



VI Congresso Internacional UFES/Paris-Est

Culturas políticas e conflitos sociais



O DIREITO À PARTICIPAÇÃO AO PROCESSO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Larissa de Almeida Silva¹

Resumo: A partir de um delineamento histórico constitucional que aborda a influência do direito norte-americano nos fundamentos da Constituição de 1891 até a Carta Constitucional de 1988 e a realidade social e democrática que inaugura, será enfrentada a temática da participação das partes no processo e o seu poder de influência nas decisões judiciais como garantia fundamental, bem como sua aptidão para legitimar a atuação jurisdicional no Estado Constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Direito brasileiro; Devido processo legal; Contraditório; Direitos fundamentais; Participação no processo.

Abstract: From a constitutional historical delineation that approaches the influence of US law on the foundations of the Constitution from 1891 until the 1988

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, com pesquisa em andamento acerca da observância do devido processo legal no microsistema de julgamento de casos repetitivos. Integrante do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo, liderado pelos professores Hermes Zaneti Jr. e Antonio Gidi. Bolsista CAPES. larissa.al@gmail.com.

Constitutional Charter and the social and democratic reality it inaugurates, the issue will be faced by the parties' participation in the process and their power of influence in judicial decisions as fundamental guarantee, as well as its aptitude to legitimize the jurisdictional action in the Brazilian Constitutional State.

Keywords: Brazilian law; Due process of law; Contradictory; Fundamental rights; Participation in the process.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, sob o título II, dos direitos e garantias fundamentais, previu em seu artigo 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ao fazê-lo, consagrou no ordenamento jurídico brasileiro o direito fundamental ao processo devido.

Esta previsão constitucional decorre preponderantemente dos influxos do direito norte-americano, em que pese tratar-se de um princípio com raízes inglesas. Tal influência estadunidense pretere a antecedência inglesa, em razão de especialmente nos Estados Unidos haver ocorrido o desenvolvimento do que atualmente se compreende por devido processo legal, cujas bases se fundamentam nos institutos do *law of the land* e do *his day on court*².

O direito fundamental ao processo devido (ou ao processo justo, como preferem alguns doutrinadores, dentre eles Daniel Mitidiero e Hermes Zaneti Jr.) se concretiza

² A doutrina atribui à *Magna Carta Libertatum* de 1215 a primeira manifestação do princípio do devido processo legal e veicula que o referido princípio esteve sempre relacionado ao controle do poder estatal. Apesar da origem inglesa, o instituto teria se desenvolvido e propagado por meio do direito norte-americano. Ver ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

por meio de outros princípios fundamentais de natureza processual que lhe conferem densidade, dentre eles o direito à participação. A este direito não se autoriza a mera verificação em aspectos formais, deve também se revestir do imperativo poder de influenciar as decisões judiciais de modo que é a participação que figura como fundamento de legitimação da atuação do poder judiciário no atual Estado Democrático Constitucional.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1891 E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O CONTROLE DO PODER NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Em 1803, a partir do julgamento do caso *Marbury vs Madison*, se consolidou no direito norte-americano a técnica do *judicial review*, por meio da qual se atribuiu ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade de leis e demais atos expedidos pelo poder público. O *judicial review* propunha, em síntese, a implementação do controle dos poderes estatais sugestionado pelo sistema de freios e contrapesos. Esta garantia se qualifica pela necessidade de correspondência dos atos com o conteúdo previsto na Constituição.

Notadamente influenciada pelo direito norte-americano³, a Constituição brasileira de 1891, que marca a passagem do sistema de governo monárquico para o modelo republicano, trouxe consigo a garantia do *judicial review* ao estabelecer o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos pelo Poder Judiciário.

³ Neste sentido, Marinoni e Mitidiero afirmam haver forte correspondência entre a previsão na Carta de 1981 com as Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América V e XIV. Ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 699.

Assim, atribuiu a este Poder a posição de protagonista na promoção do equilíbrio entre os poderes estatais⁴.

Neste sentido, Hermes Zaneti Jr. afirma que a adoção do sistema de controle do poder por meio da técnica de freios e contrapesos é o que ressignifica o direito processual constitucional, eis que “O Poder Judiciário passou de poder subalterno a exercer a função principal de mediador entre os poderes, por meio da *judicial review*” (ZANETI, 2014, p. 27).

Vê-se, assim, que a Constituição de 1891 inaugurou uma ordem processual democrática no direito brasileiro. Esta marcha democrática, no entanto, ao longo de seu curso evolutivo, incorreu em avanços e retrocessos até alcançar o atual modelo vigente estabelecido pela Constituição de 1988⁵.

O Brasil, a partir da Constituição de 1891, conta com a superveniência de cinco Constituições até a promulgação da Carta Cidadã de 1988. A Constituição de 1934 é considerada, para o contexto político e social da época, um diploma essencialmente democrático, pois manteve a possibilidade de controle judicial tendo criado alguns

⁴ Já que confere ao Judiciário o monopólio para o exercício da jurisdição (ZANETI JR, 2013, p. 31).

⁵ O Brasil, a partir da Constituição de 1891, conta com a superveniência de cinco Constituições até a promulgação da Carta Cidadã de 1988. A Constituição de 1934 é considerada, para o contexto político e social da época, um diploma essencialmente democrático, pois manteve a possibilidade de controle judicial tendo criado alguns institutos novos fundamentais, como o mandado de segurança. Sua sucessora, a Constituição de 1937, popularmente conhecida como “polaca”, apesar de manter formalmente a possibilidade de controle contemplava uma série de limitações no que tange aos atos e autoridades contra as quais os instrumentos poderiam ser manejados. A Carta Constitucional de 1946 fora a primeira a prever expressamente a possibilidade de controle judicial ao estatuir no artigo 141, § 4º que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Seguiu-se para as Cartas de 1967 e 1969, ambas sob a égide da ditadura militar inaugurada pelo golpe 1964, em que se verificava um contexto de fechamento de espaços para debates como a limitação estabelecida ao Judiciário de apreciação dos atos do Comando Supremo da Revolução e do Governo Federal (ZANETI JR, 2014, p. 35-42).

institutos novos fundamentais, como o mandado de segurança. Sua sucessora, a Constituição de 1937, popularmente conhecida como “polaca”, apesar de manter formalmente a possibilidade de controle contemplava uma série de limitações no que tange aos atos e autoridades contra as quais os instrumentos poderiam ser manejados.

A Carta Constitucional de 1946 fora a primeira a prever expressamente a possibilidade de controle judicial ao estatuir no artigo 141, § 4º que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Seguiu-se para as Cartas de 1967 e 1969, ambas sob a égide da ditadura militar inaugurada pelo golpe 1964, em que se verificava um contexto de fechamento de espaços para debates como a limitação estabelecida ao Judiciário de apreciação dos atos do Comando Supremo da Revolução e do Governo Federal (ZANETI JR, 2014, p. 35-42).

Após um período de ditadura militar, em 1985 o Brasil retoma os ideais de democratização. Esta retomada culminou na promulgação da Constituição de 1988, cujo arquétipo observa o movimento de pós-positivismo e é vocacionada ao estabelecimento de diretrizes interpretativas que confirmam unidade à ordem normativa⁶, bem como atribui ao Judiciário a função de contrabalancear o atuar dos poderes estatais com a proteção das garantias previstas e destinadas aos indivíduos.

A nova conformação constitucional da Carta de 1988 privilegia a positivação de princípios e apresentou, de forma inédita, no art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, erigindo o direito ao processo justo à qualidade de direito fundamental.

Apontando a inspiração do devido processo legal brasileiro à ordem estadunidense, Marinoni e Mitidiero afirmam que o modelo do *fair trial* representa o

⁶ Neste sentido, Hermes Zaneti Jr dispõe que “todo direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito” (ZANETI JR, 2014, p. 51).

mais importante legado do *common law*, figurando como o novo *jus commune* relativo ao processo (2013, p. 699).

O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS CONCRETIZAÇÕES

A garantia do devido processo legal encontra previsão expressa no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. É compreendida pela doutrina como um direito fundamental de conteúdo complexo (DIDIER JR., 2015, p. 66).

Esta complexidade que se lhe atribui decorre da circunstância de que as normas constitucionais relativas ao modelo de processo brasileiro conferem concretude à garantia ao processo devido.

Nesse sentido são anunciados os ensinamentos de Fredie Didier Jr.:

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proíbem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo.

Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo (DIDIER JR., 2015, p. 66).

Mitidiero e Marinoni afirmam consistir em um princípio fundamental de organização do processo que deve nortear o Estado e os particulares e que possui jaez imprescindível para que se alcancem decisões justas (2013, p. 700).

Um processo será considerado devido, portanto, quando contemplar a garantia do contraditório, da ampla defesa; quando observar uma duração razoável, garantido o acesso à justiça; quando respeitar a publicidade adequada e o regramento do juiz natural.

Vê-se, com isto, que a observância do devido processo legal pressupõe o cumprimento concomitante das demais regras e princípios constitucionais de cunho processual.

Diante da vertente principiológica e de tessitura aberta que se revestem os ordenamentos tipicamente originários do *common law*, o devido processo legal padece de um conteúdo bem delimitado, de modo que Edilson Vitorelli afirma que o sentido que se confere à expressão do que seja *processo devido* deve observar o contexto jurídico no qual inserido, não havendo espaço para um delineamento abstrato (VITORELLI, 2016, p. 124).

O ordenamento brasileiro traz uma realidade distinta da norte-americana, na medida em que a Constituição de 1988 se revela diretiva quanto ao conteúdo do que seja entendido por *devido processo*, ao apresentar as garantias processuais difundidas ao longo da de sua extensão como conteúdo mínimo que corporifica o direito fundamental ao processo devido.

Vê-se que na ordem brasileira o devido processo legal se conforma a partir de uma estrutura complexa que decorre da circunstância de que as normas constitucionais relativas ao modelo de processo brasileiro integram o próprio direito fundamental ao processo devido (DIDIER JR., 2015, p. 66).

A GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COMO FATOR LEGÍTIMADOR DA ATIVIDADE JUDICANTE BRASILEIRA

O direito ao contraditório estatuído no art. 5º, LV da CF/88 se manifesta como uma das inúmeras facetas do conteúdo devido processo legal.

A compreensão do teor do direito ao contraditório por muito tempo se limitou à ideia do direito à informação de que gozariam os sujeitos processuais. “O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados” (CABRAL, 2010, p. 200). Entretanto, tal concepção ficou superada na medida em que o processo não busca uma tutela meramente formal.

O processo no modelo constitucional de Estado pretende finalidades substanciais de tutela de direitos. O direito ao contraditório, portanto, exige a aptidão de influenciar o conteúdo das decisões judiciais.

Para além do conteúdo de direito de influência, fundamental sob o aspecto jurídico, o contraditório materializado pelo direito de participação confere à sociedade civil a possibilidade de tornar o processo um espaço deliberativo, consagrando técnicas processuais que observam uma democracia deliberativa.

O art. 1º da CF/88 estabelece que a República Federativa do Brasil se reveste da qualidade de Estado Democrático de Direito, sendo o povo o titular donde emana todo o poder, o qual é exercido diretamente ou por intermédio de representantes eleitos.

Vê-se, com isto, que o modelo de Estado Democrático implica numa circularidade no atuar estatal, eis que a um só tempo constitui o seu fundamento e o seu fim. É a ideia de o Estado agindo pelo povo, com o povo e para o povo (RODRIGUES, 2016, p. 92).

Marcelo Veiga sustenta que “em um estado democrático de direito, a questão acerca da legitimação de uma função estatal se relaciona ao seu exercício com a observância das normas constitucionais” (FRANCO, 2016, p. 7). Deste modo, a

atuação do Judiciário apenas se legitima mediante a observância das garantias constitucionais relativas ao devido processo legal.

É neste contexto que se questiona a legitimidade democrática da atividade judiciária, eis que este modelo de Estado repercute sobremaneira na matéria processual posto exige que o processo, aqui considerado método vocacionado à concretização de direitos fundamentais, seja efetivamente um procedimento democrático, em especial porque o Poder Judiciário - que se corporifica por magistrados nomeados a partir de concurso público, não por meio de sufrágio popular, tal como ocorre com membros do legislativo e executivo -, exerce um poder estatal, que constitucionalmente é conferido ao povo.

Note-se que sendo o processo o mecanismo à disposição do jurisdicionado para resolução de conflitos e concretização de direitos fundamentais há exigência ainda mais contundente de se respeitar o princípio democrático.

Sendo o processo democrático o próprio direito fundamental titularizado pelo jurisdicionado, cabe ao Estado - enquanto Poder Judiciário - o cumprimento deste dever correspondente.

O direito à participação, portanto, assume papel relevante no que tange à atuação jurisdicional. A referida legitimidade somente se alcança mediante a possibilidade de o jurisdicionado -, destinatário primeiro da tutela jurisdicional -, impor-se na formação do resultado em igualdade de condições, de modo a integrar a formação do provimento judicial.

Para que a atividade jurisdicional corresponda aos ditames de uma democracia não basta que o magistrado atue de maneira imparcial, é necessário que oportunize o diálogo e a plena participação dos sujeitos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à participação das partes apresenta finalidade mais ampla que a mera amplitude de debates e poder de influência nas decisões proferidas. Preenche, a um só tempo, um escopo jurídico e um escopo político do processo, pois legitima a atividade judicante no Estado Democrático.

O dever de fundamentação destinado ao magistrado se mostra reflexo ao direito à participação e constitui pressuposto da condução do processo pelas balizas da democracia, orientada pela soberania popular, eis que possibilita que viabiliza que a sociedade civil participe do processo e se insurja contra arbitrariedades e subjetivismos de modo a controlar a decisão proferida e, conseqüentemente, a assumir papel ativo na formação de decisões.

As decisões judiciais somente se mostrarão efetivamente legítimas, sob o prisma político, quando observadas as garantias constitucionais atinentes ao direito de participação no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, Apr./Giu. 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. São Paulo: RT, v. 1, jan./jun. 2015.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006,
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo. Entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). *Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, jul./set. 1993.
- PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3. Padova: CEDAM, 1998.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168, fev./2009.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.). *Coleção o novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antonio (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2013.