou o contraditório como direito de participação, sendo esse o poder democrático (direito\poder) defendido pela Ordem do Estado.

O legislador constituinte, objetivando garantir a participação na função legitimadora atribuída ao processo, estruturou um modelo que assegura ao cidadão o direito de participar e influenciar as decisões de procedimentos instituídos para regulamentar as diversas formas de produção do direito.

Neste contexto, não se pode negar o direito de participação para a funcionalidade do modelo constitucional do processo e, ainda, para a solução do problema em torno do qual se desenvolve a presente pesquisa. Isto, pois, neste estudo é imprescindível analisar os principais aspectos do direito de participação assegurado pelo texto constitucional.

Antes, porém, é importante analisar o paradigma de Estado que influenciou o legislador constituinte quando da estruturação do modelo constitucional do processo, o que se passa a fazer.

Certo é que a compreensão dos modelos de processo desenvolvido em cada época guarda sintonia com modelo de Estado vivenciado naquele respectivo período. Essa afirmação pode ser demonstrada ao se estudar os paradigmas de Estado adotados em que se desenvolveu o liberalismo e o socialismo processual. Desta feita, não é diferente com o modelo de processo democrático, qual seja, o que garante a participação do cidadão com incisivo poder de influência da decisão nos provimentos lhe destinados.

Neste sentido, para compreensão do paradigma de Estado que influenciou o legislador constituinte a arquitetar uma Constituição da República de 1988 e, por consequência, estruturar um modelo constitucional do processo, basta lembrar, primeiramente, que este, já no preâmbulo do texto constitucional<sup>4</sup>, exaltou o objetivo de se instituir um Estado Democrático.

Assim, o legislador em consonância com objetivo descrito no preâmbulo constitucional no primeiro Título da Constituição, já denomino de Dos princípios fundamentais, deixando, portanto, a evidência de que instituiu um Estado Democrático de Direito em que o poder deve ser exercido pelo povo direta ou indiretamente.

O estudo breve do preâmbulo e das normas inscritas no primeiro Título da Constituição recomenda que as decisões, neste novo paradigma de Estado, devem ser tomadas em um ambiente democrático, ou seja, que assegure a participação do cidadão. Portanto, essa vindicação caracteriza-se como pressuposto de existência do próprio regime democrático, como faz lembrar a doutrina de Norberto Bobbio:

(...) todo este discurso apenas vale se nos atermos àquela que chamei de definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados (BOBBIO, 1996. p. 12).

Conforme explica Bobbio, no Estado Democrático o poder somente será exercido de forma legítima se a atuação dos que o exercem estiver submetida a um

---

<sup>4</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.



sistema de controle realizado por aqueles que são destinatários das decisões provenientes do referido exercício de poder. Neste sentido, Bobbio explica que: “Um ordenamento deste gênero apenas é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, os indivíduos singulares” (BOBBIO, 1996. p. 13).

Jürgen Habermas defende uma teoria pautada na discursividade e assim, o Estado Democrático caracterizado como procedimental, deverá institucionalizar pressupostos comunicativos que assegurem a participação do cidadão para formação de opinião e da vontade. Assim, é preciso garantir que o indivíduo tenha livre exercício da autonomia privada e pública nos procedimentos instituídos para regulamentar as formas de produção do direito. Neste sentido, cita-se:

Segundo teria do discurso, o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas, uma autonomia privada e uma pública, as quais se encontram numa relação complementar, permitindo que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito. (HABERMAS, 1997, v. II. p. 157).

Denota-se então que a teoria de Habermas defende a legitimidade do direito através da participação dos sujeitos nos procedimentos instituídos. Assim, explica que a relação entre a autonomia privada e a autonomia pública tem por fim possibilitar a participação popular nos procedimentos instituídos para regulamentar as formas de produção do direito.

De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À justificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação (HABERMAS, 2012, v. I. p. 164)

Entende-se por autonomia privada a garantia de direitos fundamentais a iguais liberdades subjetivas, que é responsável por garantir aos cidadãos a vida e a liberdade privada para que possam se desenvolver e organizar seus planos de vida individuais. Já autonomia pública pode ser compreendida direitos fundamentais à participação e diálogo (LAGES, 2016, p. 163).

A autonomia privada, para Habermas, é sinônimo de direitos fundamentais, a iguais liberdades subjetivas e que estas sejam responsáveis por garantir a autodeterminação do indivíduo em suas relações privadas. Enquanto a autonomia pública é representada pelos direitos fundamentais de participação e de comunicação. Assim, é preciso compreender que o direito de participação somente será autônomo na medida em que seja reconhecido e entendido pelos cidadãos, na medida em que esses se também deverão se compreender como autores do direito ao qual serão submetidos enquanto destinatários (HABERMAS, 2012, v. II. p. 146).

A teoria do discurso de Habermas demonstra que no Estado Democrático de Direito é instituído o paradigma procedimental de Estado, este por sua vez é responsável por abrir perspectivas de interpretações sobre o direito levando em conta o contexto da sociedade. Isso, pois, a legitimidade do direito produzido e reproduzido sob a perspectiva de interpretação do Estado Democrático de Direito depende da “institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito” (HABERMAS, 2012, p.181).

Cintia Garabini bem explica que:

(...) a produção e reprodução do direito legítimo dependem de processos e pressupostos da comunicação institucionalizados juridicamente pelos direitos fundamentais. Estes ‘permitem levantar a suposição de que processos de criação e aplicação do direito levam a resultados racionais’ (LAGES, 2016, p. 165).

No paradigma procedimental a legitimidade do direito produzido está condicionada à participação dos destinatários dos seus efeitos nos procedimentos instituídos para regulamentar a forma de sua produção. Assim como no Estado Democrático de direito é garantido o direito de participação, dessa forma a participação do cidadão é garantida nos procedimentos os quais emanam decisões que atingem suas searas de direito.

Para melhor compreensão é importante perceber como os pressupostos de legitimidade e racionalidade são assegurados no exercício da atividade jurisdicional para que consiga produzir simultaneamente decisões consistentes e racionais, neste sentido Cintia Garabini esclarece:

Caracterizada a natureza procedimental do estado Democrático de Direito, bem como o caráter racional do direito produzido e reproduzido de forma legítima, através da garantia da autonomia privada, da autonomia pública e dos processos e pressupostos comunicativos que garantem o espaço para uma formação discursiva da opinião e da vontade, é preciso responder à questão de como esses pressupostos de legitimidade e racionalidade são assegurados no exercício da atividade jurisdicional (LAGES, 2016, p. 166).

Uma definição mínima de democracia como a apresentada por Norberto Bobbio e a teoria do discurso de Jürgen Habermas visa promover a compreensão do paradigma que norteou o legislador constituinte ao arquitetar o Estado Democrático de Direito. Um Estado que possui o paradigma procedimental, que assegura a participação do cidadão nos procedimentos instituídos para regulamentar as formas de produção do direito, pois a participação deste é fator indispensável à legitimação do próprio regime democrático. Certo é que uma decisão que afeta a seara de direitos do indivíduo precisa ter a participação deste, sob pena de estar caracterizada como ilegítima, como explica Habermas:

Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico, a prática de decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito (HABERMAS, 2012, V1. p.249)

Dessa forma, caracterizada a natureza procedimental do Estado Democrático de Direito, qualquer decisão tomada diante deste paradigma deverá ser construída pelas partes. Assim, passa-se a análise do direito de participação como estrutura básica do modelo constitucional do processo delineado pela Constituição da República de 1988.

## **5 Direito de participação como condição de legitimidade constitucional do processo no Brasil**

Na CRFB\88 foram instituídos princípios basilares dos quais deverão partir todas as interpretações. Dentre eles, está o do Estado Democrático de Direito. Através deste princípio é capitaneado também um modelo constitucional de processo formado por um conjunto de normas que garantem o indivíduo, direitos de participação na construção dos provimentos que poderão atingir sua esfera de direitos. Assim, o Estado Democrático de Direito é um guia de ação e iluminador de horizontes para a sociedade (HABERMAS, 2012, p. 180).

No mesmo sentido Cattoni explica:

No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro lado, da determinação argumentativa de qual, dentre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional: (...) Processo, portanto, é procedimento discursivo, participativo, que garanta a geração de decisão participada (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 198).

O processo é o mecanismo utilizado pelo Estado para garantir a participação do cidadão nos procedimentos instituídos visando à formação legítima do direito. Assim é o modelo constitucional do processo que deve ser observado por todos os procedimentos dedicados a regulamentar as várias facetas de produção do direito, sejam eles legislativos, administrativos, jurisdicionais etc. É o que adverte Cíntia Garabini:

A teoria do modelo constitucional do processo foi originalmente concebida como uma teoria do processo jurisdicional civil, o que não impede a sua ampliação para a criação de um verdadeiro modelo geral de processo: não apenas público, mas também privado, não apenas jurisdicional, mas também legislativo, administrativo, arbitral. A partir de uma compreensão adequada do caráter procedimental da Constituição e do papel legitimador do direito produzido conferido ao processo, entende-se que o modelo constitucional processual estabelecido pela Constituição Federal de 1988 aplica-se não apenas na configuração de novos procedimentos jurisdicionais, mas em todos os procedimentos adotados pelo Estado para a realização de suas funções e em todos os procedimentos privados regulados pelo Estado. Assim, não há que se falar apenas em modelo constitucional do processo jurisdicional, mas em modelo constitucional do processo, apenas (LAGES, 2010).

Com a estruturação do modelo constitucional, o processo se torna mecanismo garantidor de legitimidade do regime democrático, pois é ele que possibilita a formação discursiva dos provimentos, como adverte Dierle José Coelho Nunes:

Desse modo, ao se perceber que há um dissenso do que seja o bem comum e que não é mais possível a utilização da imagem de um sujeito solitário com acesso privilegiado aos ideais de justiça, faz-se mister a utilização do espaço discursivo instaurado pelo processo como espaço público de problematização e formação de todos os provimentos (NUNES, 2008).

O legislador constituinte percebeu a importância da função legitimadora do processo e desenvolveu um modelo participativo que assegura ao cidadão o direito de participar, com essencial poder de influência, dos procedimentos formados para

regulamentar as forma de produção dos provimentos (legislativos, administrativos, jurisdicionais etc.) que poderão chegara sua esfera de direitos.

O direito de participação deriva, primeiramente, da norma inscrita no Parágrafo Único, do art. 1.º, da Constituição da República de 1988<sup>5</sup>, que estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce, direta ou indiretamente.

A despeito de esse direito ser efetivamente garantido pelo legislador constituinte através da garantia ao contraditório, prevista no art. 5.º, inc. LV, da Constituição da República de 1988<sup>6</sup>, que institui que aos litigantes será assegurado o contraditório e a ampla defesa.

O direito ao contraditório é uma forma de efetivar o direito de participação. Assim, para melhor compreensão desse direito é importante analisar a garantia instituída para assegurá-lo.

Para uma adequada compreensão é preciso à análise do princípio constitucional do contraditório, inscrito no art. 5.º, inc. LV, da Constituição da República de 1988, conforme adverte Rosemiro Pereira Leal quando fundamenta que o contraditório é princípio e elemento jurídico existencial do processo (LEAL, 2014, p. 99)

Na função de elemento jurídico existencial do processo, o contraditório é garantia de que o provimento final seja construído de forma dialética entre as partes. É necessária a garantia de que as partes se comuniquem no procedimento destinado a regulamentar a forma de sua produção, “em um movimento recíproco e simétrico de ação e reação” A teoria processual que concebe o processo como procedimento realizado em contraditório, reforça que este deve se estruturar através de procedimentos capazes de garantir a participação dialética das partes na formação do provimento final. (FAZZALARI, 1994, p.29).

---

<sup>5</sup>Artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: art 1.º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. **Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

<sup>6</sup>Artigo 5.º, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

Neste sentido Fazzalari esclarece:

Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il contraddittorio. Tale struttura consiste: nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale all' fase preparatoria del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione dell'atto), nella rilevanza delle medesime per l'autore dell'atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme \_ copioso o modesto non importa \_ di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e Che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati.<sup>7</sup>(FAZZALARI, 1994, p.29 )

É por resguardar e garantir a participação dos destinatários dos efeitos do provimento final, no procedimento instituído para regulamentar sua formação, que o contraditório deve ser respeitado como elemento jurídico existencial do processo, proposto a proteger a formação discursiva do direito.

O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, não poderia funcionar sem o princípio do contraditório no rol dos direitos fundamentais que compõem a base sobre a qual se arma o modelo constitucional do processo, pois este garante a participação do cidadão nos procedimentos que regulamentam as formas de exercício do poder e, como salienta Marinoni, “a participação no poder é da essência da democracia” (MARINONI, 1999, p. 270) e condição legitimadora do exercício do mesmo. Conforme salienta Marinoni:

O fundamento da legitimidade do processo jurisdicional não poderia ser diferente. O exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão, possibilidade real e não meramente formal. A participação em contraditório, como já foi dito, deve ocorrer em igualdade de condições, ou, em outras palavras, "em paridade de armas" [...] decorrência do princípio da igualdade substancial (MARINONI, 1999, p. 270).

A teoria fazzalariana, levada a sério compreende que o contraditório deve ser um direito de participação em simétrica paridade. Dessa forma, confirmado que o contraditório é uma garantia destinada a concretizar o direito de participação dos

---

<sup>7</sup> E é a estrutura dialética do procedimento que é precisamente o contraditório. Esta estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do provimento final na fase preparatória do mesmo, em simétrica paridade de posições, em mútua implicação de suas atividades (para promover a aplicação e a criação da lei), de modo que cada contraditor pode exercer um complexo de escolhas, ações e reações e deve se submeter às mesmas ações praticadas pelas demais partes do procedimento. (tradução livre).

destinatários dos efeitos do provimento final no procedimento instituído para regulamentar sua legítima formação, é preciso lembrar que a garantia de participação reflete apenas sua dimensão formal.

A garantia de participação certifica o direito das partes de influírem em determinado procedimento, mas este é o mínimo que este princípio garante. Isso, pois, há uma dimensão substancial do contraditório que se revela tão importante quanto sua dimensão formal, pois assegura o direito de participação em condições de poder influenciar, de forma concreta na formação do provimento final.

Através da dimensão substancial do princípio do contraditório há a possibilidade de uma adequada compreensão do modelo constitucional do processo apresentado pela Constituição da República de 1988, pois esta dimensão assevera mais do que o direito a mera participação; garante o direito de participação como condição de influenciar na formação do provimento final, consagrando o princípio democrático.

A dimensão substancial do contraditório evita que o provimento final surpreenda os destinatários de seus efeitos, pois a estes é garantido o direito de participação, com efetivo poder de influência, do procedimento estabelecido para regulamentar sua forma de produção.

A garantia ao contraditório comprova que esta é mesmo um pressuposto jurídico existencial do processo, como indica Rosemiro Pereira Leal, pois o Estado Democrático não admite decisões autoritárias, que não tenham sido objeto de debates entre os destinatários de seus efeitos (LEAL, 2014, p. 99).

## **Conclusão**

Verifica-se que é preciso compreender o estado democrático direito como um estado procedimental. Desta forma, não é possível interpretar o processo sem visualizá-lo como meio e garantia de efetivação de direitos fundamentais.

Embora exista uma diferença entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, essa diferença não traz grandes significados, pois diante da compreensão conjunta de processo e constituição, todo processo deverá possuir as garantias constitucionais, sob pena de que as decisões não processualizadas dessa forma sejam ilegítimas.

Na compreensão do Estado Democrático de Direito como um Estado procedimental admite-se um aprimoramento da democracia, tendo em vista que a garantia de procedimento participado decisões revestidas de legitimidade.

Assim, demonstrado que a Constituição da República de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito que, para permitir o exercício fidedigno do poder em seu âmbito, estrutura um modelo constitucional de processo combinado com um conjunto de princípios que têm por escopo garantir o direito fundamental de participação do cidadão nos procedimentos estabelecidos para regulamentar as diferentes formas de produção do direito, sejam eles procedimentos legislativos, administrativos, jurisdicionais etc., assim passa-se a analisar o processo de controle de constitucionalidade para ao final verificar se esse procedimento está sendo proferido de forma legítima no atual paradigma vivenciado pela sociedade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Uma Introdução ao Estudo do Processo Constitucional*. IN: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.) *Direito Processual – Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas. Instituto de Educação Continuada, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ed. Coimbra/PT: Almedina, 2008.

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

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7.<sup>a</sup> ed. Padova: CEDAM, 1994.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos de Oliveira. O que são direitos fundamentais? IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. I

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeeichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. II.

LAGES, Cintia Garabini. Processo e Jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Coordenação) – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

LAGES, Cíntia Garabini. *O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise de sua legitimidade*. Pará de Minas-MG: Virtual Books Editora, 2016.

LEAL, R P. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e Policentrismo: horizontes para democratização processual civil*. Belo Horizonte, 2008. Disponível em [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf). Data de acesso: 23\11\2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da Impossibilidade da Supressão dos Princípios Institutivos do Processo. p.123-143. IN: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte. Forum, 2011.

SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo* Rio de Janeiro, 173: 15-34. 1988. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Data de acesso: 23\12\2016