

PROCESSO CONSTITUCIONAL E REFORMA DO JUDICIÁRIO

LÍBERO CRISTIANO LEAL DA ROCHA

Advogado

Mestre em Direito das Relações Sociais

Doutorando em Direito Processual

Professor no UNLARAXÁ

Resumo

O processo, tal qual definido em nosso Estado Democrático de Direito, além de garantia fundamental do cidadão, é meio implementador do discurso democrático. Assim considerado, seja no âmbito jurisdicional, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito administrativo é a instituição que legitima os provimentos estatais na medida em que permite que os reais interessados no mesmo influenciem positivamente em sua formação. Nessa seara, a Reforma do Judiciário, alteração legislativa realizada com o escopo de moralizar a Função Jurisdicional, a qual trouxe consigo institutos novos como a Súmula Vinculante e o Controle Externo do Judiciário, tem a sua legitimação condicionada a uma definição processualizada das alterações/inovações.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Estado Democrático de Direito. Reforma do Judiciário.

Abstract

The process, just as defined in our Democratic State of Right, besides citizen's fundamental warranty, is what makes democratic speech. Thus considered, be in the work's judge scope, be in the legislative scope, be in the administrative scope is the institution that legitimates state activities owned companies in the measure in which it allows the real interested at the same influence positively in your formation. In this area, the Reform of the Judiciary, legislative alteration accomplished with the scope of moralizing the Function of Judge, which brought with himself institutes new as the *Epitome Vinculante* and the External Control of the Judiciary, has your conditioned legitimation to a process definition of modifications.

Key-words: Constitutional process. Estado Democratic of Right. Reform of the Judiciary.

SUMÁRIO: Introdução. Capítulo - I. Estado Democrático de Direito e a Função Jurisdicional. Referencial Italiano do Modelo Constitucional do Processo com projeção no Estado Brasileiro e o Processo Constitucional como condutor de implementação efetiva da Democracia. Princípio do Discurso e a Efetivação da Democracia na perspectiva de Jurgen Habermas. Capítulo - II. Da Efetividade do Processo. Garantias Processuais e os Tratados Internacionais. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Brasileiro. Capítulo – III. Da Reforma do Judiciário em consonância com a Emenda Constitucional nº 45 diante do Estado Democrático de Direito. Reforma do Judiciário e os Mitos na concepção do jurista José Carlos Barbosa Moreira. Democratização da Jurisdição e o sentido Principiológico como facilitador interpretativo e operacional da Teoria Democrática. Da atuação do Advogado como Agente participativo e transformador das Funções essenciais à Justiça segundo norma Constitucional constante do Capítulo IV – Seção III – artigo 133. Considerações Finais. Referência bibliográfica – consultada e citada

Introdução

A presente pesquisa científica tem como objetivo estabelecer construção teórica sobre a temática Processo Constitucional e Reforma do Judiciário.

Repensar valores e atitudes do cidadão frente a atuação Estatal sempre fora objeto de inquietações, haja vista o texto Constitucional situar o Estado Democrático de Direito como elemento estruturante da organização político - jurídica.

Entretanto, o efetivo exercício da cidadania deve passar pelo crivo da realidade nacional que assola o Estado Brasileiro mergulhado em situações que desafiam metas, objetivos e condutas dos dirigentes que ocupam cargos na esfera legislativa, executiva e jurisdicional.

Foi repensando e revisitando institutos que com alicerce na teoria do sociólogo Max Weber¹ procuramos estabelecer novos parâmetros para identificarmos ações e condutas praticadas e desconhecidas pelo povo.

O sociólogo em comento estabelecendo critérios de alta indagação nos conduziu forçosamente a diagnosticar o que ele nominou de *os três tipos puros*

¹ A importância de Max Weber (1864-1920) para o desenvolvimento da ciência é relevante. A Sociologia o reconhece como um dos seus mestres máximos. A presença muito forte de Weber no pensamento sociológico latino-americano foi facilitada pelo empreendimento pioneiro da edição mexicana de sua obra máxima, Economia e Sociedade. *Grandes Cientistas Sociais*, vol. 13, p. 128-135.

de dominação legítima. Durante a pesquisa percebeu-se que as teorias por ele formuladas bem encaminham e ofertam a comunidade jurídica-acadêmica etapas que devem ser superadas.

Desse modo, o primeiro tipo puro de dominação ora referenciada é nominada de *Dominação legal*. Este modelo ocorre em virtude da dominação burocrática. Sua idéia básica é: Qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. O tipo daquele que ordena é o “superior”, cujo direito de mando está legitimado por uma regra estatuída. O dever de obediência está graduado numa hierarquia de cargos, com subordinação dos inferiores aos superiores.

O segundo modelo é o da dominação tradicional, em virtude da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito existentes. O derradeiro modelo resulta na dominação carismática em virtude de devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais (*carisma*) e, particularmente: a faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória.

Revisitando teorias clássicas, ponderando situações voltadas para a efetividade teórica no campo da atuação profissional sempre desafiaram metas e atos até então praticados, porque, toda teoria deve ser útil na vida do cidadão. Toda teoria tem o dever de amoldar-se em situações concretas.

A escolha do presente tema ora posto em reflexão justifica-se pela sua relevância no mundo jurídico, bem como a premente necessidade de se realizar uma releitura do Processo Constitucional diante da Reforma do Judiciário.

A problemática levantada e posta em discussão é a seguinte: Qual o parâmetro objetivo e balizador da função jurisdicional na modernidade? A teoria do Direito Democrático convive harmonicamente com a atual estrutura do Judiciário? Essas são apenas algumas dentre outras questões que serão analisadas no curso do presente trabalho científico.

Com relação à metodologia, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, tendo em vista que só foi possível a presente construção teórica através da consulta dos mais renomados autores ao abordarem o tema ora focalizado.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção micro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico.

Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

1. Estado Democrático de Direito e a Função Jurisdicional

O Brasil adota, em seu artigo 1º da Constituição Brasileira, o modelo de Estado Democrático de Direito. Trata-se de norma constitucional a ser executada, não devendo prosperar a idéia de que a Democracia, em nosso país é utopia. A Democracia existe pelo fato de se conferir legitimidade ao povo para o exercício da fiscalidade dos atos estatais e dos agentes (Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Secretários, juizes, representantes do Ministério Público, delegado de polícia, advogados, dentre outros), pois a participação ativa do cidadão no discurso jurídico é o elemento essencial à caracterização e realização efetiva da Democracia.

O processo é concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. O processo enquanto instituição constitucionalizada tem como pressuposto democratizante e lógico a realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados na Constituição brasileira.

Dezessete anos já se passaram desde a promulgação da Constituição e a execução dos direitos fundamentais via processo constitucional ainda é uma novidade, haja vista as poucas mudanças que se fizeram ante a realidade sócio - jurídico - econômica nacional.

O Judiciário no Brasil, ainda continua sendo um reduto de decisões imprevisíveis, tudo decorrente da equivocada concepção da teoria processual ainda vigente e difundida pela Escola Instrumentalista de São Paulo (considerada uma evolução da Escola do Processo como Relação Jurídica entre as pessoas, criada pelo alemão Oskar von Bulow nos idos do ano de 1868).

A lei, que deveria implementar o discurso democrático e ser o caminho para a implementação do Estado Democrático de Direito, ainda continua em segundo plano para grande parte de magistrados, representantes do Ministério Público e advogados. A raridade de decisões jurisdicionais em que sejam mencionados os fundamentos² e os objetivos fundamentais³ do Estado brasileiro é uma realidade em nosso Judiciário que carece de pesquisa jurídica e reflexão científica compromissada efetivamente com os pilares da democracia brasileira.

² Artigo 1º da Constituição Brasileira

³ Artigo 3º da Constituição Brasileira

O Estado que se rotula Democrático de Direito ainda caminha a lentos passos rumo aos ideais que se quer propagar no plano do sistema normativo e no plano do discurso constitucional, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais enumerados no artigo 5º do texto Constitucional⁴. Nesse espaço reflexivo e no tratamento dos princípios que norteiam o estudo do processo na pós - modernidade⁵, tem-se a pretensão de palmilhar, ainda de forma propedêutica, pesquisa centrada no Processo Constitucional e Reforma do Judiciário.

O jurista mineiro Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias citando o francês CARRÉ DE MALBERG oferta a comunidade jurídica -acadêmica a seguinte reflexão: “Em linhas gerais, acerca das referidas funções e sob o pálio de boa doutrina, entendemos juridicamente possível a enumeração das seguintes idéias básicas:

a) a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade;

b) a função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente;

c) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas”⁶.

Das considerações colacionadas é notório que o compromisso do Estado Democrático de Direito que estamos a construir desde 1988, e pela estrutura

⁴ Ressalta-se que o artigo 5º traz um rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais. Na verdade, os mesmos devem ser interpretados de forma extensiva.

⁵ “A pós - modernidade do discurso filosófico - constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixada ao longo de séculos de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, que, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seu juízo de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedade pluralísticas e transculturais da atualidade”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 30.

⁶ Cf. CARRÉ DE MALBERG. *Teoria general del Estado*, p. 635. FIX-ZAMUDIO. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, p. 227. ALTAMIRA GIGENA. *Responsabilidade del Estado*, p. 36. DEL VECHIO. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 245-246. MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, t. V, p. 29. SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 475. *apud*. DIA . Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*, p. 75-76.

demarcada carece de melhor adequação aos novos parâmetros que o povo, como parte legítima reclama junto ao Estado. Tal fato se justifica, porque, na avaliação do Professor Frederick Muller⁷ o povo há de ser visualizado como “instância global da atribuição de legitimidade democrática. E neste sentido é que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo”.

O povo há de ser na atual conjuntura o eixo e mediador entre seus próprios interesses e o destino do Estado, não sendo lícito aos legisladores romperem com os compromissos assumidos pós - sufrágio.

A condição, operacionalização e o *status* de Estado Democrático de Direito serão trabalhados em momento oportuno. A idéia central no presente tópico é o salto para o Processo Constitucional como efetivador dos Direitos e Garantias Fundamentais.

2. Referencial Italiano do Modelo Constitucional do Processo com projeção no Estado Brasileiro e o Processo Constitucional como Condutor de implementação Efetiva da Democracia

Louis Favoreu⁸ em estudo específico resgata que a CONSTITUIÇÃO de 27 de dezembro de 1947 atualmente em vigor criou, pela primeira vez na Itália, um sistema de justiça constitucional; mas a Corte Constitucional assim prevista só seria instalada oito anos mais tarde. De fato, o Parlamento só pôde dar posse aos cinco juízes que tinha nomeado em 30 de novembro de 1955, e a Corte teve sua primeira sessão em 23 de abril de 1956. Proferiu sua primeira decisão em 14 de julho de 1956. A Corte exerce uma função insubstituível na medida em que remediará a falta de escolhas legislativas: a Corte tende a ser vista como um “co-legislador” ou mesmo como um legislador, principalmente em razão de suas sentenças “aditivas” ou “substitutivas”.

Os processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera bem conhecidos no meio acadêmico da Escola Mineira de Processo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais sugerem um modelo constitucional de processo, que se bem revisitados podem em muito contribuir na efetivação da teoria democrática como pilar primário para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais enumerados no artigo 5º da Constituição Brasileira.

No Estado Brasileiro, o instituto jurídico do *mandado de injunção* teria que, a semelhança do modelo italiano – prolatação de sentença “aditiva ou

⁷ MULLER, F. *Quem é o Povo*, p. 60.

⁸ FAVOREU, L. *As Cortes Constitucionais*, p. 77 e 91.

substitutiva” ter eficácia e operacionalidade. A realidade entretanto demonstra que tal não ocorre. Na verdade, referido instrumento apenas tem o condão de cientificar o órgão legislativo quanto a omissão de norma legislativa específica. Não há efeito prático jurídico.

A estrutura processual italiana como referencial encontra-se assim projetada segundo Ítalo Andolina:

a) Expansividade: Consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;

b) Variabilidade: Indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam advir-se segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares;

c) Perfectibilidade: Designar sua idoneidade a ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional”⁹.

A ordem constitucional brasileira deve ser idealizada com maior campo de abrangência, exigindo dos profissionais do direito como um todo, melhor perfil exegético democrático, para que em momento oportuno o Processo Constitucional no Estado Democrático possa efetivamente alcançar o *status* de implementação com aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, tal qual determina o texto constitucional em seu parágrafo segundo.

A inoperância aliada ao positivismo extremado e formação acadêmica em nada contribuem para o rompimento de dogmas jurídicos consolidados. É mister repensar, revisitar, aplicar, fazer acontecer na perspectiva constitucional os ideais da teoria democrática.

Somente com mudança comportamental será possível uma ruptura de valores agregados a preceitos que não conseguem veicular os novos acontecimentos, a mudança da sociedade, a mudança da função jurisdicional e os ideais da sociedade.

No estudo do Direito Processual Constitucional focaliza-se um marco

⁹ ANDOLINA, I. e VIGNERA, G. *Il modello costituzionale de processo civile italiano*, p. 14-15.

teórico que corresponde às expectativas dos juristas pós - modernos e realmente compromissados com a construção do processo no modelo Democrático.

Em releitura, Rosemiro Pereira Leal¹⁰ sinalizou que o processo é instituição pública constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos. Nenhum provimento (decisão judicial legiferante ou administrativa procedimental conclusiva pode ser exarada em desavivo aos *princípios* jurídicos que integram a instituição do Processo: ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia.

Na bem construída orientação de Italo Andolina¹¹, a estrutura participativa do *iter* de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na “paridade de armas”, etc), demonstram a participação do povo, via advogado dos seus anseios e objetivos.

Depreende-se que ganha potencialidade, principalmente com o pós-guerra, no qual o movimento constitucionalista se fez presente após grandes conquistas, o ensino do Direito Processual Constitucional. Como referencial torna-se tendência mundial; nesta particularidade, igualmente o estudo analítico da Reforma do Judiciário.

Na lição do Jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho¹² ao acentuar que desse modo, a exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delineado em enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral. O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição.

Diferente não é o entendimento e a lição do Professor Marcelo Cattoni¹³ ao estabelecer uma crítica no sentido de que os juízes não devem comportar-se, embora tantos se comportem, como donos da verdade e guardiães da virtude, postura incompatível com um conceito procedimentalista de Democracia.

¹⁰ LEAL, R. P. *Teoria Geral do Processo*, p. 77.

¹¹ ANDOLINA, I. *Revista de Processo* n. 87. Julho-Setembro de 1997, ano 22, p. 65.

¹² BARACHO, J. A. O. *Processo Constitucional*, p. 347.

¹³ CATTONI, M. *Direito Processual Constitucional*, p. 23 – apresentação da obra.

4. O Princípio do Discurso e a Efetivação da Democracia na Perspectiva de Jurgen Habermas

A proposta do presente tópico não é analisar as teorias filosóficas do pensador alemão Jurgen Habermas, mas demarcar em face de suas reflexões argumentos teóricos para a procedimentalidade visando-se encaminhar e implementar a Teoria Democrática. Para tanto, elegemos o capítulo VII, do tomo II da obra Direito e Democracia que trata da Política Deliberativa – Um conceito Procedimental de Democracia, para uma reflexão epistemológica do processo, procurando contribuir para a teoria democrática do direito, esclarecendo-se ao final a processualidade jurídica voltada ao Processo Constitucional.

A conquista histórica da democracia se faz presente. Entretanto, é mister se cogitar que estudos revelam uma conquista teórica testificada visando manejar de forma adequada a democracia que não fora ainda consolidada de modo e forma eficiente apta a garantir os princípios fundamentais alojados na Constituição Brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988.

Deparamos com uma realidade distanciada do cidadão, onde mecanismos estatais a todo instante são manejados de forma escusa, na verdade, aniquilando conquistas que deveriam passar pelo crivo dos princípios institutivos do processo, porque garantidos e pré - acertados desde a elaboração da Constituição. Devendo, portanto, serem aplicados de forma imediata.

Jurgen Habermas trabalha com o método crítico reconstrutivo, tendo por finalidade construir uma ciência teorizando sobre democracia, ofertando sua contribuição para um estudo dialógico da realidade jurídica, rompendo com o tradicional conhecimento dogmático.

O presente tópico, igualmente, afastando-se das amarras filosóficas não esclarecidas pelo pensador alemão foi idealizado procurando-se as insuficiências ou contradições encontradas ao longo da leitura no capítulo noticiado. Portanto, tem-se como objetivo principal contribuir com a teoria do processo para a construção e efetivação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Na primeira seção do capítulo relativo a Política Deliberativa – Um conceito Procedimental de Democracia, o pensador de Frankfurt propõe e estabelece uma linha condutora que em vários momentos encaminham estudos para o progresso acadêmico numa perspectiva jurídico - processual. Para tanto, Jurgen Habermas exara registros – *proposições* – que desafiam estudiosos comprometidos com a efetivação e construção do Estado Democrático de

Direito, cujo *iter* recai necessariamente sob o crivo da legitimidade democrática do “poder” e do direito.

O filósofo alemão elaborou ao longo do texto várias proposições, porém, dada a especificidade do presente tópico que é coletar *indícios ou informações na teoria habermasiana* há de se ressaltar:

Existe uma interpretação, segundo a qual o “poder social” se expressa na força de imposição de interesses superiores, que podem ser defendidos de modo mais ou menos racional; pode-se, pois, conceber “o poder político” como uma forma de poder social abstrato e duradouro, que permite intervenções no “poder administrativo”, isto é, nos cargos organizados de acordo com as competências.¹⁴

Na concepção de Jurgen Habermas a inquietação projeta-se em face dos mecanismos que norteiam a estrutura estatal como forma isolada de conquista do Poder por parte da maioria que, valendo-se do *poder administrativo*, dirigem o Estado.

O crítico alemão defende o compromisso ético com a democracia e manifestações sociais, buscando soluções para os notáveis problemas de nosso tempo. Para tanto, pondera:

Assim como o poder em geral se manifesta na superioridade empírica do interesse mais forte, o poder do Estado se manifesta na estabilidade da ordem por ele mantida. A estabilidade vale como medida para a legitimidade, pois a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento fático por parte dos que estão submetidos à sua autoridade. Qualquer legitimação é aceita, contanto que contribua eficazmente para a estabilização da autoridade política.

O Estado brasileiro atravessa uma notória e especializada crise de ordem político - jurídica e econômica, cujo fato gerador encontra-se destacado na trajetória autoritária e despótica na condução deste ente manifestada de forma descompromissada, ora desviando recursos públicos, privatizando instituições para interesses particularizados, ora desprezando e violando a Constituição. Enfim, relegando a um segundo plano os direitos e garantias fundamentais de modo a não efetivá-los.

Lado outro, a atuação popular não desaparece com elaboração e promulgação da Constituição. Ao contrário, todo processo constituinte deve ser revitalizado com mecanismos comunicacionais e procedimentos aptos ao manejamento pelo próprio povo, a fim de que a legitimação e exercício da

¹⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, p. 11.

cidadania – *teoria democrática* – torne-se uma realidade concreta. Em síntese, deve-se oportunizar a reinterpretação e recriação de todo sistema normativo com a participação ativa da sociedade.

Numa construção propedêutica, Jurgen Habermas acerca do processo democrático interligada ao aparelho racional do Estado oferta ao leitor uma leitura que merece destaque:

É importante salientar que esse modo de descrever o processo democrático prepara as bases para uma conceitualização normativa do Estado e da sociedade. Pressupõe-se apenas uma administração pública do tipo “aparelho racional do Estado”, como a que se formou no início dos tempos modernos através de um entrelaçamento funcional com o sistema econômico capitalista. Na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o medium através do qual a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente.¹⁵

O intercâmbio elaborado pelo crítico alemão no sentido que a administração pública é do tipo aparelho racional do Estado, pode ser questionado até mesmo em face da estrutura constitucional brasileira atual, cuja roupagem legal encontra-se na Constituição em seu artigo 37, onde a administração pública deve pautar-se pelos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (inobservados e não fiscalizados de modo efetivo) pelo povo, pelas organizações não governamentais, pelo Ministério Público.

Este último princípio – *eficiência* – se bem ponderado reclama da função jurisdicional melhor tratamento e celeridade para consolidar com o povo, em um espaço aberto e participativo (procedimentalizado) rumo a fiscalidade ampla e contínua dos atos praticados pelos que exercem função pública.

A propósito o entendimento de Frederic Muller¹⁶ em sua conhecida obra no meio acadêmico - *Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia*, adverte: A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo - destinatário) e graus distintos.

O povo, na vertente Constitucional, deve, necessariamente, manifestar-se, a exemplo do que ocorre com a ação popular. Mas na democracia, é importante frisarmos que a fiscalização ampla e irrestrita deve ser manejada

¹⁵ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, p. 19-20

¹⁶ Construção teórica inserida na página 76 da mencionada obra.

antes, durante e depois da edição de qualquer ato gerado pela administração pública direta e indireta.

5. Da Efetividade do Processo

A realidade mostra que nem sempre o cidadão que recorre ao judiciário aguarda unicamente uma sentença favorável. O que lhe interessa, mais que isso, é a reparação efetiva, real de seu prejuízo.

À vista disso, quando se fala sobre a realidade social, é possível compreender que é necessário identificarmos o processo como garantia em seu verdadeiro sentido; que as sentenças sejam objetivamente cumpridas; que as normas processuais sejam aplicadas e exigidas dentro dos limites do sistema legal.

Vê-se, por isso mesmo, dentro da proposta colocada para reflexão, que não é tarefa das mais fáceis delinear o exato significado do que seja “prazo razoável” nos limites da efetivação jurisdicional. O que se exprime, primeiramente, é que a questão referente ao “prazo justo” ou prazo razoável estaria vinculada à idéia da efetividade e ao máximo aproveitamento que se pode esperar de um processo, sem as demoras excessivas e delongas injustificáveis que, lamentavelmente, são marcas do sistema jurisdicional brasileiro.

Diante desta realidade, é preciso que se cuide, neste estudo, do processo em sua relação com a Constituição, aí envolvidas as linhas essenciais do sistema processual consagrado no texto magno. A rigor, a Constituição é que determina muito dos institutos básicos do processo, especialmente aqueles adstritos à segurança e acesso à jurisdição, envolvendo a aplicabilidade, a exigibilidade e executoriedade das diferentes normas vigentes.

Também é verdade facilmente observável que o processo, efetivador do sistema de garantias explicitados pelo ordenamento jurídico, abrange o direito à tutela jurisdicional com todas as dimensões que assegurem a proteção jurídica eficaz e adequada. Não se pode mesmo cuidar de estudar processo nos limites restritos de mero sistema procedimental. O processo não se resume a isto. O processo é direito subjetivo constitucional, dotado de efetividade, adequação e tempestividade. Sem a presença de tais elementos, não existe processo efetivo no mais amplo significado da expressão *due process of law*.

É necessário observar que o direito à efetividade é abarcado pelos limites determinantes da igualdade perante a lei e da igualdade de direitos, significando algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de

qualquer discriminação não justificada; significa o igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, compreendendo, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos civis e políticos, geralmente proclamados em todas as Constituições modernas¹⁷.

Outro fator a merecer atenção refere-se aos pactos internacionais cujos textos relatam prerrogativas fundamentais, como direito público subjetivo de julgamento no âmbito do que seja considerado “prazo razoável”. Observa-se que, embora o texto da Constituição não tenha empregado tal expressão, vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal deixam transparecer uma preocupação com a razoabilidade dos prazos judiciais.

Por fim, baseado no entendimento de que o direito processual vive um momento de delicadas crises, uma pesquisa objetiva pode contribuir para a solução destes conflitos, especialmente porque, em outras palavras, justiça tardia não pode ser qualificada como verdadeira justiça, mas injustiça qualificada e manifesta contra o direito das partes que a invocam, porque, inoperante.

6. Garantias Processuais e os Tratados Internacionais

Formular uma definição aceitável do conceito de “razoável duração do processo” ou “prazo razoável” é tarefa que encerra dificuldades. O problema não surgiu ontem. Coexiste adstrito a um debate ainda mais acentuado, que envolve, de forma expressa, as questões relativas ao estado de direito, à inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem por meio de instrumentos legais de ordem internacional e à conjugação desses elementos com o abrangente conceito - garantia do devido processo legal.

Para uma localização temporal no delineamento do conceito, objeto da pesquisa, pode-se dizer, primeiramente, que o processo, só “surgiu recentemente com a conquista histórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados”¹⁸, questão, por vez, debatida desde o início da era moderna, incluída nas Constituições dos Estados Liberais, mas somente passando da esfera nacional para a internacional, depois da Segunda Guerra Mundial, envolvendo, pela primeira vez na história, todos os povos¹⁹.

Desta forma, a adoção brasileira a tratados internacionais que especificam

¹⁷ BOBBIO, N. *Igualdade e Liberdade*, p. 29.

¹⁸ LEAL, R. P. *Teoria Geral do Processo - primeiros estudos*, p. 40.

¹⁹ BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*, p. 49.

direitos humanos veio reforçar e engrandecer o princípio da prevalência das garantias e direitos fundamentais; sejam aqueles explicitamente enumerados no texto constitucional, sejam os subentendidos ou decorrentes das regras e princípios adotados pela Constituição, ou ainda, os assegurados e inscritos nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

A rigor, direitos e garantias como os inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, adotados pelo Estado brasileiro, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos, ampliando consideravelmente o núcleo mínimo dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico²⁰.

Decorre disto, que é de vital importância atar o processo às garantias, sejam elas explicitadas no texto constitucional ou, se não explicitada, incorporadas ao sistema jurídico por meio dos tratados internacionais, porque o processo é também um instrumento de tutela de direitos, efetivada pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Outro não é o entendimento do jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho:

A aproximação entre Constituição e Processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros; (...) Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.²¹

Prosseguindo, o jurista mineiro²² faz a precisa relação entre Constituição e Processo quando diz que tal relação “é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado”. E complementa informando que “a Constituição determina muito dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre Constituição e Processo”.

De fato, no texto constitucional vêem-se inúmeras garantias direcionadas à segurança processual de acesso à jurisdição que se traduzem em verdadeiras garantias processuais: direito à ampla defesa e à tempestividade da tutela jurisdicional, dentre outros. Eis a lição do mencionado Constitucionalista²³:

²⁰ MAZZUOLI, V. O. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, p. 233-252.

²¹ BARACHO, J. A. O. *Processo Constitucional*, p. 125.

²² BARACHO, J. A. O. *Processo Constitucional*, p. 122.

²³ *Processo Constitucional*, p. 122.

A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social.

Também merece registro a lição do jurista Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias²⁴, quando acentua:

Comentando o enfoque doutrinário de Carré de Malberg a respeito da teoria do Estado de Direito, notadamente quanto à tecnicidade de estarem os cidadãos armados juridicamente com o direito de ação para atacarem os atos estatais viciosos que lesassem seus direitos, Simone Goyard-Fabre sintetizou o pensamento daquele publicista ao dizer que, ‘em outros termos, o princípio básico do Estado de Direito é a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem’.

Torna-se, assim, relevante enfatizar que na atualidade, existe uma tendência acentuada no estudo do Processo Constitucional e do tema *efetividade do processo*.

A razão do estudo sistemático do tema existe, principalmente, em função da complexidade das relações sociais na vida moderna. Esse enfoque adquire especial relevância num momento de evolução na implementação dos direitos humanos e suas garantias. De fato, há uma busca atual de meios mais eficazes de implementação de direitos.

7. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Brasileiro

Não há dúvida de que a proteção de Direitos Humanos; no plano do direito interno, requer instrumentos adequados para sua proteção, no caso de ameaça a direitos constitucionalmente reconhecidos.

O Estado não pode negar direitos públicos subjetivos existentes antes dos direitos escritos, porque tais direitos se erguem diante e acima do Estado. Os direitos fundamentais precedem à própria organização do Estado, não resultam do direito interno, mas precedem-no, são alicerces do direito internacional.

Também na visão do constitucionalista J. J. Gomes Canotilho²⁵, os direitos fundamentais implicam, num plano jurídico - subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva). Nessa linha, a

²⁴ *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais* - nº 9, p. 218.

²⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 541.

inovação da Carta Constitucional de 1988, no que se refere aos direitos e garantias nela assegurados, ampliou e reforçou o princípio de prevalência dos direitos humanos, de tal forma, que a abertura brasileira contribui para a inserção automática dos tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica da cidadania no âmbito do Direito Brasileiro²⁶.

Tal assertiva pode ser confirmada pelos termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, admitida pelo Decreto n. 678/92, que promulgou o Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no Direito interno Brasileiro desde novembro de 1992, cuja redação ora se transcreve:

Artigo 7 – Direito à liberdade pessoal.

Omissis

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção ou ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais (...).

Artigo 8 – Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por sua vez, o artigo 9, inciso 3, e artigo 14 do Pacto internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, ao qual o Brasil aderiu em 24/01/92, dispõe expressamente:

Artigo 9.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada, em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá direito a ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Artigo 14.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....

c) a ser julgada sem dilações indevidas;

²⁶ MAZZUOLI, V. O. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, p. 121.

Embora esta harmonização entre as normas expostas nos tratados e o direito interno dos Estados partes, e o destaque que podem vir a ocupar nas constituições dependem não somente de considerações de ordem constitucional interna, mas do desenvolvimento nos tratados de direitos humanos, vigoram, entre nós, por força dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como um direito fundamental do acusado, o direito de ser julgado em um prazo razoável.

Tal afirmação torna-se incontestável ante o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, que determina:

Artigo 5º -

Parágrafo 2º - os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De outro lado, com singularidade estatui o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição brasileira: “as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata”. Cobre-se essa disposição constitucional de grande significação, especialmente porque os preceitos genitores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis efetivadoras para serem sacramentados; coexistem no “universo das leis”, de maneira que, pela doutrina moderna, os direitos fundamentais são considerados direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização, não tendo tais direitos caracteres eminentemente processuais ou aqueles norteadores do processo sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Outro fator vital em consequência disso é no sentido de que a problemática do direito à jurisdição não pode ser estudada nas estreitas demarcações do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata tão somente de tornar viável o acesso à jurisdição como instituição estatal, e sim de possibilitar o efetivo respeito pelo cidadão por parte de magistrados, promotores públicos, delegados de polícia e advogados. Incontestável, portanto, que o processo é o método eleito e obrigatório previsto na Constituição para a proteção e a realização do direito violado ou ameaçado de o sê-lo.

Na realidade, a Constituição brasileira veio fortalecer a tendência de outras Constituições reconhecendo a relevância da proteção internacional dos direitos humanos, dispensando à matéria tratamento especial, inserindo, no contexto dos direitos assegurados, também, a plena realização de referidos direitos.

Em outras palavras, o processo deve servir para a geração de decisões de acordo com a lei, mas, além disso, adequar-se para a produção de decisões

justas e equilibradas com a participação em simétrica paridade na construção do provimento final com o constitucional direito ao advogado. Daí, que se o Direito Processual Constitucional²⁷ tem também como finalidade o estudo dos instrumentos de garantia, no sentido estrito, suas normas constitucionais devem ter meios eficazes para se tornarem obrigatórias e exequíveis.

8. Da Reforma do Judiciário em consonância com a Emenda Constitucional nº 45 diante do Estado Democrático de Direito

Guardadas as devidas proposições, muitos de modo geral, criticam lições de grandes pensadores que marcaram a trajetória do homem no espaço e no tempo. Acreditamos que todo autor clássico ou moderno, sem exceção, quando oferta ao mundo acadêmico e ao jurídico suas inquietações teóricas, sempre, ainda que de forma fragmentária, contribui com o aprimoramento em base cognoscível do homem, porque, remetem necessariamente a um círculo de conclusões para ao final posicionarem-se.

Pensando e repensando conceitos, valores e condutas do homem em face de seu semelhante que ei por bem, deflagrar o presente tópico com uma pequena passagem de Rousseau²⁸ no sentido de que “homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes”. Acreditamos que conhecimento e pesquisa foram e devem ser elaboradas visando-se a liberdade de expressão, troca mútua e constante de informações para almejarmos o tão sonhado Estado Democrático de Direito e a operacionalização do judiciário de forma a atender o cidadão de modo simples, escorreito, tempestivo. Numa só frase: eficiência e bom senso.

Outro não é o entendimento do Professor Márcio Sotelo Felipe²⁹ quando colaciona: “O Direito como expressão da liberdade sobre os fatos sociais encontra sua máxima radicalidade em Rousseau. A escravidão é um fato, o regime a que Rousseau está submetido é um fato. O Estado constrói-se sobre valores, e uma vez construído, seus construtores não são passivos. Permanecem ativos e o reconstróem incessantemente”.

Como construir, reconstruir, pensar e repensar a Reforma do Judiciário ante a teoria democrática? Este questionamento é por demais melindroso

²⁷ BARACHO, J. A. O. *Processo Constitucional*, p. 129.

²⁸ *Do Contrato Social*, Livro Primeiro, Cap. VI.

²⁹ *Razão Jurídica e Dignidade Humana*, p. 75. A obra do mencionado autor procura entender o que ocorreu no intervalo entre a visão mecânica do século XVII, e a puramente física ou epistemológica de nossa época.

para ser respondido em poucas palavras. Não se trata de respostas positivas ou negativas. Sua extensão e complexidade vão muito além da própria ciência do Direito, da Epistemologia. Na verdade, ao passado do homem, sua evolução e condição atual, porque, esbarra necessariamente na questão da legitimação.

Foi pesquisando e refletindo que focalizamos em obra especializada argumentos sólidos que remontam indagações do passado que refletem o quadro atual. Para tanto, mister se faz registrar:

O discurso poético - constitucional atende a possibilidade constitucional, delimitando sua atuação e fornecendo o imaginário teórico e prático da realidade da Constituição, fazendo a exclusão do impossível e do necessário do horizonte criativo do fenômeno jurídico - constitucional. O discurso retórico - constitucional, por sua credibilidade verossímil, propõe-se a compreender as etapas de contato e relação da Constituição com o poder político e o Estado, antecipando suas formas de mediação e propondo tópicos que indiquem a segurança das decisões a serem tomadas. Da mesma forma, a retórica constitucional se impõe como o modelo de criação legislativa, na forma da representação democrática e da produção normativa, que exige uma aproximação verossímil dos conteúdos segundo o choque de valores e interesses sociais representados no legislador constitucional. O discurso dialético - constitucional, por sua vez, apresenta-se como etapa racionalizante da justificativa da decisão constitucional, propondo soluções prováveis que apresentam dispostas em forma de argumentos jurídicos comprováveis pela dialeticidade de seus conteúdos e pela logicidade de sua disposição silogística coerente. O discurso analítico - constitucional, por fim, responde pela necessidade de demonstração formal dos raciocínios desenvolvidos nas diversas etapas cognoscíveis do discurso constitucional – poético, retórico e dialético – e pela estruturação interna dos objetos jurídicos (e.g., a norma como objeto ideal), atuando, ainda, como espectro ideal do fundamento constitucional dialético.³⁰

Estas considerações construídas na órbita do Direito Constitucional bem encaminham o quadro nacional, que se bem analisados servem de fundamento teórico para os já passados dezessete anos da promulgação da Constituição, demonstrando, porém, a realidade situação que requer dos juristas mudança

³⁰ ROSA-DALLA, L. V. *Uma teoria do discurso constitucional*, p. 253. Para esse autor, não basta identificar e compor uma análise teórica do discurso da Constituição, é preciso desenvolver e aplicar esta teoria de forma a visualizar o que aqui se identifica como o movimento constitucional, a dinâmica relacional da imposição teórica à contingência prática, da idealidade científica à concretude da realidade, p. 255.

comportamento e de rompimento efetivo com *as amarras jurídicas meramente dogmáticas* que em nada contribuem para o fortalecimento da ordem constitucional que somente poderá ser restabelecida pela atuação e fiscalidade ampla do jurisdicionado em face dos agentes governativos ocupantes de cargos nas esferas legislativa, executiva, porque, foram eleitos pelo povo, sendo que no caso do judiciário o controle externo deve ser o pilar da democracia com a participação do povo.

O jurista Álvaro Ricardo de Souza Cruz³¹ traz a convite a reflexão no sentido de que a consideração de circunstâncias fáticas sobre as quais as normas pautarão as ações/comportamentos humanos impõe uma descrição adequada do problema. Isso resulta na necessidade de incorporação ao discurso de argumentos outros, que não simplesmente o da reciprocidade ínsita à moralidade pós - convencional.

Prossegue o professor relatando ainda que “é preciso ficar claro que a normatividade colocar-se-á diante de problemas pragmáticos e éticos, que exigem o recurso ao “princípio da democracia”, indispensável à formação comunicativa do poder político. O “princípio da democracia” garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético - político da razão prática”.

Fundamentação teórica que não poderia deixar de ser registrada, porque valiosa: “O Direito Constitucional das liberdades afirmou-se como uma realidade formal, não apenas dogmática. Tem alcance e conteúdo intemporal, objetivando passar do ideal ao real.”³²

Passar do ideal ao real, requer determinação, liberdade pública e desejo consciente de alteração do quadro situacional em que o Estado Brasileiro encontra-se. O problema não é somente econômico, mas principalmente legislativo, é mister adequar, construir, aniquilar e melhorar o sistema com a participação efetiva do povo.

Em breve, porém necessária fundamentação é importante colacionar de forma didática os conceitos básicos e propostas dos Estados no tempo:

1. Estado Liberal: Pauta-se em ideais individualistas e foi o modelo adotado e preconizado quando da Revolução Francesa;
2. Estado Social de Direito: Recepcionado pela Constituição de Bonn em 1949, qualificando a Alemanha como um Estado Democrático e Social, que busca fundamentalmente a justiça e bem-estar social, mesmo que de forma discursiva e meramente formal;

³¹ *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 219.

³² BARACHO, J. A. O. *Jurisdição Constitucional da Liberdade*, p. 1.

3. Estado Democrático de Direito: Estrutura na visão da teoria do discurso e tem seu fundamento na legalidade, supremacia da Constituição, e soberania popular. Quando se fala em Estado de Direito, pode-se frisar como características: 1. O império da lei como expressão da vontade geral; 2. Divisão das funções estatais – executivo, legislativo e judiciário; 3. Legalidade da Administração Governativa, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; 4. Direitos e liberdades fundamentais – garantia jurídico - formal e efetiva realização material. É o império da lei que se impõe, devendo significar que até o legislador se vincula à própria lei que cria, tendo presente que a faculdade de legislar não é instrumento para a dominação arbitrária.³³

A Democracia existe. Como efetivar? Numa primeira análise, sem entretanto desconsiderarmos outros fatores como o econômico, no Estado Brasileiro é necessário que a função jurisdicional com a reforma seja eficiente a ponto de efetivar os ideais consolidados e pré - acertados desde o “poder” constituinte originário.

Nesta linha de pensamento, e para o Professor Rosemiro Pereira Leal³⁴, o Estado democrático de direito, em suas instâncias judicial, legislativa e administrativa, não é, *per se*, produtor de direito, porque o Estado é co-instituído e incluso, como instância jurídico - espacial processualmente normatizada de condicionalidade (acondicionamento) dos direitos fundamentais, pela vontade popular (soberania) da comunidade. Portanto, a produção, a atuação e aplicação do direito na democracia só se validam no espaço estatal discursivo do *devido processo constitucional* como lugar de sua legitimidade originária em suas vertentes dos devidos processos legislativo e legal.

Há de ser dito, portanto, que tal poder não existe em nenhum homem individualmente, mas sim na coletividade humana; (...) todos os homens nascem livres e, portanto, nenhum possui jurisdição política sobre o outro.³⁵”

“buscamos uma concepção política de justiça para uma sociedade democrática, vista como um sistema de cooperação justa entre cidadãos livres e iguais, que aceitam de boa vontade, como politicamente autônomos, os princípios publicamente reconhecidos de justiça que determinam os termos justos dessa cooperação.³⁶

³³ SILVA, G. G. *A Evolução histórica da concepção de processo: uma análise pautada nos parâmetros constitucionais do Estado Democrático de Direito* – Coletânea de artigos do Curso de Especialização em Direito Processual, p. 115.

³⁴ *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 139.

³⁵ FERRAJOLI, L. *A Soberania no Mundo Moderno*, p. 77-78.

³⁶ RAWLS. J. *O Direito dos Povos*, p. 40-41.

8.1 Reforma do Judiciário e os Mitos na concepção do Jurista José Carlos Barbosa Moreira

Barbosa Moreira³⁷ deflagra o estudo colacionando para tanto que reformas legislativas de cunho exclusivamente (ou predominantemente) científico podem ser avaliadas em plano teórico. Reformas legislativas de cunho exclusivamente (ou predominantemente) prático só podem ser avaliadas à luz de seus efeitos concretos. Exemplo do primeiro caso seria a substituição de palavras do texto legal, para corrigir impropriedades terminológicas. Exemplo do segundo caso são a introdução de institutos novos e a modificação substancial de institutos já existentes.

A realidade ancorada ao pensamento de Barbosa Moreira, demonstra o quanto a situação prática relega a um segundo plano a vastidão de conceitos, teorias jurídicas, formação do profissional, mentalidade e desejo efetivo de comprometer-se com a teoria democrática. Não basta ser jurista, é mister ter coragem, enfrentar desafios num processo de mútua cooperação com o povo. Reformas sem a participação do povo – *representantes locais, setoriais, regionais* – com formação acadêmica ou não devem ser idealizadas num espaço procedimentalizado.

Neste particular, a orientação do professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz ampliando o caminho percorrido pelo jurista Paulo Roberto de Gouvêa Medina quando este último citando José Lebre de Freitas nos indica de forma evidente que o contraditório deve ser ferramenta manejada além da atuação existente no *iter procedimental*.

O contraditório é elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da ‘resposta correta’ ou da ‘norma ideal’. Ele compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão solipsista da Teoria da Decisão. O contraditório é peça fundamental nesse jogo de argumentação.³⁸

A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo *defesa* (“no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheira”) para passar a ser o vocábulo *influência* (“no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”)³⁹.

³⁷ *Temas de Direito Processual*, p. 1.

³⁸ *Jurisdição Constitucional Democrática. O Modelo procedimentalista de jurisdição constitucional*, p. 246.

³⁹ *apud*. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*, p. 96. MEDINA, P. R. G. *Direito Processual Constitucional*, p. 29.

Obviamente que esta construção teórica acerca do princípio do contraditório será um salto para a efetivação e construção da teoria da democracia, onde o povo deverá ser ouvido em todo *iter do processo legislativo*, para que tenha a oportunidade de manifestar-se sobre a edição de leis. Acreditamos assim em uma plena democracia participativa onde a teoria terá resultado prático.

Nesse sentido a contribuição do Professor Marcelo Cattoni se faz presente para identificarmos a seguinte construção teórica no sentido de visualizar o seguinte:

Para uma teoria do Direito e da Democracia que ultrapassa os parâmetros jurídicos liberais e de bem-estar social, o Direito deverá ser compreendido, fundamentalmente, como processo, ou termos procedimentalistas. Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem sem modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico - constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público - estatal do tipo pronúncia - declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.⁴⁰

Retomando o pensamento em Barbosa Moreira⁴¹, tem-se: O PRIMEIRO MITO – “A RAPIDEZ ACIMA DE TUDO (ou: Quanto mais depressa, melhor). É a crença, bastante difundida, de que se cuida de fenômeno exclusivamente brasileiro, ou quando nada de que a oposição de nosso país, na escala planetária, é aí tão escandalosamente ruim como a que lhe cabe em tema de distribuição de renda. Sem de longe insinuar que isso nos sirva de consolo, ou nos permita dormir o sono da boa consciência, ousou assinalar que o problema é praticamente universal e alarma não poucos países do chamado primeiro mundo. Há décadas freqüente congressos internacionais de direito processual, e a nenhum assistí em que não ouvisse a propósito gemidos e lamentações, vindos dos mais diversos quadrantes”.

Prossegue Barbosa Moreira⁴², ponderando ainda que a idéia de que todos

⁴⁰ Para o Professor Marcelo Cattoni *in Devido Processo Legislativo*, p. 109, tal compreensão do processo legislativo funda-se numa tentativa explícita de combinar as análises de Elio Fazzalari (1994), do Scritto Galeotti (1985) e, num certo sentido, de Peter Haberle (1997), à luz da Teoria Discursiva de Direito e da Democracia apresentada por Jürgen Habermas. Cabe registrar, também, que para não envolver, criticamente, preciosas instituições apresentadas em Galuppo (1995).

⁴¹ *Temas de Direito Processual*, p. 1.

⁴² *Temas de Direito Processual*, p. 2.

os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível.

SEGUNDO MITO⁴³: “A “FÓRMULA MÁGICA” (ou “Abracadabra”). Não poucos críticos da situação atual deixam entusiasmar-se por um determinado remédio que lhes parece capaz de debelar todos os males. Só têm olhos para a suposta panacéia. Desdobram-se, a propósito de tudo e até sem propósito algum, em exortações ao uso da receita. Há casos de autêntica obsessão. Como é natural, varia a fórmula de acordo com as preferências do propagandista. Um se mostra convicto de que o caminho único é o reforço da oralidade no processo; causa-lhe arrepios a idéia de que algo, seja o que for, se faça por escrito. Outro enxerga o inimigo capital no emprego do procedimento ordinário, a ser expulso da posição de eminência que se lhe atribui. Um terceiro preconiza a universalização do regime dos Juizados Especiais. Não falta quem veja a saída do impasse na opção radical pelos meios alternativos de composição dos litígios, que teriam a virtude quase milagrosa de desafogar o aparelho judicial. (...). Abstenho-me, por desnecessário, de prosseguir na exemplificação”:

TERCEIRO MITO⁴⁴: “SUPERVALORIZAÇÃO DE MODELOS ESTRANGEIROS (ou “A galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha”). A ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais. Na esfera processual, os últimos decênios assistem à exploração intensa desse filão, para o que vem concorrendo a multiplicação de congressos internacionais, onde se expõem e se discutem relatórios de variadíssimas fontes acerca dos mais atuais e relevantes temas”.

Barbosa Moreira⁴⁵ questiona: Modos novos de agir não se assimilam de um dia para outro. Que advogados brasileiros, por exemplo, estariam habilitados de imediato a proceder, como seus colegas norte - americanos, à *cross - examination* de testemunhas? E que juízes nacionais, com ou sem martelo, seriam capazes de presidir ao ato com a olímpica impassibilidade em que costuma manter-se os *trial judges* dos Estados Unidos” ?

⁴³ *Temas de Direito Processual*, p. 6.

⁴⁴ *Temas de Direito Processual*, p. 7.

⁴⁵ *Temas de Direito Processual*, p. 9.

QUARTO MITO⁴⁶: “A ONIPOTÊNCIA DA NORMA (ou: “Vale o escrito”). Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente”.

Barbosa Moreira⁴⁷, em suas considerações conclusivas faz registrar que nenhuma construção sólida pode erguer-se sobre terreno minado. Se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeiam a face da justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos de falsas idéias, como as que acabo de denunciar. Elas turvam a nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro. Repito que, sem adequada bola de cristal, nunca me atreveria a formular prognósticos.

Nos espelhamos no processualista em epígrafe não de forma isolada, mas para que, como referencial, o presente estudo a tempo e modo possa ter dimensão outra, levando-se em consideração que como noticiado acreditamos na Democracia, bem com na Reforma do Judiciário, mas com a participação do povo. Este como eixo central de toda rede de discussão (espaço aberto via procedimentalização da teoria do discurso), porque, o povo na condição de jurisdicionado é quem suportará os efeitos do provimento (judicial, administrativo ou legislativo).

8.2 Democratização da Jurisdição e o sentido Principiológico como facilitador interpretativo e operacional da Teoria Democrática

Leciona o jurista Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em leitura focalizada em BURDEAU e de DUVERGER, “que a ciência política, que tem por objeto o conhecimento do universo político polarizado pelo fenômeno político do Poder, parece mais bem indicada para um estudo fundamental do direito

⁴⁶ *Temas de Direito Processual*, p. 10.

⁴⁷ *Temas de Direito Processual*, p. 12-13.

político, por ser uma ciência de encruzilhada, fértil pela convergência e pela complementaridade das abordagens jurídica, econômica, sociológica, psicológica, etc., do Direito Político”⁴⁸.

Em outra lição durante inesquecível aula do Curso de Processo Constitucional, disciplina do Doutorado em Direito Processual junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG, o Professor Brêtas⁴⁹ salientou acerca da preferência pela posição doutrinária que enxerga o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas.

Um primeiro questionamento, após o brinde da construção teórica anteriormente lançada deve ser instalado.

Em que consiste, portanto, o regime *discursivo* da democracia? A democracia *política* é, por definição, negativa; (...). A democracia *discursiva* é, positivamente, um regime de discurso que obedece, como corolário, ao que podemos chamar o princípio da substitutibilidade infinita dos lugares dos locutores e dos ouvintes. Talvez possamos, mais precisamente, distinguir seu dois aspectos complementares, que chamaremos isegoria locutiva e a “isocrítica” interlocutiva⁵⁰.

De maneira mais geral podemos considerar a isegoria como o reconhecimento da equivalência dos locutores, ou seja, a indiferença *a priori* do enunciado quanto à qualidade ou ao estatuto do enunciador; é, em suma, o princípio segundo o qual a palavra adquire autoridade apenas pelo fato de pertencer à comunidade dos locutores possíveis⁵¹.

A democracia supõe, com efeito, não apenas que todos os locutores têm igual direito a *falar* mas também, com corolário, que todos os interlocutores têm igual direito a *julgar* o que os outros dizem. Decidir, em democracia, se faz em dois tempos: o tempo em que se fala (discussão) e o tempo em que se julga (pelo voto, por exemplo)⁵². E conclui Francis Wolff dissertando que a isocrítica consiste em jamais admitir como verdadeiro senão o que o *outro* a quem nos dirigimos admite como tal, e reconhecer a qualquer outro o direito

⁴⁸ *Esboço de uma introdução ao Estudo do Direito Político*, p. 8-9.

⁴⁹ *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*, p. 13. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG – Professor e Vice - Diretor da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Advogado militante em Minas Gerais – Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Professor convidado junto à Universidade Federal de Uberlândia no curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil.

⁵⁰ WOLFF, F. *Nascimento da Razão, Origem da Crise*, p. 73.

⁵¹ WOLFF, F. *Nascimento da Razão, Origem da Crise*, p. 73.

⁵² WOLFF, F. *Nascimento da Razão, Origem da Crise*, p. 74.

igual de ser interlocutor legítimo.

Em pesquisa direcionada focalizamos uma pequena, mas importante reflexão preconizada por André Del Negri⁵³ ao mencionar “Nenhuma estudo sobre a fundamentação do Direito e sua legitimação no atual paradigma do Estado de Direito Democrático (Estado pós - moderno) seria possível sem passar pelo *medium* lingüístico do processo aberto a todos participantes da Comunidade Jurídica”.

Perceba-se que somente com a participação do povo através do processo legislativo, jurisdicional será possível libertar-se das amarras e dos despenhadeiros pelo qual o cidadão como parte legítima está alojado. É importante que o estudo do Direito Democrático se faça grande não apenas nas academias, mas também no cérebro do homem público legislador, juiz e professor.

O legislador, o juiz e o professor são três dos mais qualificados intérpretes da lei. O encargo que cada um deles desempenha faz variar a transcendência de sua obra interpretativa⁵⁴, porque, na brilhante avaliação do Professor Marcelo Cunha Araújo⁵⁵, na seara do processo judicial, teríamos, então, que o devido processo constitucional democrático seria aquele conjunto mínimo de características, previstas constitucionalmente, que, estando presentes, conferem ao processo o título de direito - garantia fundamental do cidadão, vez que permitem a participação política do mesmo na aplicação do direito (judicação compartilhada).

Não bastasse, o procedimento legislativo, conforme documenta o jurista Aroldo Plínio Gonçalves⁵⁶ citando Elio Fazzalari, sempre é processo, sempre se realiza como “espécie” processo, sempre se realiza com a participação de parlamentares que representam e reproduzem os interesses divergentes dos grupos e comunidades dos cidadãos.

Desse modo, extremamente relevante para a democratização da justiça seria a escolha dos juizes tal qual a norma constitucional constante do artigo 98, II, porque o ideal poderia ser a eleição por voto universal, direto e secreto, com mandato de quatro anos a semelhança do que ocorre com os *juizes de paz*.⁵⁷ Esse modelo, implicaria dentro do parâmetro legal, numa escolha com

⁵³ *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo – teoria da legitimidade democrática*, p. 47..

⁵⁴ COUTURE, E. J. *Interpretação das leis processuais*, p. 21.

⁵⁵ *O Novo Processo Constitucional*, p. 97-98.

⁵⁶ *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 118.

⁵⁷ Esta construção teórica fora retida a partir de uma carta elaborada pelo Professor Marcelo Cerqueira datada de 28 de dezembro de 1994 do capítulo II da obra *Controle do Judiciário doutrina e controvérsia*, p. 166.

requisitos mínimos a ser estruturado com a participação de juristas, psicólogos, pedagogos, administradores públicos, sociólogos e demais profissionais afetos a uma atuação no sentido de que, após escolhida pelo povo, serem os eleitos capacitados para a função mediante curso específico.

Na Democracia a adoção de Súmula vinculante e o Controle Externo do Judiciário assumem grandes particularidades que se bem analisados também projetam determinadas ações praticadas por agentes públicos descompromissados com a efetivação da teoria democrática.

Com a adoção da Súmula vinculante, o princípio do contraditório fica relegado a um segundo plano, prevalecendo a *decisão ilegítima do martelo*. Não há exercício do contraditório.

Nesse particular, o jovem jurista André Cordeiro Leal laborando sobre o tema - *O contraditório e a fundamentação das decisões* em muito contribuiu para a Escola Mineira de Processo. Pontuemos:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões⁵⁸.

Com a edição das Súmulas vinculantes, a decisão encontra-se pronta. Não há contraditório, nem tampouco participação do advogado com elemento essencial a função jurisdicional e agente público indispensável à administração da justiça.

Em relação ao Controle Externo, é de bom alvitre que o povo também participe, porque, como bem acentuou o magistrado Antônio Álvares da Silva⁵⁹ ocupante da função jurisdicional junto ao Tribunal Regional do Trabalho, a representação é uma condição moderna das democracias que, por não poder exercer-se diretamente, em razão da extensão territorial, densidade demográfica, complexidade das questões sociais e econômicas, urgência das deliberações, etc., passou a ser praticada por representantes do povo através da eleição. Mas é notório que a representatividade por si só não constrói, e necessário como mencionado no alhures que o povo participe diretamente, fiscalizando todos os ocupantes de cargos no Estado.

A doutrina do poder constituinte coincide com o nascimento do Estado constitucional moderno⁶⁰. No Estado moderno e Pós - moderno o povo como legitimado deve atuar de forma inclusive a exercer sua cidadania de modo a

⁵⁸ *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*, p. 105.

⁵⁹ *Reforma do Judiciário*, p. 103.

⁶⁰ BARACHO, J. A. O. *Teoria da Constituição*, p. 17

decidir pela não edição de leis anacrônicas e violadoras dos direitos e garantias fundamentais.

A figura jurídica do *Ombudsman* poderia ser melhor trabalhada em bases teóricas, científicas e técnicas visando estruturar toda a reforma do judiciário, onde a figura do povo - *local, regional, setorial* seriam os legítimos portadores e receptores em dizer pela edição ou não de leis violadoras. E foi pensando neste sentido que em Héctor Fix-Zamudio⁶¹ localizamos: “Muito brevemente recordaremos que o *Ombudsman* com se conhece doutrinariamente e em algumas legislações, é um organismo de origem escandinava, designada pelo órgão legislativo; (...), com autonomia e estabilidade, cujas funções consistem em receber e investigar as reclamações dos afetados contra atos ou omissões das autoridades administrativas, buscar uma solução rápida do problema e pronunciar, em cada caso uma proposição não obrigatória da autoridade respectiva”.

Finalizando o presente tópico, apoiamos na orientação segura do Professor Marcelo Cattoni⁶²: “Como reconstruir adequadamente, pois, o papel da jurisdição constitucional, “jurisdição em matéria constitucional”, no Brasil? – Através da participação discursiva no processo legislativo democrático, os *destinatários* das normas jurídicas são os *autores* das mesmas”.

8.3 Da atuação do Advogado como Agente participativo e transformador das funções essenciais à Justiça segundo norma Constitucional constante do Capítulo IV – Seção III – artigo 133

Eduardo J. Couture⁶³, discorrendo sobre o instituto da *jurisdição*, à época (1958) estabelecia que a palavra ‘jurisdição’ aparecia em linguagem jurídica com distintos significados. Muitas das dificuldades que a doutrina não pode superar, provêm desta circunstância. No direito dos países latino americanos este vocábulo tem, pelo menos, quatro concepções: como âmbito territorial, como sinônimo de competência, como conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do poder público; e em seu sentido preciso e técnico de função pública de fazer justiça.

O enunciado que pretende-se laborar no presente tópico recai necessariamente sobre o que Eduardo J. Couture nominou de *função pública de fazer justiça*.

⁶¹ Latino América: *Constitucion, Proceso y Derechos Humanos*, p. 530.

⁶² *Direito Constitucional*, p. 153-154.

⁶³ *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p. 27.

Determina a Constituição Brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988, no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça – Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública em seu artigo 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No mesmo Capítulo IV, tem-se na Seção I, atribuições do Ministério Público (artigo 127); Seção II, Da Advocacia Pública; e como mencionado, na Seção III, Da Advocacia e da Defensoria Pública.

O Advogado no Estado Democrático de Direito ocupa entre as Funções Essenciais a Administração da Justiça posição de Agente Transformador da realidade para que via instrumental teórico jurídico possa exercer seu *munus* público com independência e sem receios de desagradar a outros agentes jurídicos – *juiz, representante do Ministério Público⁶⁴, delegado de polícia, serventuários da justiça* dentre outros que ocupam cargos na esfera pública municipal, estadual ou federal.

No entendimento do jovem jurista mineiro Carlos Henrique Soares⁶⁵, o processo, aqui entendido em face da teoria constitucional, e que foi adotada pela Constituição brasileira de 1988, deve ser entendido como garantia para os litigantes de um amplo espaço discursivo, não sendo mais o ato decisório uma oportunidade do juiz realizar justiça ou tomar o direito eficiente e prestante, mas sim, o instante de uma decisão a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo processo constitucionalizado.

No Estado Democrático de Direito, o exercício da advocacia, conclui o doutorando Carlos Henrique Soares⁶⁶, difere, em muito, do exercício de outras profissões. O advogado é agente fundamental da cidadania. É ele “agente público”, não funcionário público, responsável pela democracia perante o Poder Judiciário.

Preferimos o enunciado *função jurisdicional* a “Poder Judiciário”, porque, “poder” sugere sempre autoritarismo, condição de superioridade de detentores de cargos públicos, colocando-se o povo (cidadão) em condição de inferioridade. O que contraria o Estado Democrático de Direito e sua

⁶⁴ Preferimos usar o enunciado representante do Ministério Público a promotor de justiça, promotor público ou advogado do povo, porque, não nos convencemos até o presente momento de que “promotor de justiça” efetivamente realiza a justiça de forma solitária aliada aos decisores argutos e que se julgam sapientes por demais, também realizando a “justiça”. Na verdade, “intérpretes únicos da lei e da Constituição”. No Estado Democrático que estamos construindo pensamos em cooperação técnica, teórica e prática com a participação em simétrica paridade e assistência jurídica do Advogado (artigo 133 da Constituição Brasileira).

⁶⁵ *O Advogado e o Processo Constitucional*, p. 68.

⁶⁶ *O Advogado e o Processo Constitucional*, p. 73.

efetivação que a lentos passos percorre rumo ao Processo Constitucional como pilar da Democracia.

O Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual podem ser unificados no Processo Constitucional nos parâmetros do modelo constitucional do processo e do Estado Democrático de Direito. Nesse particular a observação do Professor Patrus Ananias de Souza⁶⁷ é bem vinda, desde que a participação do Advogado tal qual determina a norma constitucional seja uma realidade porque, este último é quem fará o efetivo exercício do princípio do contraditório no sentido de que o provimento final (administrativo – legislativo ou judicial) seja incorporado na fundamentação do comando (sentencial, administrativo ou legislativo).

Nas palavras do Professor José Alfredo de Oliveira Baracho⁶⁸: “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento da supremacia da Constituição sobre normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias”.

Na atuação do Advogado, os princípios constitucionais do processo (legislativo, administrativo ou jurisdicional) devem estar presentes de forma a legitimar a própria fundamentação do decisor.

Todo ato jurídico – *administrativo, legislativo ou jurisdicional* – para que possa ser elevado a condição de ato legitimado deve necessariamente passar pelo crivo primeiro de uma análise metódica do Advogado.

A profissionalização do futuro operador do Direito na condição de Advogado deve ser revisitada desde os bancos acadêmicos. O profissional deve deter além de conhecimento teórico e prático, conduta compatível com todas as instituições públicas e privadas. É necessário repensar institutos, instituições, segmentos governamentais e não governamentais.

A falibilidade humana é ponto comum a todo ser. A falibilidade *ad eternum* não se concilia com a atuação – enquanto *agente público* dotado de formação, haja vista que a evolução do constitucionalismo como acentua Emílio Peluso Neder Meyer⁶⁹ firmou concepção na qual cada vez se exige a dialeticidade como fato preponderante na sedimentação de decisões válidas e eficazes. Sob tal aspecto, a participação da sociedade nos processos (legislativo, administrativo e jurisdicional), extensão e aplicação dos direitos fundamentais. (...). De modo que, o profissional advogado como agente público

⁶⁷ *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, vol. I, p. 28 e 32.

⁶⁸ *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 2. n 3 e 4. 1º e 2º sem. 1999, p. 89.

⁶⁹ *O Supremo Tribunal Federal Revisitado*, p. 163.

transformador da realidade possa também atender as necessidades que a sociedade proclama de forma participada.

Considerações Finais

O que se verifica no presente debate teórico, é a necessidade de revisitação do estudo e adequação do Processo Constitucional nos moldes do Direito Democrático, o que pressupõe a fiscalidade ampla e irrestrita dos atos da Administração Governativa. Nesse contexto compreendendo-se atos administrativos ou não oriundos das funções legislativa, executiva e jurisdicional. Isso é possível através de um discurso processualizado pelos princípios institutivos do processo, porquanto a legitimidade de todos os provimentos construídos no Estado Democrático de Direito é alcançada via Devido Processo Constitucional.

Sabe-se que a Teoria do Discurso, na modernidade, levou a comunidade acadêmica a repensar institutos processuais, e em conseqüência a reforma do judiciário, numa vertente direcionada à participação ativa e plebiscitária do jurisdicionado - *povo* - na construção dos provimentos, buscando-se a implementação gradativa do atual modelo de Estado.

A reestruturação do estudo do Direito Processual em base epistemológica deve-se à Escola Mineira de Processo, que, preocupada com a compatibilidade das reflexões da teoria processual aos moldes da concepção democrática preconizada pela Constituição, vem rediscutir concepções e institutos até então sedimentados em todo o ensino jurídico - pedagógico ministrado no Brasil pela Escola Instrumentalista de Processo.

O pilar de toda reflexão encontra-se nos princípios institutivos do processo, considerado o meio legitimador do discurso democrático, porque a normatividade até então operacionalizada concentra a sua discussão no plano da validade e eficácia das normas jurídicas. Atualmente, tal discussão é questionável, porque a construção do modelo de Estado Democrático passa pela discursividade processualizada e legitimadora dos atos legislativos implementadores do princípio da legalidade enquanto estrutura procedimental do presente regime político.

O povo como legitimado deve ser intimado a manifestar sua anuência via *devido processo constitucional* exercendo o direito constitucional do *direito de petição* – antes, durante e após edição de qualquer lei, medida provisória, regimento, portaria, circular, decreto, aviso, circular e ato administrativo editado pelo Estado, devendo fazê-lo com a participação do advogado (artigo 133 da

Constituição brasileira).

Pelo discurso democrático depreende-se que os provimentos jurisdicionais só adquirirão legitimidade quando submetidos à real participação do jurisdicionado na sua elaboração. Essa proposta teórica não se concretizará por intermédio de juízes acostumados com a pseudo - discricionariedade vigente no âmbito jurídico, pautada na sapiência nata do julgador, cuja formação, tirante casos raros, inviabiliza a discursividade ora proposta, nem tampouco com integrantes de parlamentos, governadores, prefeitos, senadores, deputados, vereadores e secretarias de governo dentre outros voltados a interesses próprios, rompendo com o princípio constitucional da impessoalidade com que a *res* pública deve ser administrada (artigo 37 da Constituição brasileira).

É mister deixar em evidência que a reforma do judiciário não pertence somente ao Estado e a pequenos grupos interessados. Mas também ao povo (Preâmbulo e artigo 1º, inciso I e II combinado com o Parágrafo único e artigo 14, inciso III da Constituição brasileira). A reforma deve buscar a efetividade do processo, desde que também não contrarie conquistas constitucionais inerentes àquele. O controle externo do judiciário deve ser levado a adiante com propostas abertas a interpretação e reinterpretação com manifestação direta do jurisdicionado.

A figura do *Ombudsman* – ouvidoria e controladoria pelo povo, poderia contribuir como proposta primária, porque, participaria diretamente dos atos originários legiferantes, do executivo e do judiciário, manifestando sua vontade, valendo-se para tanto dos princípios institutivos do processo – *contraditório, isonomia e ampla defesa*.

A teoria do discurso somente poderá ser levada a efeito, se e somente se, verificar-se a participação do povo na edição de atos administrativos e na reforma do judiciário, haja vista que os efeitos de todos os provimentos oriundos dos atos jurídicos ou atos administrativos serão suportados por ele.

A reforma do judiciário deve pautar-se mediante participação local, estadual, regional e nacional com a criação de base sustentável apta a verificar a viabilidade ou não de atos emanados dos ocupantes das funções do Estado.

O curso de formação de juiz, representante do ministério público, delegado de polícia e advogado deverá necessariamente passar pelo contato social junto a localidade periférica do Estado Brasileiro e obrigatoriamente pela Escola Mineira de Processo visando-se conhecer de perto a linha de pesquisa, os autores modernos e pós - modernos comprometidos com a teoria democrática, deixando relegado a um segundo plano ou talvez extirpando em definitivo a

formação processual instrumentalista e os escopos meta jurídicos difundidos pela Escola de processo de São Paulo.

O Processo Constitucional como Condutor da Constituição servirá de base, porque apto a funcionar na construção do Estado Democrático de Direito, desde que profissionais do direito (Advogados, juízes, representantes do Ministério Público, delegados de polícia, serventuários da justiça, fiscais do Estado, dentre outros), promovam uma mudança comportamental voltada aos ideais da Teoria Democrática.

Proposta outra, seria a possibilidade de levando-se em consideração a norma constitucional constante do artigo 98, II reguladora do cargo de juiz de paz, ampliá-la no sentido de que o povo, via exercício do sufrágio exercesse sua cidadania de forma ativa, elegendo juízes para mandato de quatro anos com ampla fiscalidade exercida pelo cidadão – jurisdicionado em todos os atos praticados pelo juiz. Podendo até mesmo via Processo Constitucional não anuir com decisão por ele prolatada, bem como, tendo a faculdade de retirá-lo a qualquer tempo do cargo, porque, não vitalício. Talvez, o que poderia ser firmado seria o fato de que os juízes eleitos teriam apenas a inamovibilidade e independência para julgar.

Igualmente todos os parlamentares seriam fiscalizados via Processo Constitucional, sendo que, para tanto, todo ato legislativo antes de ser sancionado deveria passar obrigatoriamente pelo crivo do princípio do contraditório com a participação de membro da Ordem dos Advogados do Brasil a ser designado, o qual também exercerá suas atribuições com imparcialidade e independência funcional, no sentido de acatar ou não atos emanados do legislativo. Se a lei editada for de bom proveito e resultado voltado aos ideais da teoria democrática (artigo 1º, inciso I, II, III, IV, parágrafo único, artigo 3º, inciso I, II, III, IV, artigo 4º II, IX, artigo 5º, parágrafos primeiro e segundo, artigo 6º, artigo 7º, IV, combinado com o artigo 145 parágrafo primeiro e artigo 170 “*caput*” – todos da Constituição brasileira), o povo anuirá. Caso contrário, o juiz eleito será destituído do cargo, o ocupante de cargo político será igualmente destituído, se não efetivar o ordenamento constitucional, porque, como mencionado, o povo será o destinatário dos efeitos do provimento final (legislativo, executivo e jurisdicional).

A Democracia somente será idealizada se o povo, consciente de suas “armas jurídicas” desejar ser livre, justo e solidário (artigo 3º da Constituição brasileira), mesmo porque, quando uma Constituição é promulgada, na verdade é uma proposta já acertada no plano constituinte que deve apenas ser concretizada. Se não há efetivação dos Direitos Fundamentais, Sociais,

Políticos, Econômicos, é notório que o aparato administrativo – *administração pública direta e indireta* – saltando o cumprimento dos princípios básicos da administração pública (artigo 37 da Constituição brasileira), que os representantes estão administrando ou decidindo de modo e forma atentatória a teoria da democracia.

Somente o povo – *parte legítima* – exercendo o direito constitucional de petição e informação (artigo 5º, inciso XXXIII, XXXIV, alíneas “a” e “b”) poderá – via Processo Constitucional construir, destruir e reconstruir objetivos.

Finalizando, a título de exemplo poder-se-ia questionar:

1. Qual o efetivo destino das custas processuais? após o recolhimento das taxas, alguém do povo fiscaliza todo o procedimento até chegar aos cofres do governo? E depois como é realizada a divisão do montante? (ato do judiciário).

2. Qual o efetivo destino da CPMF? após o saque bancário alguém do povo igualmente fiscaliza o destino do dinheiro retido na máquina do banco? Será que realmente referido montante é destinado para área de saúde? (ato do legislativo e executivo).

3. Qual o efetivo destino do IPVA? após o recolhimento, alguém do povo igualmente fiscaliza o destino do montante arrecadado e uma vez disponibilizado, sabendo-se que uma quota parte é destinada ao Município e Estado, porque as malhas públicas ainda permanecem em péssimas condições de tráfego? (ato do legislativo e executivo).

Essas inquietações são apenas exemplificativas e que desafiam o povo, o órgão do Ministério Público (artigo 127 da Constituição brasileira). Será o órgão estatal inerte a toda esta situação por qual razão? Por qual razão desde a promulgação da Constituição o povo não recebeu (artigo 64 da ADCT) edição popular da Constituição e nem mesmo teve conhecimento? Reforma do Judiciário sem informação para a sociedade não demonstra caminho hábil, escorreito e lícito.

Reforma do Judiciário sem participação direta da sociedade e de outros segmentos governativos, e não governativos, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público Federal e Estadual não demonstra respeito ao princípio da publicidade (artigo 37 da Constituição brasileira).

O judiciário como integrante da administração pública deve-se fazer público para que a reforma possa ter suas devidas observações e conotações necessárias aptas a transmitir ao cidadão o seu desejo final – *princípio da eficiência, publicidade, moralidade*. Norma constitucional (artigo 37).

Referências Bibliográficas

ANDOLINA, I. A. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional.** Doutrina internacional. Revista de Processo – 87, ano 22, julho – setembro de 1997. São Paulo: RT, 1997.

_____. **II modello costituzionale del processo civile italiano.** Corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ARAÚJO, M. C. **O novo processo constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, J. A. O. **Teoria da constituição.** São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979.

_____. **Teoria geral do processo constitucional.** Revista da Faculdade Mineira de Direito. Vol. II, n. 3 e 4, primeiro e segundo semestre de 1999. Belo Horizonte.

_____. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade.** 3 edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, R. C. **O direito processual na atualidade.** Uberaba: Editora Vitória, 1978.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CATTONI, M. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: 2001.

_____. **Devido processo legislativo.** Belo Horizonte: 2000.

CERQUEIRA, M. **Controle do judiciário – doutrina e controvérsia.** Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CONSTITUIÇÃO, **República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTURE, E. J. **Interpretação das leis processuais.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires. Depalma Ediciones, 1974.

CRUZ, A. R. S. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLA-ROSA, L. V. **Uma teoria do discurso constitucional.** São Paulo: Landy, 2002.

DIAS, R. B. C. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Dely Rey, 2004.

_____. **Apontamentos sobre o estado democrático de direito**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: n. 9. Páginas 212/231, 2003.

_____. **Esboço de uma introdução ao estudo do direito político**. Ofertado durante as aulas de Processo Constitucional do Curso de Doutorado realizado junto à PUCMinas. Belo Horizonte.

FAVOREU, L. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FELIPPE, M. S. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAJOLI, L. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, A. P. **Teoria processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade – tomo II – capítulo VII – Conceito Procedimental de Democracia**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 5 ed. São Paulo: Síntese, 2004.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy editora, 2002.

LEAL, A. C. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAZZUOLI, V. O. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDINA, P. R. G. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEYER, E. P. N. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do estado democrático de direito. O Supremo Tribunal Federal revisitado. Ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MULLER, F. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual. Sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Temas de direito processual. Oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRI, A. D. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo – teoria da legitimidade democrática.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

RAWLS, J. **O direito dos povos.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SAMPAIO, J. A. L. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, A. A. **Reforma do judiciário.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, G. G. **A evolução histórica da concepção de processo: uma análise pautada nos parâmetros constitucionais do estado democrático de direito.** Coletânea de artigos do curso de especialização em Direito Processual da PUCMinas. Belo Horizonte, 2004.

SOARES, C. H. **O advogado e o processo constitucional.** Belo Horizonte: Decálogo editora, 2004.

SOUZA, P. A. **Processo constitucional e devido processo legal. Estudos continuados de teoria do processo.** Vol. 1. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ZAMUDIO, H. F. **Latino américa: constitucion, procesos y derechos humanos.** México: Miguel Angel Porrúa, 1988.

WEBER, M. **Grandes cientistas sociais – sociologia** - texto ofertado durante as aulas da disciplina Tópicos em Processo na Construção do Estado Democrático de Direito ministrada pelo Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, no primeiro semestre de 2004. São Paulo: Editora Ática.

WOLFF, F. **Nascimento da razão, origem da crise.** São Paulo: Cia das Letras, 1996.